

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 16 • N. 1 • 2019
ARBITRAGEM E DIREITO INTERNACIONAL

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Editores responsáveis por essa edição:

Editores:

Marcelo Dias Varella

Nitish Monebhurrin

Julien Dellaux

Editores convidados:

Gustavo Ferreira Ribeiro

Ivette Esis Villaroel

Com o apoio e parceria da:



ISSN 2237-1036

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 16	n. 1	p. 1-298	abr	2019
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN 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 veiculação de trabalhos acadêmicos relacionados a temáticas tratadas pelo Direito Internacional Público e Privado. A revista é sucessora da Revista Prismas, que foi dividida em dois periódicos (junto com a Revista Brasileira de Políticas Públicas), em virtude do aumento do impacto e interesse dos autores em submeter artigos. 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 às 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

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
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

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 16, número 1 - . 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

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
MAPEAMENTO E COMPARAÇÃO DE ACORDOS DE PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NA AMÉRICA LATINA E CENTRAL 1990 A 2018.....	3
Anderson Fonseca Machado (organizador), Letícia Braga Carvalho Kataoka (organizadora), Ana Terra Teles de Meneses, André Leão, Andrea Luísa de Oliveira, Edilson Enedino das Chagas, Henrique Haruki Arake Cavalcante, Mariana Rezende Maranhão da Costa, Rafael Freitas Machado, Vitor Levi, Wilson Sampaio Sahade Filho	
1 Parâmetros metodológicos de comparação	4
2 Os acordos internacionais de proteção de investimentos estrangeiros celebrados por países latinoamericanos.....	4
2.1 IIAs cujo Brasil figura como parte	4
2.2 IIAs em que a Colômbia figura como parte.....	6
2.3 IIAs em que o Chile figura como parte	7
2.4 IIAs em que Comunidade Andina figura como parte	8
2.5 IIAs em que o Uruguai figura como parte	9
2.6 IIAs em que a Venezuela figura como parte.....	10
2.7 Outros bits firmados por países latino-americanos	10
2.8 IIAs firmados por estados da America Central.....	11
2.9 Mercosul (Mercado Comum Sulamericano).....	14
3 A falta de padrões nos acordos de proteção de investimentos estrangeiros firmados pelos países latinoamericanos e da América Central.....	15
4 A evolução no conteúdo dos acordos de proteção de investimentos estrangeiros analisados	16
Referências.....	17
PRIVATE INTERNATIONAL LAW CHRONICLES	19
Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Inez Lopes e Fabrício Polido (org.)	
I International acts	19
Chronicle 1 The Hague Conference’s Judgments Project: highlights of the text and advantages for Latin America	19
1.1 Introduction	19
1.2 The Judgments Project of the Hague Conference.....	20
1.3 What’s to earn from the new convention?	23

Chronicle 2 Cross-border Maintenance: an assessment after the Hague Convention entered into force in Brazil	24
Inez Lopes	
2.1 Introduction	24
2.2 The 2007 Hague Convention and the cross-border maintenance obligation	24
2.4 Data on maintenance requests	26
2.5 Severability and partial recognition and enforcement of foreign judgment	27
2.6 Data Protection.....	27
2.7 iSupport	27
2.8 Conclusions	28
II CASE LAW	28
Chronicle 3 Jurisdiction and international legal co-operation in Internet cases: the inconsistent narratives coming from Brazilian courts	28
Fabício Bertini Pasquot Polido	
References	33

II. DOSSIÊ ESPECIAL: ARBITRAGEM E DIREITO INTERNACIONAL**35**

EL ROL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES EN EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL..... **37**

Ivette Esis

1 Introducción	38
2 La creación y constitución de instituciones arbitrales: no todas son iguales	38
2.1 De la constitución y la especialización del tipo de arbitraje administrado	39
2.2 La necesidad (o no) de registro de ciertas instituciones arbitrales ante órganos locales competentes	41
3 Las instituciones arbitrales no sólo son administradoras de procedimientos arbitrales	41
3.1 El rol de las instituciones arbitrales en el asesoramiento y redacción de las cláusulas arbitrales	42
3.2 El rol de las instituciones arbitrales en pro de la eficiencia del proceso arbitral	43
3.3 El rol de las instituciones arbitrales en la capacitación y educación sobre los ADRs.....	45
4 Los desafíos de las instituciones arbitrales	47
4.1 El buen funcionamiento de la institución arbitral como factor de permanencia en el mercado	47
4.2 La creciente e ineludible incorporación de la tecnología en los procedimientos arbitrales	47
4.3 As instituciones arbitrales: entre el deber confidencialidad y las reglas de transparencia	48
5 Conclusiones	50
Referencias	51

REVISITANDO A AVERSÃO BRASILEIRA À CLÁUSULA INVESTIDOR-ESTADO: CAPITALISMO DE ESTADO E TREATY-SHOPPING54

Marcelo Simões dos Reis e Gustavo Ferreira Ribeiro

1 Introdução	55
2 A motivação dos outros	56
3 A resistência brasileira à cláusula investidor-Estado: razões tradicionais	58
4 A racionalidade brasileira: novas razões?	60
4.1 O capitalismo de estado demanda o controle da arbitragem	62
4.2 A questão do treaty shopping.....	64
5 Considerações finais	69
Referências bibliográficas	69
Decisões arbitrais	72

ARBITRAL INTERPRETATION OF INVESTMENT TREATIES: PROBLEMS AND REMEDIES FOR THE DEBATE ON “LEGITIMACY”74

Santiago Díaz-Cediel

1 Introduction	75
2.1 Authentic Interpretation vis-à-vis Authorized Interpretation.....	76
2.2 The inherent problem with the authorized interpretations of Investor-State Arbitral Tribunals	77
2.3 Interpretation of conventional provisions in a non-formal stare decisis system: is absence of “precedent” a myth?	77
3 The tension between authentic interpretations and authorized interpretations in Arbitral Awards: a critical approach	78
3.1 With regard to the first issue, referred as the situation where genuine collective authentic interpretations are presented in Investor-State arbitration proceedings, before or after the international arbitral tribunal has provided an authorized interpretation, but prior to the conclusion of the case, the notable decision is <i>CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic</i>	79
3.2 In relation to the second issue, pertaining to a State Party’s alleged claim of a collective authentic interpretation of a clause, before or after an authorized interpretation was provided – inter alia, in a partial arbitral award – but prior to the conclusion of investment arbitration proceedings, some reflections must, first, be addressed.	80
4 Procedural mechanisms to canalize authentic interpretations in international arbitration proceedings	82
5 Silence by the other State Party and/or non-submittal of observations reflective of authentic interpretation	83
6 The absence of provisions on the consequences of collective authentic interpretations submittals and silence	85
7 Conclusions and final remarks: the recommended remedies	85
References	87

ARBITRAGEM INTERNACIONAL SOB ANEXO VII DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR E AS CONTROVÉRSIAS MISTAS: ANÁLISE DE CASOS RECENTES90

Alexandre Pereira da Silva

1 Introdução	91
2 O mecanismo de solução de controvérsias da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar	92
3 As disputas mistas no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e na doutrina internacionalista	93
4 Análise de três casos recentes	95
4.1 Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício vs. Reino Unido)	95
4.2 Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas vs. China)	98
4.3 Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia vs. Rússia)	100
5 Considerações finais	102
Referências	103
Agradecimentos	104

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA ANULADA NA ORIGEM: O CASO EDF INTERNATIONAL S/A..... 116

Patrícia Maria da Silva Gomes

1 Introdução	117
2 Sentença Estrangeira VS. Sentença Internacional	119
3 Sistema de homologação de sentença estrangeira arbitral no Brasil	120
4 A sentença arbitral estrangeira anulada na origem no direito brasileiro	123
5 Caso EDF International S/A VS. Edesa Latino America S/A e YPF S/A (SEC 5.782)	125
6 Considerações finais	127
Referências	127

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 129

INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL COURT: RISE AND FALL OF AN INTERNATIONAL DEBATE 131

Arthur Roberto Capella Giannattasio, Taina Ometto Bezerra, Elizabeth Bannwart, Débora Drezza, Jessica Buchler, Giovanna Martins e Breno Oliveira

1 Introduction	132
2 Materials and methods	133
2.1 Qualitative Research based on Primary and Secondary Sources	133
2.2 International Public Authorities: Legality and Legitimacy Issues while Enforcing the International Protection of Global Public Goods	133

3 Main Structural Debates on ICoC Proposals	136
3.1 Legitimacy Issues: Goals as Justifications.....	136
3.2 Legal Issues	137
3.2.1 ICoC's Normative Basis: Legal Foundations and Grounding Decisions.....	137
3.2.2 ICoC's Institutional Design: Reforming the UN Charter	139
3.2.3 The Election of Judges to the ICoC	141
3.3 Enforcement Issues: The relationship between ICoC and State sovereignty	142
4 Discussion	143
5 Conclusion	143
References	144

GAME THEORY AND THE LEGITIMACY OF INTERNATIONAL ADJUDICATIVE BODIES 148
 Janaína Gomes Garcia de Moraes e Patricio Alvarado

1 Introduction	149
2 Game theory vs. legal theory	151
3 Legitimacy	154
3.1 The (purely) legal approach	155
3.2 The moral (normative) approach	156
3.3 The sociological approach	157
3.4 The dilemma of international courts	157
4 A new theory of the normative legitimacy of international courts	158
5 Conclusions	162
References	162

INVESTIGAÇÃO HISTÓRICA DO CONTEÚDO DA CONCEPÇÃO DE TRABALHO DECENTE NO ÂMBITO DA OIT E UMA ANÁLISE DE SUA JUSTICIABILIDADE 166
 Silvio Beltramelli Neto e Julia de Carvalho Voltani

1 Introdução	167
2 Primeiros contornos do Trabalho Decente	168
3 Um olhar descritivo e analítico do desenrolar dos debates sobre o conteúdo do Trabalho Decente no âmbito da OIT	170
4 Algumas interpretações externas a OIT sobre o conteúdo do Trabalho Decente	173
5 A concepção de Trabalho Decente sob a perspectiva teórica do que seja um conceito	174
6 Há um direito subjetivo ao Trabalho Decente?	176
7 Considerações finais	182
Referências	183

O DIÁLOGO ENTRE FONTES NORMATIVAS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ENTRE O LIVRE COMÉRCIO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTÁVEL 187

Eduardo Biacchi Gomes e Julia Colle Marinozzi

1 Introdução	188
2 Diálogo entre fontes normativas: livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável ..	189
3 A necessidade da compatibilização e de observância das normas da omc e o ordenamento jurídico brasileiro: o controle de convencionalidade	191
4 Livre-comércio e proteção ao meio ambiente: uma barreira (in)superável na OMC?	194
4.1 Pedido Suspensão Liminar 1.154/DF: análise do STF em controvérsias sobre meio ambiente e livre comércio (uma reflexão sobre o controle de convencionalidade)	195
5 Considerações finais	197
Referências	197

O DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO E SUAS RAÍZES IMPERIALISTAS NO CONTEXTO DO PLURALISMO NORMATIVO: POR UM PARADIGMA LIBERTÁRIO E NÃO (NEO)LIBERAL 201

Lucas Silva de Souza e Jânia Maria Lopes Saldanha

1 Introdução	202
2 As raízes imperialistas do direito internacional do desenvolvimento no contexto do pluralismo normativo	203
2.1 O Direito Internacional entre o discurso civilizatório e o desenvolvimentista	204
2.2 A soberania entre o panjuridismo e a globalização econômica	207
3 O Direito Internacional do Desenvolvimento (para além do econômico)	209
3.1 O imperialismo mercadológico dos indicadores econômicos a partir da análise do doing business	210
3.2 Por um Direito Internacional do Desenvolvimento libertário	215
4 Considerações finais	219
Referências	219

ENTRE O ESCUDO E A ESPADA: CARACTERIZANDO O LAND GRABBING COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE 224

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes

1 Introdução	225
2 A sociedade mundial e o conceito de Land grabbing	226
3 O conceito de crime e o princípio da legalidade no direito internacional penal	228
4 Crimes contra a humanidade: evolução histórica e elementos constitutivos	230
4.1 É o land grabbing um delito autônomo no direito internacional penal?.....	233
4.2 Da possibilidade de caracterização do land grabbing como crime contra a humanidade.....	234
5 Considerações finais	237
Referências	237

DESCOLONIALISMO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NA AMÉRICA LATINA: DESVENDANDO NOVOS PARADIGMAS 241

Eduardo Biacchi Gomes e Luis Alexandre Carta Winter

1 Introdução	242
2 Interculturalidade, Descolonialismo e o Direito Internacional Privado	243
3 Uniformização do Direito Internacional Privado e diversidade de fontes: a perspectiva europeia	245
4 Contribuições latino-americanas para o avanço do Direito Internacional Privado: uma visão mais consoante com nossas necessidades.	247
4.1 No Brasil.....	247
4.2 América Latina.....	248
5 Considerações finais	249
Referências	249

CRIMINALIZAÇÃO DE IMIGRANTES ILEGAIS NA UNIÃO EUROPEIA: NOVOS PARADIGMAS COM BASE NO CASO CELAJ253

Felipe Augusto Lopes Carvalho

1 Introdução	254
2 Tendências atuais do Direito Penal em matéria de imigração	255
3 Detenção de imigrantes ilegais na União Europeia e a Diretiva de Retorno	256
3.1 Considerações iniciais	256
3.2 Regime Jurídico da detenção de imigrantes ilegais na Diretiva de Retorno	257
3.2.1 Natureza, princípios e motivos da detenção.....	259
3.2.2 Duração da Detenção	260
3.3 Perspectivas dos Direitos Humanos.....	261
4 Criminalização de imigrantes no Tribunal de Justiça da União Europeia	262
4.1 Caso El Dridi	262
4.2 Caso Achughbadian	263
4.3 Novos paradigmas do Caso Celaj	264
5 Considerações finais	266

O CASO INTEL: O IMPACTO NA EVOLUÇÃO DA TEORIA DOS EFEITOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA.....270

Augusto Jaeger Junior e Mariana Sebalhos Jorge

1 Introdução	271
2 A teoria dos efeitos no direito da concorrência da união europeia	272
2.1 O direito internacional da concorrência na União Europeia	272
2.2 A evolução da Teoria dos Efeitos na União Europeia	274

2.2.1 Caso Béguelin Import (1971).....	275
2.2.2 Caso Imperial Chemical Industries Ltd (1972).....	276
2.2.3 Caso Wood Pulp (1988).....	277
2.2.4 Caso Gencor (1999).....	278
2.3 A aplicação da Teoria dos Efeitos na União Europeia.....	279
3 O caso Intel e a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia	280
3.1 Caso Intel: aspectos fáticos e conclusões do advogado-geral.....	280
3.2 A decisão do TJUE.....	282
3.3 O avanço necessário para a futura consagração da Teoria dos Efeitos na União Europeia.....	283
4 Considerações finais.....	286
Referências.....	286

THE DUTY OF CARE OF PARENT COMPANIES: A TOOL FOR ESTABLISHING A TRANSNATIONAL ENVIRONMENTAL CIVIL LIABILITY.....289

Mathilde Hautereau Boutonnet

1 Introduction.....	290
2 French law: the scope of a duty of vigilance established by the legislator.....	290
3 Common law: the scope of a duty of care construed by the courts.....	292
4 The transnational order: the scope of a duty of care accepted by corporations.....	293
References.....	294

NORMAS EDITORIAIS.....296

Envio dos trabalhos:.....	297
www.rdi.uniceub.br	298

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Mapeamento e comparação
de acordos de proteção de
investimentos internacionais na
América Latina e Central 1990 a
2018**

Anderson Fonseca Machado
(organizador)
Leticia Braga Carvalho Kataoka
(organizadora)
Ana Terra Teles de Menezes
André Leão
Andrea Luísa de Oliveira
Edilson Enedino das Chagas
Henrique Haruki Arake Cavalcante
Mariana Rezende Maranhão da
Costa
Rafael Freitas Machado
Vitor Levi
Wilson Sampaio Sahade Filho

Mapeamento e comparação de acordos de proteção de investimentos internacionais na América Latina e Central 1990 a 2018

Anderson Fonseca Machado (organizador);
Letícia Braga Carvalho Kataoka (organizadora);
Ana Terra Teles de Meneses; André Leão; Andrea Luísa de Oliveira;
Edilson Enedino das Chagas; Henrique Haruki Arake Cavalcante;
Mariana Rezende Maranhão da Costa; Rafael Freitas Machado;
Vitor Levi; Wilson Sampaio Sahade Filho*

Introdução

A proteção jurídica dos investimentos estrangeiro é regulada pelo Direito Internacional dos Investimentos, subárea do Direito Internacional Público. Em face da inexistência de um normativo único ou consolidador, o Direito Internacional dos Investimentos estabeleceu-se primeiro em bases consuetudinárias, emergindo por meio de costumes e decisões adotadas em soluções de conflitos que envolvam investimentos internacionais, evoluindo até o surgimento de tratados internacionais de proteção aos investimentos estrangeiros.

Estes acordos internacionais, considerados como gênero, são internacionalmente conhecidos como IIA (*International Investment Agreement*) e podem ser divididos em dois grandes grupos ou espécies. Por um lado, existem os tratados bilaterais, amplamente conhecidos como BIT (*Bilateral Investment Treaty*); e tratados multilaterais com provisões acerca de proteção aos investimentos estrangeiros, aqui denominados TIP (*Treaty with Investment Provision*).

Apesar dos inúmeros esforços realizados para o surgimento de um quadro regulatório internacional abrangendo a proteção dos investimentos estrangeiros, a ausência de entendimento entre países importadores e exportadores de capitais, resultou como solução, a adoção dos BITs, que cresceram de forma exponencial desde a década de 1900 até somar atualmente mais de 3.000 tratados¹.

O primeiro BIT foi pactuado entre Alemanha e Paquistão em 1959. Progressivamente, surgiram diversos instrumentos similares – fato justificado em razão da maior facilidade na obtenção de acordo entre dois Estados do que entre uma pluralidade de Estados com interesses antagônicos. Ademais, do ponto de vista dos Estados desenvolvidos, mostra-se mais viável a celebração de acordos bilaterais – nos quais os Estados menos desenvolvidos têm pouco poder de barganha – do que a assunção de compromissos multilaterais, em que os Estados menos desenvolvidos têm a possibilidade de unir-se para reivindicar a contemplação de seus interesses².

Na doutrina e na jurisprudência, há certo consenso de que existem pon-

* Os autores são doutorandos do Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.
E-mail: anderson.fonseca.machado@gmail.com

¹ Fonte: Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC). <https://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>

² FERNANDES, Érica Capella. FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. RIL Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 247-276

tos comuns em discussões envolvendo os direitos dos investimentos, tais como: o critério para identificar um investimento; a questão da nacionalidade do investidor; o tratamento justo e equitativo; a proteção e segurança plenas dos investimentos internacionais; a desapropriação no contexto do poder regulatório do Estado; a proteção contra a discriminação (cláusula da nação mais favorecida e tratamento nacional); e os deveres sociais dos investidores internacionais.

Considerando esse processo evolutivo e ainda a carência de harmonização em soluções envolvendo temas semelhantes, buscou-se mapear e comparar os textos de acordos de proteção dos investimentos celebrados por países da América Latina, do ponto de vista do investidor e do Estado, a fim de verificar a existência de alguma uniformização acerca do assunto dentre os países da América Latina, bem como .

O trabalho de mapeamento, visando analisar os tratados de , adotou como critério de seleção ou delimitação tratados assinados pelos países latino-americanos na década de 1990 e compará-los aos celebrados mais recentemente. Os dados foram obtidos e selecionados por meio do acesso ao sítio eletrônico <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, sendo escolhidos 36 IIAs.

1 Parâmetros metodológicos de comparação

A fim de orientar as comparações entre os tratados mapeados, utilizou-se como parâmetros selecionados como mecanismos de cotejamento, a existência dos seguintes conteúdos nos IIAs:

- a) Tratamento justo e equitativo (TJE): análise sobre o nível de abertura;
- b) Proteção e segurança dos investimentos (PSI): nível de abrangência de proteção contemplado;
- c) Cláusula guarda-chuva (CGC): possibilidade de proteção por BIT face a eventual violação de contrato de investimentos;
- d) Normatização sobre desapropriação, direta e indireta (DES): especificidade de situações normatizadas;

- e) Cláusula da nação mais favorecida (NMF): exame de previsão e análise sobre nível de contemplação.
- f) Cláusula de responsabilidade Social (CRS): análise de nível da responsabilidade prevista;

Conforme a metodologia utilizada, os IIAs selecionados para mapeamento foram então divididos em 9 (nove) grupos de análise:

- IIAs cujo Brasil figura como parte;
- IIAs cuja Colômbia figura como parte;
- IIAs em que o Chile figura como parte;
- IIAs em que Comunidade Andina figura como parte;
- IIAs em que Uruguai figura como parte;
- IIA em que Venezuela figura como parte;
- Outros IIAs firmados por países latino-americanos;
- IIAs firmados por países da América Central;
- Acordos firmados pelo Mercosul.

2 Os acordos internacionais de proteção de investimentos estrangeiros celebrados por países latinoamericanos

2.1 IIAs cujo Brasil figura como parte

BIT Angola – Brasil (2015)

- a) Critério “a” (TJE) – Não há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo.
- b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão de cláusula de proteção e segurança dos investimentos.
- c) Critério “c” (CGC) – Sim, há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.
- d) Critério “d” (DES) – Não há explicitação de casos de desapropriação indireta. Contudo, estipula-se com-

pensação justa em caso de “expropriação” (nacionalização).

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão, contempla isonomia em relação a tratamentos pré e pós-estabelecimento.

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão genérica. Exige maior comprometimento possível dos investidores.

BIT Chile – Brasil (1994)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo. Abordagem genérica.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão de cláusula de proteção e segurança dos investimentos. Abordagem genérica.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Não há explicitação de casos de desapropriação indireta. Contudo, estipula-se compensação justa em caso de “expropriação” (nacionalização).

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão, contempla isonomia em relação a tratamentos pós-estabelecimento.

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão genérica.

BIT Chile – Brasil (2015)

a) Critério “a” (TJE) – Não há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo.

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação e sua respectiva compensação. Não há explicitação de casos de desapropriação indireta.

e) Critério “e” (NMF) – Contempla isonomia em relação a tratamentos pós-estabelecimento.

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão detalhada. Exige maior comprometimento possível dos investidores. Obedecer as “Linhas Diretrizes para Empresas Multi-

nacionais” da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico”.

BIT França – Brasil (1995)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo. Abrangência detalhada.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação direta e indireta e sua respectiva compensação.

e) Critério “e” (NMF) – Contempla isonomia em relação a tratamentos pós-estabelecimento.

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão.

BIT Portugal – Brasil (1994)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo. Abrangência genérica.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação direta e indireta e sua respectiva compensação.

e) Critério “e” (NMF) – Contempla isonomia em relação a tratamentos pré e pós-estabelecimento.

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão.

BIT Venezuela – Brasil (1995)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo. Abrangência genérica.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação direta e indireta e sua respectiva compensação.

e) Critério “e” (NMF) – Contempla isonomia em relação a tratamentos pós-estabelecimento.

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão.

Comparação sintética dos IIAs cujo Brasil figura como parte.

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Angola - Brasil (2015)	Não	Não	Sim	Apenas direta	Sim. Pré e pós.	Sim. Genérica.
BIT Brasil - Chile (1994)	Sim. Genérica.	Sim. Genérica.	Não	Apenas direta	Sim. Apenas pós.	Não
BIT Brasil - Chile (2015)	Não	Não	Não	Apenas direta.	Sim. Apenas pós.	Sim. Detalhada
BIT Brasil - França (1995)	Sim. Detalhada.	Sim. Genérica.	Não	Sim. Direta e indireta.	Sim. Apenas pós.	Não
BIT Brasil - Portugal (1994)	Sim. Genérica.	Sim. Genérica.	Não	Sim. Direta e indireta.	Sim. Pré e pós.	Não
BIT Brasil - Venezuela BIT (1995)	Sim. Genérica.	Sim. Genérica.	Não	Sim. Direta e indireta.	Sim. Apenas pós.	Não

2.2 IIAs em que a Colômbia figura como parte

BIT Colômbia – Cuba (1994)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 3 – Tratamento ao Investimento , item 1.)

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 3 – Tratamento ao Investimento , itens 1. e 2.)

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Artigo 8 – Compensação por perdas, itens 1. e 2.)

d) Critério “d” (DES) – Cláusulas que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação, salvo se essas medidas se realizem de acordo com a

Constituição e com a lei, de maneira não discriminatória, por motivos de utilidade pública ou interesse social (Artigo 7 – Expropriação e medidas equivalentes, item 1.)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 4 – Tratamento Nacional e Cláusula da Nação mais Favorecida, item 1. e Artigo 11), com as exceções prevista no Artigo 5.

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão específica

BIT Colômbia – Costa Rica (2013)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 12.4) de forma bem genérica;

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão genérica de cláusula de proteção e segurança de investimentos;

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula vedando a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação (Artigo 12.11), salvo se por razões de ordem pública, de forma não discriminatória, com o pagamento de indenização e através do devido processo;

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 12.13), sem qualquer ressalva.

f) Critério “f” (CRS) – Sim, há cláusula de responsabilidade social (Artigo 12.9).

BIT Colômbia – França (2014)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 4 – Standard Mínimo de Tratamento, item 1.)

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 4 – Standard Mínimo de Tratamento, item e 2.)

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Artigo 7 – Compensação por perdas)

d) Critério “d” (DES) – Cláusulas que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropria-

ção, salvo por motivos de utilidade pública ou interesse social (Artigo 6 – Expropriação e Indenização, item 1.)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 5 – Tratamento Nacional e Nação mais Favorecida, itens 1. ao 4.)

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão detalhada. Cláusulas que estipulam maior comprometimento possível dos investidores (Artigo 10 – Medidas relacionadas com o Meio Ambiente, a Saúde e os Direitos Laborais e Artigo 11 que prevê diretrizes sobre a Responsabilidade Social Corporativa).

BIT Colômbia – Emirados Árabes Unidos (2017)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão expressa de tratamento justo e equitativo na Cláusula 5.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão genérica de tratamento justo e equitativo na Cláusula 5.

c) Critério “c” (CGC) – Há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Cláusulas 12 e 14).

d) Critério “d” (DES) – Há normatização sobre desapropriação, direta e indireta na Cláusula 7 e especificidade de situações normatizadas.

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão expressa de Nação Mais Favorecida na Cláusula 4 (itens 1 a 5), contendo especificidades.

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão específica de responsabilidade Social (ambiental e trabalhista) na Cláusula 10.

Comparação sintética dos IIAs em que a Colômbia figura como parte

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Colômbia – Cuba (1994)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Sim	Não
BIT Colômbia – Costa Rica (2013)	Sim	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Sim	Sim
BIT Colômbia – França BIT (2014)	Sim. Detalhada	Sim. Específica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Sim	Sim. Específica

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Colômbia – Emirados Árabes Unidos (2017)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta, com especificidades.	Sim, com especificidades.	Sim. Específica.

2.3 IIAs em que o Chile figura como parte

BIT Chile – Hungria (1997)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 4 – Tratamento ao Investimento, item 1.)

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula genérica de proteção e segurança de investimentos (Artigo 3 – Promoção e Proteção de Investimentos, item 2.)

c) Critério “c” (CGC) – Não há cláusula guarda-chuva

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação, salvo por motivos de utilidade pública ou interesse social, vedado o tratamento discriminatório e mediante compensação imediata (Artigo 6 – Expropriação e Indenização, item 1.)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 4 – Tratamento Nacional e Nação mais Favorecida, itens 2 e 3)

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social

BIT Chile – Indonésia (1999)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 4 – Tratamento ao Investimento, item 1.)

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula genérica de proteção e segurança de investimentos (Artigo 3 – Promoção e Proteção de Investimentos, item 2.)

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Artigo 7 – Compensação por perdas)

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação, salvo por motivos de utilidade pública ou

interesse social, vedado o tratamento discriminatório e mediante compensação imediata (Artigo 6 – Expropriação e Indenização, item 1.)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 4 – Tratamento Nacional e Nação mais Favorecida, itens 2 e 3)

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social

BIT Chile – Hong Kong (2016)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 6 – *Minimum Standard of Treatment*, item 1.)

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 6 – *Minimum Standard of Treatment*, item 2.)

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Artigo 7 – Tratamento em caso de conflito armado ou guerra civil)

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação, salvo por motivos de utilidade pública ou interesse social, vedado o tratamento discriminatório e mediante devido processo legal e compensação imediata (Artigo 10 – Expropriação, item 1.)

e) Critério “e” (NMF) – Não há cláusula de nação mais favorecida

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

Free Trade Agreement - Argentina – Chile (2017)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 8.7) de forma bem genérica;

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão genérica de proteção e segurança de investimentos;

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Artigo 8.36).

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula vedando a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação

(Artigo 8.8), salvo se por razões de ordem pública, de forma não discriminatória, com o pagamento de indenização e através do devido processo;

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 8.6), sem qualquer ressalva.

f) Critério “f” (CRS) – Sim, há cláusula de responsabilidade social (Artigo 8.17).

Comparação sintética dos IIAs em que o Chile figuram como parte.

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Chile – Hungria (1997)	Sim. Genérica	Sim. Genérica	Não	Sim. Direta e Indireta	Sim.	Não
BIT Chile – Indonésia (1999)	Sim. Genérica	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Sim	Não
BIT Chile – Hong Kong (2016)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Não	Sim. Genérica
Free Trade Agreement - Argentina e Chile (2017)	Sim. Genérica	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Sim	Sim

2.4 IIAs em que Comunidade Andina figura como parte

Trade and Investment Cooperation Arrangement - Comunidade Andina e Canada (1999)

a) Critério “a” (TJE) – Não há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo.

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Não há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação.

e) Critério “e” (NMF) – Não há cláusula de nação mais favorecida

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

Political Dialogue and Co-operation Agreement - Comunidade Andina e Comunidade Europeia (2003)

a) Critério “a” (TJE) – Não há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo.

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Não há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação.

e) Critério “e” (NMF) – Não há cláusula de nação mais favorecida

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) (2018)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 9.6). O item 1 traz a proteção de acordo com o direito internacional aplicável, porém, nos itens seguintes, há uma preocupação em limitar a abrangência do FET, ressaltando que eventuais condutas dos Estados que sejam contrárias ao investidor ou até mesmo revogação ou não prorrogação de determinado subsídio não pode ser considerada quebra do tratamento justo e equitativo.

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 9.6) junto com a proteção ao tratamento justo e equitativo, no artigo que trata do standard mínimo de proteção.

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos, mas somente em relação ao descumprimento dos critérios a e b (Artigo 9.6, item 3).

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula vedando a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação (Artigo 9.8), salvo se por razões de ordem pública, de forma não discriminatória, com o pronto pagamento de adequada e efetiva indenização e de acordo com o devido processo legal.

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 9.5), fazendo ressalva expressa para não incluir nessa cláusula as normas procedimentais de resolução de conflitos.

f) Critério “f” (CRS) – Há cláusula de responsabilidade social apenas reafirmando que as partes encorajam que as empresas operem de acordo com os standards internacionalmente reconhecidos e princípios de responsabilidade social, não trazendo qualquer sanção ou detalhamento sobre o tema.

Comparação sintética dos IIAs em que Comunidade Andina figura como parte.

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
ANCOM-Canada (1999)	Não	Não	Não	Não	Não	Não
ANCOM-EC (2003)	Não	Não	Não	Não	Não	Não
CPTPP (2018)	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

2.5 IIAs em que o Uruguai figura como parte

BIT Índia-Uruguai (2008)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 3, item 2).

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação (Artigo 5).

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 4).

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

BIT Japão-Uruguai (2015)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 5, item 1).

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 5, item 1).

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há parcial previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos, mas somente em relação ao descumprimento dos critérios a e b (Artigo 5, item 3).

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de apropriação (Artigo 16).

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 4).

f) Critério “f” (CRS) – Sim, há parcial previsão de cláusula de responsabilidade social em relação a transparência, medidas anti-corrupção, e padrões trabalhistas e medidas de saúde, segurança e ambientais (Artigos 11, 15 e 27).

Comparação sintética dos BITs em que o Uruguai figura como parte.

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Índia-Uruguai (2008)	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Não
BIT Japão-Uruguai (2015)	Sim	Sim	Sim, parcial.	Sim	Sim	Sim, parcial.

2.6 IIAs em que a Venezuela figura como parte

BIT Italia-Venezuela (1990)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 2, item 2).

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de apropriação (Artigo 5).

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 3).

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

BIT Venezuela-Vietnam (2008)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 2, item 2).

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 2, item 2).

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que desautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de apropriação (Artigo 5).

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 3).

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social

Comparação sintética dos IIAs em que a Venezuela figura como parte.

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Itália-Venezuela (1990)	Sim	Não	Não	Sim	Sim	Não
BIT Venezuela-Vietnam (2008)	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Não

2.7 Outros bits firmados por países latino-americanos

BIT Bolívia – Costa Rica (2002)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo II – Promoção de Investimentos, item 1.)

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo III – Proteção dos investimentos: trato nacional e da nação mais favorecida, item 1.)

c) Critério “c” (CGC) – Sim, há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos

d) Critério “d” (DES) – Cláusula que desautoriza casos de desapropriação indireta. Contudo, estipula-se compensação justa no caso de “expropriação por utilidade pública” (Artigo IV – Expropriação e Indenização, item 1.)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida. (Artigo III – Proteção dos investimentos: trato nacional e da nação mais favorecida, item 2.)

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão específica

BIT Argentina - Nova Zelândia (1999)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 3, item 2) de forma bem genérica no capítulo referente a admissão, promoção e proteção dos investimentos.

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos de forma expressa. A proteção maior se dá no artigo 3, que trata de encorajamento, criação de condições favoráveis e proteção aos investimentos (com foco no tratamento justo e equitativo no item 2)

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula vedando a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação (Artigo 6), salvo se por razões de ordem pública, de forma não discriminatória, com o pronto pagamento de adequada e efetiva indenização.

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida, ressaltando apenas o marco temporal, ou seja, após o estabelecimento do investimento (Artigo 4).

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

Comparação sintética de outros IIAs firmados por países latino-americanos.

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Bolívia - Costa Rica (2002)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta	Sim.	Não
BIT Argentina-Nova Zelândia (1999)	Sim.	Não de forma expressa	Não	Sim.	Sim	Não

2.8 IIAs firmados por estados da América Central

BIT Barbados - BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) (2009))

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 2, item 2) de forma bem genérica.

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos (Artigo 2, item 2)

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula vedando a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação (Artigo 5), salvo se por razões de ordem pública, de forma não discriminatória, com o pronto pagamento de adequada e efetiva.

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 3), sem qualquer ressalva.

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

BIT Costa Rica – El Salvador (2018)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (artigo 2).

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula de proteção e segurança de investimentos de forma expressa.

c) Critério “c” (CGC) – Não há previsão de proteção em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula vedando a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação (Artigo 3), salvo se por razões de ordem pública, de forma não discriminatória, mediante o pagamento de uma compensação rápida, adequada e eficaz.

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo 9.4).

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social.

BIT Guiana – Suíça (2005)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão expressa de tratamento justo e equitativo na Cláusula 4, item 1.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão genérica de tratamento justo e equitativo na Cláusula 4.

c) Critério “c” (CGC) – Há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Cláusulas 08 e 09).

d) Critério “d” (DES) – Há normatização sobre desapropriação, direta e indireta na Cláusula 6 sem detalhamento.

e) Critério “e” (NMF) – Não há previsão expressa de Cláusula da Nação Mais Favorecida.

f) Critério “f” (CRS) – Não há Cláusula de Responsabilidade Social.

BIT Indonésia – Jamaica (1999)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão expressa de tratamento justo e equitativo na Cláusula 2, item 2 e na Cláusula 3, item 1.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão genérica de tratamento de proteção e segurança dos investimentos na Cláusula 3, item 2.

c) Critério “c” (CGC) – Há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Cláusulas 08, 09 e 10).

d) Critério “d” (DES) – Há normatização sobre desapropriação, sem referência expressa se direta ou indireta na Cláusula 4 e sem especificidade de situações

normatizadas.

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão expressa de Nação Mais Favorecida na Cláusula 3 (itens 1 a 4), contendo especificidades.

f) Critério “f” (CRS) – Não há Cláusula de Responsabilidade Social.

Free Trade Agreement - CACM X República Dominicana (1998)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão expressa de tratamento justo e equitativo na Cláusula 9.03.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão genérica na Cláusula 9.03.

c) Critério “c” (CGC) – Há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos, inclusive trata da solução de controvérsias (Cláusulas 9.06 e 9.20).

d) Critério “d” (DES) – Há normatização sobre desapropriação, direta e indireta na Cláusula 9.11 e especificidade de situações normatizadas.

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão expressa de Nação Mais Favorecida na Cláusula 9.05

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão específica de responsabilidade Social (ambiental) na Cláusula 9.15.

Free Trade Agreement - CACM X Panamá (2002)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão expressa de tratamento justo e equitativo na Cláusula 10.6.

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão expressa, porém genérica juntamente com o tratamento justo e equitativo na Cláusula 10.6.

c) Critério “c” (CGC) – Há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Cláusulas 10.10 e 10.35).

d) Critério “d” (DES) – Há normatização sobre desapropriação, direta e indireta na Cláusula 10.11 com detalhamento das situações.

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão expressa de Cláusula da Nação Mais Favorecida na cláusula 10.03.

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão específica de responsabilidade Social (ambiental) na Cláusula 10.15.

Free Trade Agreement - CACM X México (2011)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão expressa e detalhada de tratamento justo e equitativo na Cláusula 11.3

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão expressa e detalhada de proteção e segurança na Cláusula 11.3

c) Critério “c” (CGC) – Há garantia genérica de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos (Cláusula 11.10).

d) Critério “d” (DES) – Há normatização sobre desapropriação, direta ou indireta na Cláusula 11.11 com especificidade de situações normatizadas.

e) Critério “e” (NMF) – Há previsão expressa de Nação Mais Favorecida na Cláusula 11.5, contendo especificidades.

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão específica de responsabilidade Social (ambiental) na Cláusula 11.16.

BIT Costa Rica – Reino Unido (1982)

a) Critério “a” (TJE) – Não há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo.

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula genérica de proteção e segurança de investimentos (Artigo II - 1, 2 e 3 - Fomento e proteccion de inversiones)

c) Critério “c” (CGC) – Não há cláusula guarda-chuva

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que de-sautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação, salvo por razones de uso público relacionado con las

necesidades internas de dicha Parte contratante y a cambio de compensación puntual, adecuaday efectiva”. Artigo IV e V – Expropriação e Indenização por per-das)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida (Artigo III – Trato nacional y cláusula de la nación más favorecida

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social

BIT Cuba – Dinamarca (2001)

a) Critério “a” (TJE) – Sim, há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo (Artigo 4 – Tratamento ao Investimento .

b) Critério “b” (PSI) – Sim, há previsão de cláusula genérica de proteção e segurança de investimentos (Artigo 2)

c) Critério “c” (CGC) – Não há cláusula guarda-chuva

d) Critério “d” (DES) – Sim, há cláusula que de-sautoriza a nacionalização ou qualquer outra forma de expropriação, salvo exceto para desapropriações feitas para o público, necessidade nacional ou social, com base na não discriminação, realizada sob o devido processo legal, e contra pronta, compensação adequada e eficaz. Previsão de compensação pronta, adequada e eficaz para esses investidores para qualquer imparidade ou diminuição do justo valor de mercado tal investimento resultante da expropriação. (Artigo 6)

e) Critério “e” (NMF) – Sim, há previsão de cláusula da nação mais favorecida , porém com indicação de exceções para que não seja interpretada de obrigar uma parte contratante a alargar aos investidores da outra parte Contratante o benefício de qualquer tratamento, preferência ou privilégio (Artigo 4 e 5).

f) Critério “f” (CRS) – Não há cláusula de responsabilidade social

Comparação sintética dos IIAs firmados por Estados da America Central

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
BIT Barbados - BLEU (2009)	Sim	Sim.	Não	Sim.	Sim.	Não
BIT Costa Rica - El Salvador (2018)	Sim	Sim.	Não	Sim	Sim	Não
BIT Guiana – Suíça (2005)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta, sem detalhamentos.	Não.	Não
BIT Indonésia – Jamaica (1999)	Sim. Genérica.	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta, sem detalhamentos.	Sim, com especificidades.	Não

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
CACM X República Dominicana (1998)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta, com detalhes.	Sim.	Sim. Ambiental
CACM X Panamá (2002)	Sim. Detalhada	Sim. Genérica	Sim	Sim. Direta e Indireta, com detalhes.	Sim.	Sim. Ambiental
CACM X México (2011)	Sim. Detalhada	Sim. Detalhada	Sim	Sim. Direta e indireta, com detalhes.	Sim.	Sim. Ambiental
BIT Costa Rica – United Kingdom (1982)	Não	Sim	Não	Sim	Sim	Não
BIT Cuba–Dinamarca (2001)	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Não

2.9 Mercosul (Mercado Comum Sulamericano)

Framework Agreement. Egito - Mercosur (2004)

a) Critério “a” (TJE) – Não há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo.

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Não há previsão de desapropriação e sua respectiva compensação. Não há explicitação de casos de desapropriação indireta.

e) Critério “e” (NMF) – Não há previsão de isonomia.

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão de responsabilidade social.

MERCOSUR Investment Protocol (intra) (1994)

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3585>

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão de cláusula de

tratamento justo e equitativo. (Art. 3)

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão desta cláusula de proteção de investimentos. (Art. 6).

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação somente na hipótese de tal medida ser tomada em razão de interesse público. Neste caso, haverá compensação prévia correspondente ao valor real avaliado imediatamente antes da desapropriação. (Art. 4)

e) Critério “e” (NMF) – Contempla isonomia em relação a tratamentos pós-estabelecimento. (Art. 2)

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão de responsabilidade social.

MERCOSUR Investment Protocol (extra). (1994)

a) Critério “a” (TJE) – Há previsão de cláusula de tratamento justo e equitativo. [C] Protección de Inversiones, 1]

b) Critério “b” (PSI) – Há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos. [F] Subrogación]

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação e sua respectiva compensação, que será feita no valor correspondente ao valor real do objeto desapropriado. [D] Expropiaciones y Compensaciones]

e) Critério “e” (NMF) – Contempla isonomia em relação a tratamentos pós-estabelecimento. [C] Protección de Inversiones, 2]

f) Critério “f” (CRS) – Não há previsão de responsabilidade social dos investidores.

Intra-MERCOSUR Investment Facilitation Protocol (2017)

a) Critério “a” (TJE) – Os padrões de “tratamento justo e equitativo” e de “plena segurança e proteção” não são cobertos por esse Protocolo. (Parte II – Disposições de Tratamento e Medidas Regulatórias, Artigo 4º,

3), embora haja previsão de tratamento não discriminatório (Parte II, Artigo 5º).

b) Critério “b” (PSI) – Não há previsão e cláusula de proteção e segurança dos investimentos.

c) Critério “c” (CGC) – Não há garantia de proteção por BIT em caso de descumprimento de contrato de investimentos.

d) Critério “d” (DES) – Há previsão de desapropriação direta, a qual deve ser compensada com o valor justo de mercado do investimento desapropriado. (Parte II, Artigo 6º).

e) Critério “e” (NMF) – Não há previsão de isonomia.

f) Critério “f” (CRS) – Há previsão detalhada. (Parte II, Artigo 14)

Comparação sintética de IIAs do Mercosul

BIT / Critérios	TJE	PSI	CGC	DES	NMF	CRS
<i>Framework Agreement</i> Egito-Mercosul (2004)	Não	Não	Não	Não	Não	Não
Investment Protocol intra (1994)	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Não
Investment Protocol (extra) 8/5/1994	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Não
Investment Facilitation Protocol (2017)	Não	Não	Não	Sim	Não	Sim

3 A falta de padrões nos acordos de proteção de investimentos estrangeiros firmados pelos países latinoamericanos e da América Central

Foi realizado o exame dos Acordos de Investimentos Internacionais (IIAs) celebrados por países latino-americanos e da América Central e a comparação entre

grupos de tratados com a finalidade de identificar possíveis tendências e uniformizações entre os assuntos mais comumente levantados em sede de solução de conflitos internacionais envolvendo investimentos estrangeiros.

Após o mapeamento com base nos IIAs assinados entre 1990 e 2018, conforme escopo apresentado anteriormente, não foi possível concluir pela existência de algum modelo de acordo ou de padronização de cláusulas nos tratados internacionais de proteção ao investimento estrangeiro pesquisados.

De forma geral, a conclusão resultante da interseção dos IIAs analisados demonstrou que não houve, nem década de 1990, nem tampouco há, atualmente, um modelo padronizado de acordo internacional adotado pelos países da região.

A hipótese que pode explicar esta ausência de padrão de acordo internacional de proteção de investimentos nos países latino-americanos é que são em sua maioria grandes importadores de capital estrangeiro com pouco poder de negociação no cenário internacional. Nesta condição, estão muito mais suscetíveis às imposições dos países que proporcionam os investimentos e que possuem posição de negociação mais favorável. Entretanto, esta hipótese não foi testada ou aprofundada para permitir afirmar sua confirmação categórica.

De outro lado, os IIAs firmados por Estados da América Central e do Sul vêm sofrendo modificações recentemente, tendência que se projeta também para os próximos anos. Primeiro, em razão das diversas demandas arbitrais que surgiram ao longo dos anos, chamando a atenção para muitos assuntos que não eram previstos nos tratados e até mesmo para um maior debate que envolva as especificidades de cada país.

Essa é uma tendência que vem sendo capitaneada, inclusive, pelo Brasil como mostram os últimos acordos firmados por este. Em segundo lugar, em razão da própria evolução do direito internacional, mostrando, principalmente uma maior preocupação com temas importantes, tais como a responsabilidade social dos investidores, recorrente nos últimos IIAs firmados.

4 A evolução no conteúdo dos acordos de proteção de investimentos estrangeiros analisados

No **grupo de comparações 01** foram analisados 06 acordos, todos cujo Brasil figurou como entidade participante: Angola - Brazil BIT (2015); Brazil - Chile BIT (1994); Brazil - Chile BIT (2015); Brazil - France BIT (1995); Brazil - Portugal BIT (1994); e Brazil - Venezuela, Bolivarian Republic of BIT (1995).

Percebeu-se que os BITs mais novos (2015) possuem previsão de cláusula de responsabilidade social (CRS), em alguns casos com maior detalhamento. A cláusula da nação mais favorecida parece ser comportamento (NMF) padrão também dos acordos pesquisados.

Fato inusitado é que a previsão de proteção dos investimentos (PSI) foi observada com países mais influentes (França e Portugal), enquanto que não foi prevista no BIT com a Angola (2015).

Ainda, percebeu-se sempre menção a desapropriação ou expropriação direta e, em alguns casos a indireta (França, Portugal e Venezuela).

No **grupo de comparações 02** foram analisados 4 BITs firmados pela Colômbia. Apesar do distanciamento temporal dos Acordos sob análise (de 1994 a 2017), foi possível identificar uma uniformidade, em especial quanto à previsão da cláusula da nação mais favorecida (NMF) e de cláusula com abordagem sobre expropriação e indenização (DES).

Ademais, cumpre ressaltar que os acordos mais recentes, firmados entre 2013 a 2017 passaram a prever medidas relacionadas ao meio ambiente, saúde, os direitos laborais e a responsabilidade social corporativa (CRS), denotando uma verdadeira tendência dos novos acordos de investimentos. O acordo firmado entre o Governo da Colômbia e o Governo da França (de 2014), por exemplo, revelou-se moderno e atento à importância de práticas responsáveis de direitos humanos, como *standards* a serem incorporados em suas políticas internas

No **grupo de comparações 03** foram analisados acordos firmados pelo Chile, com uma variação temporal de 20 (vinte) anos (entre 1997 a 2017), o que permitiu observar eventual evolução nos tratados assinados pelo Chile, de sorte a facilitar a incorporação de cláusulas

mais modernas e/ou exclusão de cláusulas menos favoráveis ao país hospedeiro.

Percebeu-se, claramente, uma evolução no que tange à incorporação de cláusulas guarda-chuva (CGC) e de responsabilidade social (CRS), ainda que não de forma tão detalhada como seria esperado. A crescente preocupação em compartilhar responsabilidades com o investidor parece seguir o mesmo caminho da preocupação em responsabilizar o país hospedeiro em caso de descumprimento do BIT.

O maior detalhamento da cláusula de tratamento justo e equitativo (TJE) no BIT firmado em 2016 (com Hong Kong) denota uma evolução na preocupação dos países signatários em eliminar ambiguidades da redação de seus tratados e delimitar exatamente até onde estão se comprometendo perante os investidores. Corrobora essa conclusão o fato de esse último tratado ter eliminado a cláusula da nação mais favorecida (NMF) que, como discutido em sala de aula, acaba por engessar as possibilidades de o país hospedeiro aproveitar o seu poder de barganha frente a outros países.

No **grupo de comparações 04** foram analisados BITs firmados pela Comunidade Andina (hoje composta por Bolívia, Colômbia, Equador e Peru). Os dois acordos firmados pela Comunidade Andina com o Canadá (1998) e com a Comunidade Europeia (2003), por se tratarem de acordos gerais de comércio e investimentos e especialmente pela distância temporal, 1998 e 2003, não se verificou nenhum dos dispositivos que estavam sendo mapeados. Já o CPTPP, parece ser um acordo mais ajustados às demandas atuais, até mesmo em resposta a diversas demandas arbitrais observadas nas últimas décadas. Assim, o CPTPP traz previsão expressa sobre tratamento em caso de conflito armado, além do capítulo comumente observado no caso de expropriações. Traz, também, dispositivo que trata não só da responsabilidade social de forma genérica (artigo 9.17), mas também especificamente de questões relativas ao meio ambiente e saúde (artigo 9.16), o que, mais uma vez demonstra uma nova preocupação dos Estados quando da assinatura de acordos de investimentos.

No **grupo de comparações 05**, foram analisados dois BITs firmados pelo Uruguai, um de 2008 com a Índia e outro de 2015 com o Japão. Neste caso, notou-se a maior evolução em termos dos dispositivos mapeados, pois o primeiro acordo somente possuía metade dos itens (TJE, PSI e NMF). Já o acordo de 2015 segue a

mais moderna tendência de incorporar as demais cláusulas, ainda que de forma parcial (CGC e CRS).

O **grupo de comparações 06** analisou dois BITs firmados pela Venezuela, o primeiro datado de 1990 com a Itália e o outro de 2008 com o Vietnã, não sendo possível perceber nenhuma modificação significativa, pois a única alteração constatada foi a inclusão da cláusula de proteção e segurança dos investimentos, que não representa nenhuma evolução relevante nos BITs.

No **grupo de comparações 07** foram analisados outros dois tratados latino-americanos, um assinado pela Bolívia (2002) e outro pela Argentina (1999) e são claros exemplos de acordos firmados por países dessa região na ocasião. O acordo de 1999 da Argentina é, na verdade, uma amostra dos BITs firmados pelo referido país, uma vez que a maioria de seus acordos de investimentos foi firmado na década de 1990 (dos 55 acordos em força atualmente, 43 foram assinados entre 1992 a 1999). E da análise observa-se a padronização dos acordos, tema muito debatido em sala de aula. Denota-se que foram acordos pouco discutidos entre seus representantes, estabelecendo cláusulas padrão que, muitas vezes, se mostraram insuficientes para proteção dos investimentos.

No **grupo de comparações 08** a análise se deu sobre tratados firmados por países da América Central com um lapso temporal relativamente grande (1982 a 2018), o que permite ver uma clara evolução nos acordos. Exceto o acordo firmado entre Costa Rica e Reino Unido, o mais antigo de todos desse grupo, de 1982, todos os outros possuem a previsão do tratamento justo e equitativo. Quanto à proteção e segurança dos investimentos, a integralidade dos acordos faz essa previsão, mostrando-se uma cláusula praticamente unân-

me quando se trata de direito dos investimentos. Assim como a normativa relativa a desapropriações e cláusula da nação mais favorecida (exceto o BIT entre Guiana e Suíça, que não faz esse tratamento). Mas, de fato, a diferença mais gritante é percebida com relação à responsabilidade social, prevista somente nos acordos firmados pelo CACM (Central American Common Market). Os demais BITs não trazem essa questão.

Finalmente, **no grupo de comparações 09**, foram trazidos os acordos firmados pelo Mercosul e, ao que parece, por serem tratados envolvendo uma entidade ainda não tão organizada como a União européia, seus acordos carecem de maiores detalhamentos e especificidades, recaindo na mesma problemática da padronização. O *Investment Facilitation Protocol*, de 2017, aparece, assim, numa esteira mais moderna de elaboração dos acordos, prevendo cláusula de responsabilidade social, por exemplo, o que, mais uma vez, demonstra a tendência dos novos BITs.

Referências

MINISTÉRIO DA INDÚSTRIA, COMÉRCIO EXTERIOR E SERVIÇOS (MDIC). **Negociações Internacionais de Investimentos**. Disponível em: < <https://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/218-negociacoes-internacionais-de-investimentos/1949-nii-acfi>>. Acesso em maio/2018.

FERNANDES, Érica Capella. FIORATI, Jete Jane. **Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil**. RIL Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 247-276.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Private International Law
chronicles**

**Crônicas de direito internacional
privado**

Nadia de Araujo

Marcelo De Nardi

Inez Lopes

Fabício Polido (org.)

VOLUME 16 • N. 1 • 2019
ARBITRAGEM E DIREITO INTERNACIONAL

Crônicas de direito internacional privado

Nadia de Araujo*

Marcelo De Nardi**

Inez Lopes***

Fabrcio Polido (org.)****

I International acts

Chronicle 1 The Hague Conference's Judgments Project: highlights of the text and advantages for Latin America

1.1 Introduction

The key to international commerce efficiency lies in the element of trust. Trust between parties that invest in international business relations, and trust between States that hold legal systems that may need to settle disputes arising from a contract gone sour.

In addition to disputes of a commercial nature, courts often hear tort cases, and proceedings may become complex if evidence shall be collected and damages assessed in another jurisdiction. Moreover, the fact that the State rendering the judgment will not be the one that enforces it adds another layer of difficulty to attain an useful outcome from the litigation.

When a party seeks the judiciary in order to solve a dispute connected only to a particular State, the question of which judge within the forum will adjudicate the case poses no dilemma. In that case, the local procedural rules easily provide an answer, as well as to all questions pertaining to the specificities of the proceedings. However, when a case is connected to more than one State, *complication* holds precedence, starting from the identification of the court where the prospective plaintiff may bring the suit. If not provided for in an agreement, one needs to tread carefully for selecting (or shopping, may be said) a forum. Many *fora* may be available to adjudicate the case, but determining which one is better equipped under the plaintiff's view to successfully conduct proceedings demands an in-depth assessment, one that parties are not always financially and timely prepared to conduct.

As a result, the court that adjudicates a cross-border case is frequently not able to enforce its own judgment. Since the defendant's assets may be located in another jurisdiction and if so, the plaintiff's success depends on whether the enforcement forum is receptive to foreign judgments. Further-

* Nadia de Araujo is Professor of Private International Law, PUC-Rio, PhD in International Law, USP, Master of Comparative Law, GWU. Email: nadia@nadiadearaujo.com

** Marcelo De Nardi is Professor of International Relations, UNISINOS PhD in Law, UFGRS. Email: de.nardi.marcelo@gmail.com

*** Professor of Public and Private International Law, Faculty of Law, University of Brasilia (UnB). Coordinator of Private International Law, International Trade and Human Rights Research Group. Former General Coordinator of International Legal Cooperation in Civil Matters of the Department of Recovery Assets and International Legal Cooperation (DRCI) - Ministry of Justice. Email: inezlopes05@gmail.com

**** Professor of Private International Law, International Intellectual Property Law and Comparative Law at the University of Minas Gerais – UFMG. Doctor in International Law, University of São Paulo- USP. Visiting scholar at Kent Law School/UK and Humboldt University of Berlin (2018-2019). Member of the American Association of Private International Law and Brazilian PIL Watch Group. Scientific Advisor of the Institute for Research on Internet & Society – IRIS. Email: fpolido@gmail.com

more, along the proceedings the adjudicating judge may demand evidence that shall be collected abroad. The outcome of the proceedings itself will then depend on an active cooperation between authorities from different countries.

Plaintiffs, defendants and courts worldwide continuously struggle with the adversities of international civil litigation, and Latin America is no different, despite regional integration and cultural similarities. For that very reason, the movement towards the development of international agreements for the bilateral, regional or multilateral international judicial cooperation (IJC), which started in the late XIX century, shows no sign of abating.

IJC embraces two very different fields of cooperation. The first one involves inter-State assistance along proceedings to perform certain judicial acts, such as service of process or taking of evidence. The second field, known as post-trial assistance, addresses the recognition and enforcement of foreign judgments. This paper focuses on the latter¹.

Enforcing a judgment abroad may prove to be too strenuous of a task, the costs of which may exceed the very indemnification amount that the plaintiff seeks to enforce in the first place. In addition, the shortcomings of cross-border enforcement are detrimental to the development of international commerce itself, as many business players perceive an international business relation – relying as they do on its lack of legal certainty – as a sure way of evading the fulfilment of their obligations. Further, adopting IJC rules for the recognition and enforcement of foreign judgments may put us all in the right track towards access to justice and cost-efficient and risk-free (at least from a legal perspective) transnational relations.

1.2 The Judgments Project of the Hague Conference

The Hague Conference on Private International Law, known by the acronym “HCCH”, began its work in 1893, focusing on the uniformization of PIL rules through multilateral treaties addressing specific issues

on civil and family law². After becoming an international organization in the 1950’s, the HCCH invested progressively on IJC. Since then, there has been a tremendous increase in HCCH’s codification activity, influenced greatly by the organization’s new reach: from a modest start with 16 members in the fifties, HCCH grew to 35 in 1990, then to 47 in 2000 and now reaches the impressive number of 83 members³.

HCCH’s statutory mission is to work towards the progressive unification of private international law rules. It does so by setting internationally-agreed approaches to issues such as jurisdiction of courts and recognition and enforcement of foreign judgments, HCCH aims at building strong foundations upon which individuals and companies can expand their activities.

Out of the many projects under discussion at HCCH, the Judgments Project is among the most relevant ones. This project, which dates back to the end of the XX Century, aims at minimizing the existing legal barriers for the international circulation of judgments. The ultimate goal is to mitigate uncertainty in international private relations, by ensuring that judgments rendered in a given country are enforceable where judgments creditors need them to be. Accordingly, the creation of a reliable legal environment will encourage parties to comply with the rules of law and act in good faith in their contractual or non-contractual relations.

To this date, it took to the Special Commission for the Judgments Project set up by HCCH’s Council on General Affairs and Policy four meetings to build a

² For a brief history of The Hague Conference see, VAN LOON, Hans. *The Global Horizon of Private International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2015. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 380). Between 1893 and 1904, four diplomatic conferences were held at the Hague, concluding seven multilateral treaties. These early conventions were largely based on the nationality principle, which later became its Achilles heel (VAN LOON, Hans. *The Global Horizon of Private International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2015. p. 28. It was only after WWII that the world became more aware that international co-operation was essential and HCCH was established as an intergovernmental organization. Today, HCCH has 83 Members, 82 States and 1 Regional Economic Integration Organization (the EU), and a more globalized outlook. With the adoption of the 1956 Hague Convention on Child support, the HCCH has embraced the concept of habitual residence – *in lieu* of the nationality principle - as its main PIL connecting factor.

³ See VAN LOON, Hans. *The Global Horizon of Private International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2015. *Recueil des Cours*, v. 380, p. 44. 82 States and one regional economic integration organization. For more details see <https://www.hcch.net/en/states/hcch-members>.

¹ For a comprehensive introduction to international cooperation, see MCLEAN, David. *International co-operation in civil and criminal matters*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

draft convention providing common grounds for recognition and enforcement of foreign judgments on civil and commercial matters⁴. In fact, the Special Commission took up on the work developed in the course of four years by a Working Group comprised of specialists in the field. After the 4th meeting, in May 2018, the Special Commission considered that the work on the draft convention was completed and recommended to the Council on General Affairs and Policy to convene a Diplomatic Session, pre-scheduled for June 2019⁵.

To achieve its goal of establishing a facilitated system for the circulation of foreign judgments, the Judgments Project strives to settle specific standards for the requested State, the one where recognition and enforcement are sought, to decide whether jurisdiction over a case was exercised both legitimately and reasonably. Thus, these parameters serve only to enable recognition and enforcement of a judgment in a jurisdiction other than its jurisdiction of origin, and they do not purport to change States' domestic rules on jurisdiction.

In many countries throughout the globe a foreign judgment may only be recognized and enforced if the court where recognition and enforcement are sought finds that the court of origin has factual connection to adjudicate the case⁶. Hence, it is left to the Special Com-

mission to determine - when possible - which of these genuine ties are generally agreed-upon among HCCH's member States.

a) The preliminary draft Convention

The preliminary draft Convention on the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of May 2018 will be submitted to HCCH's Council on General Affairs and Policy in March 2019. Under this general proposal, the convention shall take the form of a binding document: This means that, if adopted by the Diplomatic Conference proposed to convene in mid-2019, the convention will then become part of the domestic legislation of each State that ratify it. On the other hand, the document, for the current trend, will not be restricted to HCCH's members.

As the envisaged adoption of the project succeed the convention's entry into force would mean a major achievement of HCCH's longstanding quest for harmonizing PIL and, more importantly, for harmonizing IJC rules in the field of post-trial assistance. Such a harmonization, however, would be limited to the criteria for recognition and enforcement of foreign judgments as described above. It will not, however, establish standard direct bases of jurisdiction.

The new convention will add to the now in force Convention on Choice of Court Agreements⁷, its "sister convention". Further, HCCH intends for it to be used in coordination with the other conventions sponsored by the organization, such as the Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance, currently in force in 40 countries.

HCCH is confident that this new convention will help to prevent duplicate procedures in different states, reducing litigation expenses and transaction costs. Furthermore, it will also promote greater predictability about the circulation of judgments, assisting the parties in their commercial decisions and reducing costs associated with risk management.

b) Indirect bases for recognition and enforcement

The establishment of generally agreed-upon bases

⁴ The meetings of June 2016, February 2017, November 2017 and May 2018 had more than 150 participants of 53 States and 16 international organizations and NGOs, among which ASADIP.

⁵ For more information on the work carried out by the Working Group and on the Judgments Project in general, see <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments>>, access in: 12 Jul. 2018.

⁶ For instance, see the parallel drawn by Paul Beaumont between the issue of recognition of foreign judgments and Brexit: "The decision of a majority of the UK to vote to leave the European Union on Thursday 23 June 2016 means that in the not too distant future the UK will not be a Member State of the European Union. This is likely to have the consequence that once the UK has left the Union it will not apply the Brussels I Regulation or the Lugano Convention to provide for recognition and enforcement of judgments from courts in the EU and in the Lugano Contracting States and vice versa. Clearly the Brussels I Regulation will not apply to a State outside the EU – apart from transitional arrangements for cases already in the pipeline at the time of the UK exit from the EU – and the Lugano Convention is not likely to be a model acceptable to a newly liberated UK.... It may very well be the case that the future Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, alongside the 2005 Convention, will be the best basis for ensuring appropriate recognition and enforcement of judgments from UK courts in other States in the EU and the current Lugano Contracting States and vice versa." (BEAUMONT, Paul. *Respecting Reverse Subsidiarity as an excellent strategy for the European Union at The Hague Conference on Private International*

Law: reflections in the context of the Judgments Project?. CPIL _WP_, 2016. p. 4)

⁷ For more information and status table of the Choice of Court Convention, see <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>, access 4 Jun. 2018.

for the indirect control of foreign jurisdiction⁸ has been the driving force behind the Judgments Project. These bases should enable courts seized to recognize a foreign judgment to assess the grounds on which the courts of origin adjudicated the case, without offending that States' sovereignty.

The Special Commission was able to advance negotiations by limiting the indirect bases of jurisdiction list to very precise provisions, to which the majority of the States seemed to converge about⁹. These provisions relate to reasonable connections between the case and the court of origin, enabling the judgment to be eligible for recognition and enforcement in other States. The absence of those requirements, in turn, would allow such States to refuse recognition or enforcement of foreign judgments.

The draft convention lists well-known connection factors between the case and courts of origin, such as¹⁰:

- (i) The court of origin should be where the natural person who is the judgment debtor has habitual residence¹¹;
- (ii) The court of origin should be where the defendant maintained a branch, agency, or other establishment¹²;

(iii) The court of origin should be the parties' choice of forum¹³;

(iv) The court of origin should be from the place where performance of the contractual obligation should take place¹⁴;

(iv) The court of origin should be from the place where the act or omission directly caused a non-contractual obligation arising from death, physical injury, damage to or loss of tangible property happened¹⁵.

The provision for indirect bases of jurisdiction is the most extensive and complex limb of the draft convention. Thus, the absence of harmonized international criteria to define basis of jurisdiction made the task of negotiating the convention's list thereof all the more difficult.

b) Exclusive bases for recognition and enforcement and grounds for refusal

Article 6 of the draft Convention provides for the States' Party obligation to only recognize and enforce foreign judgments originating from States Party directly connected to those particular situations: intellectual property subject to registration, and immovable property. As a corollary to that premise follows that States Party will have the obligation to refuse recognition and enforcement where a judgment concerning such subject matters do not come from a Court referred to in that provision. A closer reading of this provision reveals that it translates a harmonization of PIL rules on jurisdiction: States that accede to the future convention will agree that for the matters dealt with in Article 6 the only acceptable bases for jurisdiction are those declared there.

Article 7 of the draft convention provides for the grounds for recognition and enforcement refusal of a foreign judgment. Those provisions stand for the allo-

⁸ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Hartley and Dogauchi Report*, 2005. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>. Access: 12 Jul. 2018.

⁹ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Hartley and Dogauchi Report*, 2005. p. 785: "[...] it became apparent as work proceeded that it would not be possible to draw up a satisfactory text for a "mixed" convention within a reasonable period of time. The reasons for this included the wide differences in the existing rules of jurisdiction in different States and the unforeseeable effects of technological developments, including the Internet, on the jurisdictional rules that might be laid down in the Convention. [...]". (HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. *Convention of 30 June 2005 on choice of court agreements*: explanatory report. 2005. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>. Access: 12 Jul. 2018).

¹⁰ HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.

¹¹ Article 5.1(a) of the draft Convention. (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.)

¹² Article 5.1(d) of the draft Convention. (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.)

¹³ Article 5.1(g) of the draft Convention. (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.)

¹⁴ Article 5.1(j) of the draft Convention. (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.)

¹⁵ Article 5.1(j) of the draft Convention. (HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.)

wances for the States Party to refuse, but not for an obligation to do so, since the provisions must be read with regard to Article 16, which allows recognition and enforcement under national law standards. Accordingly, the draft convention does not innovate in this point since the grounds listed therein are very much familiar to all States; among them the public order ground¹⁶.

1.3 What's to earn from the new convention?

Latin American countries have a longstanding tradition of international judicial cooperation. The legal framework in place for foreign judgments recognition and enforcement ensures a high level of receptiveness for foreign judgments¹⁷. However, judgments from Latin America are not recognized with the same responsiveness in other parts of the globe. This means that while Latin American PIL rules are an excellent tool for securing foreign judgments recognition and enforcement, this improved level of acceptance of their judgments outside the region does not comply. As it stands, judgments from Latin American countries may not be accepted in countries not parties to the CIDIP II Convention¹⁸ or the Las Leñas Mercosul Protocol¹⁹.

The rules on direct jurisdiction provided for in the Montevideo Treaties and in the Bustamante Code did not achieve extensive acceptance at their time. Moreover, the subsequent initiative – the CIDIP III Convention– set aside the ambition of establishing common jurisdictional rules to focus on the harmonization of indirect jurisdictional rules, the same concept embraced

by HCCH for the Judgments Project. Lastly, while the CIDIP III Convention²⁰ did develop sophisticated IJC rules, especially in the field of post-assistance, it failed to inspire other OAS member States to resort to them.

The new convention under discussion at HCCH will hopefully allow Latin American judgments not only to find the receptivity that they now lack in a broader geographical arena, while also helping their regional rules come to light again, as they do not fall far from the HCCH model.

The future convention on recognition and enforcement of foreign judgments will ensure that judgments from Latin American countries face less opposition from other countries, especially in North America, Europe, and Asia. It will also contribute to an already sympathetic scenario to foreign decisions in Latin America. As pointed out by the Chairman of the Special Commission, Mr. David Goddard, Q.C., in his introductory remarks to the first meeting in 2016²¹, the convention will serve two purposes:

(a) enhance access to justice; and

(b) facilitate cross-border trade and investment by reducing the costs and risks associated with cross-border dealings, an objective that was particularly relevant when we worked on the Choice of Court Convention, and that remains centrally relevant to what we are doing here today.

Finally, in light of his very optimistic discourse, it can be deduced, in the case of a positive outcome, that the new convention will allow parties to concentrate more on their core businesses rather than burdened with the task of enforcing a judgment on their behalf wherever they find necessary to do so.

¹⁶ The wording of the article employs the term “manifestly” to give a greater qualification to the public order exception.

¹⁷ Specially because there are no rules in place for indirect basis of jurisdiction as the Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments, that set out these bases are not into force in most of the Latin American Countries (see footnote 20).

¹⁸ The Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards, entry into force on June 14, 1980, and ratified by Argentina, Bolivia, Brazil, Colombia, Ecuador, Mexico, Paraguay, Peru, Uruguay, and Venezuela. Available at: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-41.html>, accessed on: July 16, 2018.

¹⁹ The Jurisdictional cooperation and assistance protocol on civil, commercial, labor and administrative matters, entry into force on March 17, 1996, and ratified by Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay (Mercosur member-States). Available at: http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=N3IHqzUD1Ju3ySGqV9PReW=&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsmZ96BovjLz0mcrZruYPen8=, accessed on: July 16, 2018.

²⁰ The Inter-American Convention on Jurisdiction in the International Sphere for the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments, entry into force on December 24, 2004, and ratified by Mexico and Uruguay. Available at: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-50.html>, accessed on: July 16, 2018.

²¹ Record of introductory remarks of the chair of the special commission (1-9 June 2016), available only in the secure portal of HCCH's website for the time being. Mimeo with the Author.

Chronicle 2 Cross-border Maintenance: an assessment after the Hague Convention entered into force in Brazil

Inez Lopes²²

2.1 Introduction

The Hague Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (hereinafter referred to as the 2007 Hague Convention on Maintenance) and the Protocol on the Law Applicable to Maintenance have been adopted to facilitate cross-border legal cooperation to recover maintenance between creditor and debtor among States parties.

Both instruments were incorporated under Brazilian national law after the approval of Congress bypassing the Legislative Decree No. 146 of December 9, 2016. On July 17, 2017, the Brazilian Government deposited the instruments of ratification before the Dutch Ministry of Foreign Affairs. According to the Brazilian legal system on incorporation of international treaties into national legal order, these treaties entered into force on the date the Decree No. 9.176, of October 19, 2017 were officially publicized, which occurred on the following day.

The purpose of this article is to assess the effectiveness of those international treaties as instruments to foster enforcing maintenance orders abroad, on qualitative and quantitative approaches, throughout doctrine and jurisprudence analyses on this matter and besides that through data revealed by the central authority.

2.2 The 2007 Hague Convention and the cross-border maintenance obligation

The 2007 Hague Convention on Maintenance aims at ensuring an effective child support and other forms of family maintenance, facilitating the circulation of ad-

ministrative or judicial decisions ordering maintenance payment. The primary focus is the protection of the child, and it is “far more inclusive in its coverage than the previous multilateral instruments”²³. In this sense, article 2 establishes an international obligation based upon the principle of guaranteeing children the right to maintenance, regardless of the marital status of the parents.

In addition, the Convention aims at replacing the treaties concluded earlier by the States parties, both within the framework of The Hague Conference (1956, 1958 and 1973) and the United Nations Convention on the Recovery Abroad of Maintenance, adopted on June 20, 1956. It is important to emphasize that, initially, a coordination with the 1956 New York Convention²⁴ will exist, but as States ratify or accede to the 2007 Hague Convention on Maintenance, it will replace the previous one. This will gradually establish a single global regime for cross-border recovery of maintenance, keeping dialogues and coordination with other existing international instruments at regional level, such as the rules of the Inter-American system and of the European Union.

The 2007 Hague Convention on Maintenance regulates a general obligation limited to family relationships between parents and children. It also applies to spousal support when the application is made in conjunction with the claim for child support, as provided in article 2, paragraph 1 a) and b). However, the extension of such co-operation to maintenance claims between spouses is subject to the States who made declarations of their interest in expanding the scope of the convention. In this sense, the 2007 Hague Convention on Maintenance contains traditional rules of private international law as well as in relation to international legal and administrative cooperation²⁵.

In addition, the Convention gives to the central authorities a proactive role. The specific tasks listed in Article 6 are examples of their role, because if the agreement was too rigid, it could hamper their operation, given the diversity of legal and administrative systems²⁶. The central authority designated by the Brazilian

²² Professor of Public and Private International Law, Faculty of Law, University of Brasilia (UnB). Coordinator of Private International Law, International Trade and Human Rights Research Group. Former General Coordinator of International Legal Cooperation in Civil Matters of the Department of Recovery Assets and International Legal Cooperation (DRCI) - Ministry of Justice.

²³ DUNCAN, William. The New Hague Child Support Convention: goals and outcomes of the negotiations. *Family Law Quarterly*, v. 43, n. 1, p. 9, 2009.

²⁴ Article 49.

²⁵ WALKER, Laura, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland: Hart, 2015, p. 201.

²⁶ DUNCAN, William. The New Hague Child Support Conven-

authority is the Department of Asset Recovery and International Legal Cooperation (DRCI) of the National Secretariat of Justice (SNJ) of the Ministry of Justice.

It is important to stress that the 2007 Hague Convention on Maintenance makes the rules on the ratification and enforcement of foreign judgments clearer than the previous treaties. First, it equates the decisions or agreements rendered by administrative and judicial authorities in respect of a maintenance obligation²⁷. Second, even if a foreign decision regards other rights, it is possible that it will be partially recognised and enforced, especially for child support.

In relation to access to justice, the requested State must guarantee effective access to procedures, including enforcement and appeal procedures, as well as provide free legal assistance. The Convention also grants equal treatment for foreign and domestic cases. Besides that, it guarantees no security, bond or deposit to pay of costs and expenses in proceedings.

Reservations and declarations made by Brazil

Brazil made reservations to Article 20, subparagraph 1e), and Article 30 (8) related to agreement in writing by the parties to the jurisdiction and declarations on Article 2 (3) about extending the application to other family members.

The first reservation refers to Article 30 that contains provisions on maintenance arrangement. In accordance with Article 3 e) a maintenance arrangement is twofold as an agreement in writing relating to the payment of maintenance which, firstly, has been formally drawn up or registered as an authentic instrument by a competent authority; or, secondly, has been authenticated by, or concluded, registered or filed with a competent authority, and may be the subject of review and modification by a competent authority. Article 30(8) provides an opt-out mechanism in which Brazil reserved the right not to recognize or enforce a maintenance arrangement containing provisions regarding minors, incapacitated adults and elderly persons, categories defined by the Brazilian legislation and which will be specified in accordance with Article 57 of the Convention. It means that private agreements related to cross-border maintenance will not circulate in Brazil when they involve

vulnerable persons. Araújo and Vargas have pointed out that “unlike commercial matters, in which boundaries are strictly set forth in the agreement, it is not always possible to foresee if a private agreement involving a family dispute will have an impact outside the country where it was entered into force”.²⁸

The second reservation refers to possibility of parties to designate a court through a written agreement under Article 20(1)e). In accordance with this provision, a decision made in one Contracting State shall be recognised and enforced in other Contracting States if there has been agreement to the jurisdiction in writing by the parties, except in disputes relating to maintenance obligations in respect of children. In this sense, Brazil also reserved the right not to recognize or enforce a decision in which an agreement to the jurisdiction has been reached in writing by the parties, when the litigation involves obligations to provide maintenance for children or even if for individuals considered incapacitated adults and elderly persons. In other words, this article contains provision that takes into account party autonomy as basis for jurisdiction in maintenance, unless it is related to child support.

Furthermore, Brazil made a declaration regarding Article 2(3), in order to extend the application of the whole of the Convention, subject to reservations, to obligations to provide maintenance arising from collateral kinship, direct kinship, marriage or affinity, including, in particular, obligations concerning vulnerable persons. This declaration will apply only if another Contracting State has made the same declaration, based upon reciprocal effect. It means that Brazil must accept applications coming from a Contracting State that has made the same declaration. Nevertheless, Brazil may accept applications coming from a Contracting State that has not made such a declaration, although it is not obliged according to the convention, based upon reciprocity principle, as set forth in Civil Procedure Code in the Chapter on International Cooperation.

Bases for recognition and enforcement

Article 20 provides a basis for recognizing and enforcing a set of indirect rules of jurisdiction. According

tion: goals and outcomes of the negotiations. *Family Law Quarterly*, v. 43, n. 1, p. 10, 2009.

²⁷ Article 19.

²⁸ ARAÚJO, Nádia; VARGAS, Daniela T. The Cross-border Recognition and Enforcement of Private Agreements in Family Disputes on Debate at the Hague Conference on Private International Law. In: RODRIGUES, Jose Antonio Moreno; MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*. Jornadas de la ASA-DIP 2014. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2014, p. 485-506.

to the Explanatory Report, Paragraph 1 sets out the grounds of jurisdiction in a State of origin upon which a judicial or administrative decision made in that State will be recognised and enforced in the State addressed. Walker says that “each ground is alternative and that the list is closed, and there are no other grounds of jurisdiction available²⁹”.

These bases allow greater participation of countries with different legal systems. On the one hand, this basis of jurisdiction is not considered problematic for countries that accept party autonomy between adults in family matters; on the other hand, it authorizes the reservation by the States of this device, avoiding potential conflicts on this point. The grounds are the respondent’s and creditor’s habitual residence; the child’s habitual residence and party autonomy.

Grounds for refusing and enforcement

The objectives of this treaty are “to recognise and enforce as many maintenance decisions as possible³⁰”. Thereby, the 2007 Hague Convention on Maintenance provides a limited list of justifications for refusing recognition and enforcement.

The grounds are: if the decision is manifestly incompatible with the public policy of the State addressed; if the decision was obtained by fraud, in connection with a matter of procedure; if proceedings between the same parties and having the same purpose are pending before an authority of the State addressed and those proceedings were the first to be instituted; and if the decision is incompatible with a decision rendered between the same parties and having the same purpose, either in the State addressed or in another State, provided that the latter decision fulfils the conditions necessary for its recognition and enforcement in the State addressed.

2.3 Adjudication on maintenance and the international legal cooperation

The international legal-administrative cooperation among States has been one of the greatest advances in facilitating the exercise of rights beyond national borders. The States’ commitment to guaranteeing people

access to justice in other jurisdictions through international treaties is important in overcoming poor cooperation based only on reciprocity through diplomatic means.³¹

The Brazilian Civil Procedural Code (CPC) sets forth a special procedural rule for maintenance as provided in article 22, I, which grants the Brazilian judicial authority competences to proceed and judge actions related to maintenance when the creditor is domiciled or resident in Brazil. Considering conflicts of jurisdiction, Brazil does not admit international *lis pendens*, pursuant to article 24, which means that an action before a court abroad does not prevent Brazilian courts to hear the same action. Nevertheless, exceptionally, if there is a previous international agreement setting on this, it prevents the Brazilian courts to hear a case.

Notwithstanding, this CPC provision should be interpreted alongside article 22 c) of the 2007 Hague Convention, which allows States to refuse recognition and enforcement when proceedings between the same parties and having the same purpose are pending before an authority of the State addressed and those proceedings were firstly instituted. However, this exception is qualified as “slightly different” to *lis pendens* rules, as pointed out by Walker³², because the convention does not cover the *same cause of action* but merely *same purpose*. This sort of *limited lis pendens* avoids potential conflicting of judicial decisions between the countries.

2.4 Data on maintenance requests

The effectiveness of the provision of transnational maintenance is given through the circulation of claims between creditor and debtor, through recognition of foreign decisions (judicial or administrative), and consequently, the payment of maintenance by the debtor.

On one hand, the active application is the one in which the creditor is domiciled in Brazil and requests the debtor domiciled abroad to pay maintenance. According to the DRCI, the central authority, most of applications are requested on the grounds of the 2007 Hague Convention, as seen on the table below:

²⁹ WALKER, Laura. *Maintenance and Child Support in Private International Law*. Oxford and Portland: Hart, 2015. p. 150.

³⁰ BORRÁS, Alegria; DEGELING, Jennifer. *Explanatory report on the convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child support and Other Forms of Family Maintenance*. The Hague: Permanent Bureau of the Conference, 2009, n. 477.

³¹ LOPES, Inez. Maintenance Obligations in the Brazilian Law System: a Path to Hague Convention on Maintenance Recovery and Protocol. In: BEAUMONT, Paul; HESS; WALKER, Laura; SPANCKEN, Stefanie (eds). *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*. Oxford: Hart Publishing, 2014. p. 219.

³² WALKER, Laura. *Maintenance and Child Support in Private International Law*. Oxford and Portland: Hart, 2015, p. 161.

2018. Claims for maintenance. Civil. Total of Active Applications						
Month	JAN	FEB	MAR	APR	MAY	JUN
Number	86	104	99	111	115	121
(%) The 2007 Hague Convention	(47,25%)	(45,6%)	(53%)	(57,2%)	(39,2%)	(47,5%)

On the other hand, the passive applications are the ones in which the creditor is domiciled abroad and the obligor is domiciled in Brazil. Thus, the obligee seeks an effective jurisdictional provision that makes debtor pay maintenance through cross-border legal cooperation. The table below shows the numbers of applications that the Brazilian central authority has received from abroad based upon The 2007 Hague Convention:

2018. Claims for maintenance. Civil. Total of Passive Applications						
Month	JAN	FEB	MAR	APR	MAY	JUN
Number	13	30	24	35	22	38
(%) The 2007 Hague Convention	(26,31%)	(42,85%)	(42%)	(41%)	(36,6%)	(36,1%)

Meanwhile, even though the Superior Court of Justice (SCJ) is up to date, there are no applications for recognition of foreign judgment based on The 2007 Hague Convention. Since 2016, there are eight passive applications for recognition and enforcement of foreign judgments on the grounds of the New York Convention³³. It is important to highlight that those cases are applications from the countries that are already part of the 2007 Hague Convention.

In order to pursue a capacity building of cross-border maintenance, the central authority, DRCI, has developed an online and interactive form³⁴ addressed to citizen, lawyers, judges or any interest person on these matters.

2.5 Severability and partial recognition and enforcement of foreign judgment

Under Article 21 of the 2007 Hague Convention on Maintenance, if the State addressed is unable to recog-

³³ Superior Court of Justice. Number of foreign judgments on maintenance HDE000255 –PT; HDE000387 PT; HDE 000464 FR; HDE 000198 AT; HDE 000385 CH; HDE 000467 – PL; HDE 000463-PT E HDE 000196-PT.

³⁴ BRAZIL. Ministry of Justice. DRCI. Prestação de Alimentos. Available at: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/prestacao-internacional-de-alimentos>, Accessed: 12 Sep. 2018.

nise or enforce the whole of the decision, it shall recognise or enforce any severable part of the decision which can be recognised or enforced, and partial recognition or enforcement of a decision can always be applied for.

The severable term means that the part of the decision in question is capable of standing alone³⁵, because a judgment on family matters may be partially recognized to guarantee the maintenance payment by the debtor. For instance, in the case HDE n. 386-FR, the Superior Court of Justice has partially recognised a foreign judgment on divorce rendered by a French Court. It could be extend to a foreign judgment to recognize child support payment only.

2.6 Data Protection

The Convention raises the concern with regard to data of a personal nature limiting the uses of personal data used during the proceedings of applications for maintenance with respect to the convention for the purposes for which they were obtained or transmitted, and concerning the information configuring the *lex fori* of the State where the data is processed. Besides, an authority is prohibited to disclose or confirm information gathered or transmitted in application of the 2007 Convention if it determines that to do so could jeopardise the health, safety or liberty of a person or a child.

2.7 iSupport

The iSupport, Electronic System of Process Management and Security, is a tool that aims to facilitate international legal and administrative cooperation to recover maintenance abroad. This governmental (e-government) platform reduce bureaucracy on paper-based traditional form of international legal cooperation and facilitates communication between the central authorities of the States through electronic environment. *iSupport* aims to make cross-border recovery faster, safer and more efficient.

Both Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation

³⁵ BORRÁS, Alegria; DEGELING, Jennifer. *Explanatory report on the convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child support and Other Forms of Family Maintenance*. The Hague: Permanent Bureau of the Conference, 2009. p. 475.

in matters relating to maintenance obligations of the European Union and The 2007 Hague Convention are the legal sources on *iSupport*. These instruments adopt the forms technique to facilitate cooperation and provide the use of information technologies in communication between central authorities. Besides that, the instruments enable the electronic transfer of funds and their monitoring.

iSupport will help to generate statistical data to oversee the functioning of the 2007 Hague Convention, and may also instruct banks to electronically transfer funds for maintenance recovery as well as receiving and sending secure communications online.

This system facilitates international recovery of maintenance in two geographical areas: at regional level, reaching the member states of the European Union, and globally, including those who have ratified or acceded to The 2007 Hague Convention on Maintenance and countries who choose to implement *iSupport*.

2.8 Conclusions

Since The 2007 Hague Convention on Maintenance entered into force in Brazil, lawyers, judges and judicial officers are getting familiar with this new instrument for cross-border cooperation to make debtors pay maintenance to the creditors and enhance international legal cooperation among central authorities to facilitate the circulation of decisions on maintenance, including the use of technology of information society.

II CASE LAW

Chronicle 3 Jurisdiction and international legal co-operation in Internet cases: the inconsistent narratives coming from Brazilian courts

Fabrício Bertini Pasquot Polido³⁶

Is international legal co-operation optional or unnecessary in transnational internet interactions? To what extent internet users information or communication data stored in a third country cannot constitute evidence to be obtained abroad in the course of civil or criminal proceedings? What are the pervasive elements of international litigation in connection with the growing powers and tasks of law enforcement authorities – LEAs- and the apparent demise of territoriality principle in transnational disputes involving internet users, companies and governments? In recent internet cases dealing with prosecution of crimes committed in Brazil, domestic courts beaoned to a very truncated approach for the private international law/internet interplay. Confronted with requests for data retention and disclosure of private communication between internet users made by LEAs (e.g. federal and state prosecutor offices) to internet companies, domestic courts have been called not only to scrutinise the admissibility and legality of such measures under Brazilian laws. They go far beyond any consistent interpretation of the Brazilian Constitution and the 2014 ‘Marco Civil da Internet’ Act with regard to international law³⁷.

Unlike the indisputable relevance of the discussion on the merits of those cases for the improvement of domestic criminal prosecution schemes across the globe, the emerging case law in Brazil also brings considerable

³⁶ Professor of Private International Law, International Intellectual Property Law and Comparative Law at the University of Minas Gerais – UFMG. Doctor in International Law, University of São Paulo- USP. Visiting scholar at Kent Law School/UK and Humboldt University of Berlin (2018-2019). Member of the American Association of Private International Law and Brazilian PIL Watch Group. Scientific Advisor of the Institute for Research on Internet & Society – IRIS. Email: fpolido@ufmg.br.

³⁷ The so-called ‘Marco Civil da Internet’ (Law No. 12.965/2014) forms one of the most important statutory laws dealing with regulation of the use of internet in Brazil and comprises a set of principles, guarantees for users and civil liability rules to internet companies.

rable concerns to public/private international law interplay. They deal with the availability, nature and scope of international obligations and principles addressing mutual legal assistance in broader international legal co-operation frameworks based on treaties to which the country is signatory³⁸ and the use of like mechanisms in transnational civil litigation involving internet related disputes. A very classical question? Perhaps not. Rather, it appears to be much about the emerging trends on Internet and jurisdictional issues and pervasive governmental interests in this field. They range from the constant struggles between national law enforcement authorities (NLEAs), courts and global corporations on “data sovereignty” to concurrent interests on extraterritorial application of national laws to internet matters across the globe³⁹. And more, legal community may be revising a general incomprehension (and fallacies) behind the territoriality principle and overreaction as to the nature itself of technologies surrounding cross-border data transactions⁴⁰.

At least in separate rulings, the Brazilian High Court of Justice – STJ- decided that global internet corporations doing business in Brazil had to disclose to national authorities not only personal data, login information and access logs from internet users targeted by criminal prosecution in Brazil, but also the content of users’ communication data, whether stored and allocated in Brazil or in a third country⁴¹. According to Art. 10 of

Brazilian Marco Civil, the acquisition, maintenance and disclosure of internet connection logs and internet application access logs contemplated in the Law, personal data, and the content of private communications “shall respect the privacy, private life, honour and image of the parties directly or indirectly involved”. In addition, internet application providers are requested to guard internet users’ personal data, internet connection logs and internet application access logs for a period of six months, under strict confidentiality and in a controlled and secure environment⁴². The rule is designed to regulate, from the standpoint of substantive law, the operations and legal transactions dealing with maintenance and disclosure of metadata and content of communications by internet companies. At a first blush, Marco Civil’s provisions have nothing to do with jurisdictional grounds or “waivers” for Brazilian authorities to set aside international legal assistance and any other procedural instruments in cross-border internet disputes. Here, there is plenty of confusion created and amplified by Brazilian courts in field of jurisdiction, law applicable and international legal co-operation.

In *Castanbeira vs. Brasil 247*, STJ hold that Yahoo! do Brasil Internet Ltda., a subsidiary of Yahoo Inc. and incorporated under Brazilian laws, had the obligation to “provide the tools necessary for the disclosure of electronic communication as ordered by the appealed decision, under the legal penalties of being affected, individually or cumulatively, by sanctions of warning, administrative and judicial fines, temporary suspension of operational activities and, likewise, prohibition of the supplying internet services and internet applications in Brazil, as set forth by Art. 12 of the Marco Civil”⁴³. The Court considered that jurisdiction of domestic courts would be ascertained over Yahoo Inc., based on the general jurisdiction rule established by Art.21, I, of the 2015 Code of Civil Procedure and its sole paragraph, which extends jurisdiction to a defendant being a foreign legal entity operating in Brazil through bran-

³⁸ Both Brazilian Codes of Criminal Procedure (1941) and Civil Procedure (2015) establish the prevalence of treaties and conventions to which Brazil is signatory to govern proceedings, jurisdiction, international legal co-operation and recognition and enforcement of foreign judgements, as set forth respectively in Arts. 1, I, 780 ff of CPP 1941, and Arts.13, 26, 860 ff of CPC 2015.

³⁹ Due to space constraints, this article will not deal with substantive and policy issues related to enforcement of human rights online, rule of law, due process and privacy, all of them emerging from various procedural and technical patterns on data collection, treatment and retention at transnational level.

⁴⁰ In distinct perspectives, see REIDENBERG, Joel R. Technology and Internet jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, v.153, n.6, p. 1951, 2005.; KUNER, Christopher. Data protection law and international jurisdiction on the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v.18, p.176, 2010.; LA CHAPPELLE, Bertrand; FEHLINGER. *Jurisdiction on the Internet: from legal arms race to transnational cooperation*. 2016. p. 10-11. Available at: <https://bit.ly/2uh34Li>. Accessed: 26 Aug. 2018; POLIDO, Fabrício B. *Direito Internacional Privado nas Fronteiras do Trabalho e Tecnologias*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018, p.86.

⁴¹ BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Yahoo!/Federal Prosecutor Office, *RMS n. 55.109/PR*. Rel. Judge Joel Paciornik, decision as of December 17, 2017. (case “Castanheira-Brasil 247”); BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/Federal Prosecutor Office, *RMS*

44.892/SP, Judge Ribeiro Dantas, 5th Chamber, decision as April 5, 2016. In DJe 15.04.2016; BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/Federal Prosecutor Office, *RMS 55.109-PR*, 5th Chamber, Opinion Judge Reynaldo Fonseca, decision as of November 7, 2017. In DJ 17,11,2017.

⁴² See Art. 15 of Marco Civil. According to this provision, Internet applications providers are characterized as “legal entities providing applications in an organized, professional manner, for profit”.

⁴³ BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/Federal Prosecutor Office, *RMS 55.109-PR*, 5th Chamber, Opinion Judge Reynaldo Fonseca, decision as of November 7, 2017. (cit. supra note 4).

ches, agencies, subsidiaries or affiliated companies. In previous parallel cases involving Facebook Brasil and the Federal Prosecutor Office, the Court followed the same approach as in *Brasil 247*. According to STJ, the company's main submission regarding the seat and core operational activities in Brazil (e.g. provision of services related to rental of advertising spaces and advertising and sales assistance) did not exempt Facebook Brasil to provide national LEAs with the requested information (essentially, internet connection logs, application access logs and disclosure of content of communication amongst users having Facebook accounts). Likewise, the Court added, multinationals devoted to online services would often resort to the "deliberate selection of the place of incorporation and establishment of their headquarters with the specific objective of circumventing their tax obligations and judicial orders aimed at regulating the content of the material these companies convey or the secrecy of information from its users"⁴⁴. Based on those arguments, the Court finally held: "since Facebook is established and operate in Brazil, the foreign legal entity necessarily is subject to Brazilian laws; this is why it seems unnecessary to resort to international co-operation for obtaining the data requested by the (appealed) court"⁴⁵.

Controversial issues on jurisdiction and international co-operation, such as the mutual legal assistance between Brazilian and United States authorities in internet cases, constitute a second generation of legal issues dealt by Brazilian Courts after 2010. They were amplified after the entry into force of Marco Civil da Internet in April 2015⁴⁶. Previously, internet litigation

patterns in civil and criminal matters rarely relied on the repercussions – either from theoretical, doctrinal or judicial standpoint – to public/private international law interfaces. However, the Brazilian precedents have been systematically recalled by lower courts in their decisions on data retention/interception and disclosure of private communication. In particular, the ongoing approach endorses the legality - and I would claim, "appearance of legitimacy"-, of a sort of direct collaboration between Brazilian NLEAs, courts and foreign Internet companies providing email, internet apps and cloud computing services in Brazil. Yet, what seems delicate is the negative outcomes deriving from these decisions. They underestimate the paramount relevance of jurisdictional dialogues and the need of a re-shaping of international legal co-operation standards and frameworks on global scale.

Despite of much confusion made by Brazilian courts on the fundamentals of jurisdiction and law applicable (thus, also at the core of PIL issues associated to cross-border internet litigation), the leading case points out to a decision rendered by STJ in the Criminal Inquiry 748 filed by Google in 2013⁴⁷. In the dispute at hand, the Court ruled on grounds of the opinion issued by Judge Laurita Vaz in connection with criminal proceedings pending before the Federal District courts. Some facts and legal arguments of the case are illustrative: Google Brasil Internet Ltda., a subsidiary of the US parent company Google Inc., was requested by NLEAs to deliver sent and received messages by Brazilian users, for purpose of prosecution of crimes which were committed in Brazilian territory, and therefore, subject to Brazilian jurisdiction pursuant Brazilian Criminal laws. Google Brasil, in turn, argued that it could not comply with those orders for disclosure of communications involving the alleged criminal offenders in Brazil, since the information was stored in the United States.

Essentially, Google Brazil maintained that the provisions of the 1986 Electronic Communications Privacy Act (in particular its Sections 2701-2712) would apply to those communications through Gmail services and the

⁴⁴ See Opinion of Judge Fonseca in BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/Federal Prosecutor Office, *RMS 55.109-PR*, 5th Chamber, Opinion Judge Reynaldo Fonseca, decision as of November 7, 2017.

⁴⁵ *Id.* In those cases involving Yahoo, Facebook and Google before the Brazilian STJ, companies basically claimed that the lower courts' decisions were unlawful, as they lacked legal grounds for incrimination of parties in main criminal proceedings and that the Brazilian subsidiaries, requested by local NLEAs in said proceedings, were not responsible to deliver communication data allocated overseas.

⁴⁶ Surely, the strident case *US/Microsoft Ireland*, until last April pending at the US Supreme Court, touched in similar questions, among them, the extent to which prescriptive jurisdiction of US laws would reach servers and data centres operating abroad. The enactment of the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act ("CLOUD Act") in March 2018 came out with the subsequent claims made by Microsoft and other internet companies challenging the legality of federal law enforcement measures. On April 17, 2018, the US Supreme Court issued a 'per curiam' opinion holding that the case was

rendered moot and vacating and remitted it back to the lower courts for the lawsuit's dismissal. See UNITED STATES. Supreme Court Of The United States. *United States, Petitioner V. Microsoft Corporation*. n. 17-2, 584 U.S. 2018. Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2_1824.pdf.

⁴⁷ BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Federal Prosecutor Office/Google Brasil Ltda. *Inquérito 784-DF*, Opinion of Judge Ms. Laurita Vaz, decision as of April 17, 2013. in DJe as of 28.8.2013.

authorities in Brazil should have resorted to diplomatic channels instead for obtaining the information stored in the United States, in line with the 1997 US-Brazil Mutual Legal Assistance Treaty in Criminal Matters (“US-Brazil MLAT”)⁴⁸. In addition, Google requested the STJ to grant an interim injunction for suspending criminal detention measures and fines targeting its directors and representatives in Brazil due to “reasonable doubts pertaining to the applicable proceedings, at least until the matter in dispute is adjudicated by the Court (STJ)” in related pending cases⁴⁹. The Court then implied that Google Brazil had the obligation to deliver the stored data to domestic law enforcement authorities, even recognizing the fact that those data were not subject to Google Brasil’s “immediate power”. Google Brasil representatives, according to the Court, should be legally compelled to comply with any judicial order determining the disclosure of communications data. For the majority of STJ judges, the delivered data would serve as basis for evidences related to prosecution of serious crimes committed in Brazil, such as corruption, fraud in public procurement and tender bids, money laundry, administrative advocacy and influence peddling.

The opinion issued by Judge Vaz deserves attentions for two main reasons. First, it denies the foreign nature or linkage of data stored by a parent Internet company overseas to justify that no international legal co-operation or mutual legal assistance is necessary. In the case, Brazilian authorities would not need to resort to diplomatic means or central authorities even in case of an existing and binding MLAT or further bilateral/multilateral treaty to which both requested and requesting states are signatory parties. According to Vaz, the communication data requested to Google Brazil refers to “elements of evidence produced, transmitted and received in Brazilian territory” and such evidence had “nothing to do with foreign lands, except for the fact that they are stored in the United States for corporate-strategic reasons”⁵⁰. Secondly, the Court appears to refer to a characterization of acts of disclosure of

communication data to be construed under Brazilian laws (prior, nevertheless, to the enactment of the 2014 Marco Civil). It asserted that the ‘pure transfer’ of data from the holding or parent company, established in a third country, to an affiliated entity in Brazil should not constitute ‘per se’ disclosure or breach of secrecy of private communication between internet users. In the Court’s view, the act of disclosure just qualifies as such where the data has been effectively handed to national judicial authorities in Brazil⁵¹. With regard to the adoption of international legal co-operation related mechanisms in the course of main proceedings in Brazil, the following excerpt of Judge’s Vaz opinion elucidates the Court’s reluctance to resort, for instance, to letters rogatory, mutual legal assistance between central authorities or alike instruments foreseen in treaties and even by domestic laws (such as the Codes of Civil and Criminal Procedures):.

“It is worth mentioning that this company (Google Brazil) was incorporated in accordance with Brazilian laws; clearly, it must be subject to the national legislation and cannot fail to comply with a judicial request by simply invoking US laws, which are, for all of the aforementioned, not applicable to the case. One could not admit that a company, established in the country, explores the profitable Internet-based messaging service - which is absolutely licit - but fails to comply with local laws. To refer the Brazilian Judiciary Branch to diplomatic channels to obtain data overseas is to contravene national sovereignty, thus subjecting state powers to the unacceptable attempt by the company at stake to override domestic laws by means of corporate policy stratagems, who knows for what purpose”. [...] It is worth mentioning that, due to the criminal procedure that led to the writ filed before this Court, being it of criminal matter, the principle of territoriality shall prevail; Brazilian criminal laws apply to acts taking place within the national territory, as set forth by Art.5 of the Criminal Code”⁵².

⁴⁸ Incorporated to Brazilian law by Executive Decree No. 3.810/2001. Full text in English is available at: <https://www.state.gov/documents/organization/106962.pdf>.

⁴⁹ BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Federal Prosecutor Office/Google Brasil Ltda. *Inquérito 784-DF*, Opinion of Judge Ms. Laurita Vaz, decision as of April 17, 2013.

⁵⁰ BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Federal Prosecutor Office/Google Brasil Ltda. *Inquérito 784-DF*, Opinion of Judge Ms. Laurita Vaz, decision as of April 17, 2013.

⁵¹ As Judge Vaz mentioned, this sort of transfer of data could be seen as “interna corporis”, thus taking place within the framework of business transactions and operational activities between companies belonging to the same group of companies. According to her: “I insist: the mere transmission of data, protected in its content, among entities belonging to the same group of enterprises, for the exclusive purpose of delivery to the competent judicial authority, in the Brazilian case, does not have the power to even scratch the sovereignty of the foreign State”.

⁵² Freely adapted and translated from the Portuguese version of the opinion’s text.

Judge Vaz sustained further that foreign companies having affiliate or subsidiaries in Brazil are immediately subject to the jurisdiction of Brazilian courts, pursuant to Art.88, sole Paragraph, of the 1973 Code of Civil Procedure (replaced by Art.21, sole Paragraph, of the 2015 CPC). These excerpts from the ruling on *Google/Prosecutor Office* were repeated by lower courts in cases subsequently adjudicated by STJ as to matters on data retention/ interception and disclosure of private communication between internet users, either by messaging platforms or email services provided by the major internet companies, such as Google, Microsoft, Facebook and Yahoo!⁵³.

A case law review on the aforementioned precedents in Brazil may unfold the narratives of jurisdiction, in particular “prescriptive jurisdiction” and their interfaces to the scope of application of Marco Civil’s provisions and their interpretation by domestic courts. In accordance with the conceptual frameworks provided by international law, jurisdiction defines the limits of the power of the ‘sovereign’ state coexisting, in particular, with further states’ regulatory activities in international law. The boundaries of jurisdiction, however, may encompass three core dimensions, which are established according to a power to make and enforce laws within the territory of a particular State: prescriptive jurisdiction, adjudicatory jurisdiction and enforcement jurisdiction⁵⁴. From a very recurrent private international law standpoint then, jurisdiction serves three distinct purposes: first, to situate the different layers of powers exercised by domestic courts in their adjudicatory tasks related to settlement of cross-border disputes and in case of internet, disputes having true transnational elements⁵⁵; second, it copes with regulatory tasks of states

to define the governing law to cases having foreign elements; and third, it deals with powers of state courts to recognize and enforce judgments. All these objectives equally help courts in clarifying the degree of complexity surrounding cross-border cases involving the Internet. Following the repercussion of *Microsoft Ireland* case, the notion of ‘jurisdiction’ therein adopted, and also invoked in decisions rendered by STJ, appears to refer specifically to its prescriptive feature. It concerns a state power to address issues on substantive laws governing legal relationships and transactions taking place within its territory, involving their nationals and foreign parties or even legal transactions overseas whose effects are felt by that State⁵⁶.

Why, then, the debate on Internet and jurisdiction is relevant at this stage of analysis? The cases adjudicated by Brazilian STJ on data retention and disclosure of users’ communications mostly deal with issues on prescriptive jurisdiction, and not adjudicatory jurisdiction itself. Even from a dogmatic point of view, the main rule comprised by Article 11 of Marco Civil, for example, submits certain legal relationships involving legal entities and natural persons to substantive regulation provided by Brazilian law. In no way, Art. 11 refers to ‘adjudicatory jurisdiction’ or entails jurisdictional grounds enabling Brazilian courts to directly ascertain jurisdiction over cross-border internet disputes. In contrast, this approach would be only admissible under general or specific jurisdiction rules, such as those established by treaty and conventions to which Brazil is party and domestic procedural laws, such as the Code of Civil Procedure⁵⁷.

A further relevant aspect of the analysis proposed herein takes into account the limits of international legal

⁵³ See for instance: BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/ Federal Prosecutor Office, *RMS 44.892/SP*, Judge Ribeiro Dantas, 5th Chamber, decision as April 5, 2016. In DJe 15.04.2016 (“4. Por estar instituída e em atuação no País, a pessoa jurídica multinacional submete-se, necessariamente, às leis brasileiras, motivo pelo qual se afigura desnecessária a cooperação internacional para a obtenção dos dados requisitados pelo juízo”).

⁵⁴ See MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 84, p. 194, 2014.

⁵⁵ The expression cross-border disputes within the broader context of cross-border civil and commercial litigation is defined by the legal transactions and relationships having foreign elements/“cases having multinational impacts”. Thus, for purpose of this article, as traditionally adopted in private international law, cross-border cases designates a set of facts, situations and legal relations containing foreign elements, thus linked to different legal systems. For methodological PIL issues related to cross-border internet cases, see BERTINI, Fabrício; POLIDO, Pasquot. *Direito Internacional Privado*

nas fronteiras do trabalho e novas tecnologias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 97.

⁵⁶ For different approaches, see WILSKE, Stephan; SCHILLER, Teresa. International jurisdiction in cyberspace. *Federal Communications Law Journal*, v. 50, 1997; PERRITT JR., Henry H. Jurisdiction and the Internet. 1999. available at: <http://www.ilpf.org/confer/present99/perrittpr.htm>; MILLER, Samuel F. Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v.10, p.227, 2003.

⁵⁷ See CPC, Art. 13 (ascertainment of jurisdiction in civil matters by treaty rules and domestic civil procedural rules) and Art. 21 (jurisdiction rules for international civil/commercial disputes before Brazilian Courts). For literature on international civil litigation and PIL issues in Brazil, see ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*. 7.ed. São Paulo: RT, 2018. and POLIDO, Fabrício. Arts. 21-40. In: STRECK, Lenio *et al* (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73.

co-operation patterns, such as those embedded by existing MLATs. Albeit their current failures, they still matter in cross-border cases, even where there is a growing pressure for expedited solutions for transnational criminal prosecution actions. Brazilian legal environment and practices appears to be dictated, till recently, by the massive demands of anticorruption investigations. They could not justify, however, a deleterious suppression of vital procedural steps in transnational process. It appears that domestic courts in Brazil have to engage in a different exercise and pave the way to institutional dialogues for enhancing the existing schemes and supporting the Executive Branch's mission to design solutions in international cooperation, all of them based on rule of law and international relations.

References

- ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*. 7.ed. São Paulo: RT, 2018.
- ARAÚJO, Nádia; VARGAS, Daniela T. The Cross-border Recognition and Enforcement of Private Agreements in Family Disputes on Debate at the Hague Conference on Private International Law. In: RODRIGUES, Jose Antonio Moreno; MARQUES, Claudia Lima. (org.). *Los servicios en el Derecho Internacional Privado*. Jornadas de la ASADIP 2014. Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2014.
- BEAUMONT, Paul. *Respecting Reverse Subsidiarity as an excellent strategy for the European Union at The Hague Conference on Private International Law*: reflections in the context of the Judgments Project?. CPIL_WP_, 2016.
- BERTINI, Fabrício; POLIDO, Pasquot. *Direito Internacional Privado nas fronteiras do trabalho e novas tecnologias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.
- BORRÁS, Alegria; DEGELING, Jennifer. *Explanatory report on the convention of 23 November 2007, on the International Recovery of Child support and Other Forms of Family Maintenance*. The Hague: Permanent Bureau of the Conference, 2009.
- BRAZIL. Ministry of Justice. *DRCI*. Prestação de Alimentos. Available at: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acordos-internacionais/prestacao-internacional-de-alimentos>, Accessed: 12 Sep. 2018.
- BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/Federal Prosecutor Office, *RMS 44.892/SP*, Judge Ribeiro Dantas, 5th Chamber, decision as April 5, 2016.
- BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Facebook/Federal Prosecutor Office, *RMS 55.109-PR*, 5th Chamber, Opinion Judge Reynaldo Fonseca, decision as of November 7, 2017.
- BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Federal Prosecutor Office/Google Brasil Ltda. *Inquérito 784-DF*, Opinion of Judge Ms. Laurita Vaz, decision as of April 17, 2013.
- BRAZIL. Superior Justice Tribunal. Yahoo!/Federal Prosecutor Office, *RMS n. 55.109/PR*. Rel. Judge Joel Paciornik, decision as of December 17, 2017.
- DUNCAN, William. The New Hague Child Support Convention: goals and outcomes of the negotiations. *Family Law Quarterly*, v. 43, n. 1, p. 9, 2009.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Hartley and Dogauchi Report*, 2005. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>. Access: 12 Jul. 2018.
- HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *2018 preliminary draft Convention*. 2018. Available at: <https://assets.hcch.net/docs/23b6dac3-7900-49f3-9a94-aa0ffbe0d0dd.pdf>. Accessed: 4 Jun. 2018.
- HARTLEY, Trevor; DOGAUCHI, Masato. *Convention of 30 June 2005 on choice of court agreements: explanatory report*. 2005. Available at: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=3959>. Access: 12 Jul. 2018
- KUNER, Christopher. Data protection law and international jurisdiction on the Internet. *International Journal of Law and Information Technology*, v.18, p. 176, 2010.
- LA CHAPELLE, Bertrand; FEHLINGER. Jurisdiction on the Internet: from legal arms race to transnational cooperation. 2016. Available at: <https://bit.ly/2uh34Li>. Accessed: 26 Aug. 2018.
- LOPES, Inez. Maintenance Obligations in the Brazilian Law System: a Path to Hague Convention on Maintenance Recovery and Protocol. In: BEAUMONT, Paul; HESS; WALKER, Laura; SPANCKEN, Stefanie (eds). *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide*. Oxford: Hart Publishing, 2014.

- MCLEAN, David. *International co-operation in civil and criminal matters*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- MILLER, Samuel F. Prescriptive Jurisdiction over Internet Activity. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v.10, p.227, 2003.
- MILLS, Alex. Rethinking Jurisdiction in International Law. *British Yearbook of International Law*, v. 84, p. 194, 2014.
- PERRITT JR., Henry H. *Jurisdiction and the Internet*. 1999. Available at: <http://www.ilpf.org/confer/present99/perrittpr.htm>.
- POLIDO, Fabrício B. P. *Direito Internacional Privado nas Fronteiras do Trabalho e Tecnologias*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2018.
- POLIDO, Fabrício. Arts. 21-40. In: STRECK, Lenio et al (org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REIDENBERG, Joel R. Technology and Internet jurisdiction. *University of Pennsylvania Law Review*, v.153, n.6, p. 1951, 2005.
- UNITED STATES. Supreme Court Of The United States. *United States, Petitioner V. Microsoft Corporation*. n. 17-2, 584 U.S. 2018. Available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-2_1824.pdf.
- VAN LOON, Hans. *The Global Horizon of Private International Law*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2015.
- WALKER, Laura. *Maintenance and Child Support in Private International Law*. Oxford and Portland: Hart, 2015.
- WALKER, Laura. *Maintenance and Child Support in Private International Law*. Oxford and Portland: Hart, 2015.
- WILSKE, Stephan; SCHILLER, Teresa. International jurisdiction in cyberspace. *Federal Communications Law Journal*, v. 50, 1997.

**II. DOSSIÊ ESPECIAL:
ARBÍTRAGEM E DIREITO INTERNACIONAL**

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**El rol de las instituciones
arbitrales en el desarrollo del
arbitraje internacional**

**The role of arbitral institutions
in the development of
international arbitration**

Ivette Esis

El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional*

The role of arbitral institutions in the development of international arbitration

Ivette Esis**

Resumen

Uno de los protagonistas del crecimiento exponencial del arbitraje, sin desmerecer la labor de los árbitros y las partes, corresponde a las instituciones arbitrales creadas en todo el mundo. Cada una de ellas tiene sus propias reglas de constitución y funcionamiento. Aunque su principal función consiste en administrar procesos arbitrales, cumplen otras tareas -no menos importantes- como la asesoría a los grupos de interés sobre los medios alternos de resolución de conflictos, así como difusión del conocimiento y la práctica arbitral a la comunidad jurídica nacional e internacional. El desafío de estas instituciones consiste, por un lado, en la administración de procesos arbitrales cada vez más eficientes, incorporando cada vez más herramientas tecnológicas; y, por otro, en la valoración de la confidencialidad que tradicionalmente ha asistido al arbitraje versus la transparencia tan exigida en estos tiempos.

Palabras clave: institución arbitral, arbitraje comercial, arbitraje de inversiones, arbitraje internacional.

Abstract

One of the protagonists of the exponential growth of arbitration, without detracting from the work of arbitrators and parties, corresponds to the arbitral institutions created throughout the world. Each of them has its own rules of constitution and operation. Although its main function is to administer arbitration proceedings, they fulfill other tasks -not less important- such as advising the interest groups on the alternative disputes resolutions methods, as well as dissemination of knowledge and arbitration practice to the national and international legal community. The challenge of these institutions consists, on the one hand, in an efficient administration of the arbitral proceedings, incorporating more technological tools; and, on the other hand, in the assessment of arbitral confidentiality versus the transparency so required in these times.

Keywords: Arbitral institution, commercial arbitration, investment arbitration, international arbitration.

* Guest author

** Doctora en Derecho (Universidad de Valencia, España). Postdoctorado en Derecho (Universidade Federal de Uberlândia y Centro Universitário de Brasília), Ex-becaria PNPD CAPES. Abogada venezolana. Profesora e Investigadora (Universidad Autónoma de Chile). Email: Ivette.esis@uautonoma.cl

1 Introducción

El arbitraje constituye uno de los mecanismos de solución de conflictos que permite a las partes elegir a un tercero denominado árbitro quien, luego del curso de un procedimiento donde los involucrados presentan sus alegatos y pruebas, dicta un laudo arbitral vinculante. Si bien no se trata de una institución nueva, su creciente desarrollo en las últimas décadas obedece a la política pública de los países de considerarlo como una auténtica forma de resolver conflictos en pro de la paz y el fomento del comercio y la inversión.

Desde hace años, se han promulgado leyes de arbitraje inspiradas -muchas de ellas- en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). Pero, sin desmerecer el trabajo realizado por los árbitros y los abogados de las partes, el crecimiento exponencial de este mecanismo obedece también a la intensa labor que han venido ejecutando las instituciones arbitrales en todo el mundo con el propósito de difundir su concepto y práctica a la comunidad jurídica nacional e internacional. En efecto, existen distintos entes especializados en esta materia. Sólo la Federación Internacional de Centros de Arbitrajes (IFCAI) contabiliza alrededor de 58 instituciones afiliadas¹.

Utilizando una metodología deductiva y comparativa entre los reglamentos de las más reconocidas instituciones arbitrales internacionales y latinoamericanas existentes, el objetivo de este trabajo consiste en mostrar al lector no sólo la tradicional e importante labor de estos entes en la eficiente administración de procedimientos arbitrales, sino también en presentar los desafíos a que se enfrentan estas instituciones con la especialización creciente de este mecanismo de solución de conflictos.

Con este propósito el trabajo se divide en tres partes: en la primera, se exponen algunas referencias respecto a la creación de las instituciones arbitrales; en la segunda, sigue una explicación de las funciones que éstas realizan y, finalmente, en la tercera, se exponen los principales retos de las instituciones en la actualidad. Advertimos, asimismo, que este trabajo se enfoca más hacia el arbitraje comercial internacional y local de carácter insti-

tucional, pero también se realizan ciertas referencias al arbitraje de inversiones.

2 La creación y constitución de instituciones arbitrales: no todas son iguales

La libertad de las partes es un elemento esencial de los mecanismos de solución de conflictos o también denominados *alternative dispute resolution system* (ADR). Son ellas quienes acuerdan si su problema será resuelto bien ante los tribunales de la jurisdicción de un determinado país o bien mediante un arbitraje, una mediación o una conciliación extrajudicial. En el caso de los arbitrajes, si se trata de uno independiente o *ad hoc*, los involucrados pueden determinar las reglas del procedimiento arbitral, identificando el número y forma de designación de los árbitros, plazos y etapas del proceso arbitral y mecanismos de notificaciones.

En cambio, en el arbitraje institucional -como su nombre lo indica- implica un tipo de arbitraje cuya administración es llevada por una institución u organización especializada de carácter permanente, que guiará a las partes y al tribunal arbitral en pro del desarrollo del procedimiento arbitral, organizado según las reglas establecidas por dicho ente². Visto que son las partes quienes eligen este tipo de arbitrajes, resulta indispensable -y así se recomienda- conocer previamente el reglamento general de dicha institución.

Las instituciones arbitrales ofrecen en sus páginas web una serie de informaciones de interés para el público y, en especial, para la comunidad jurídica y potenciales usuarios a la que ofrecen sus servicios. Resulta importante, además, considerar las reglas de funcionamiento del Centro de Arbitraje, de tal manera que pueda entenderse su constitución, organigrama y los tipos de arbitraje que administra. Sin embargo, aunque la función de este tipo de organizaciones sea administrar este tipo de procesos, cada una de ellas tiene sus particularidades.

¹ INTERNATIONAL FEDERATION OF COMMERCIAL ARBITRATION INSTITUTIONS. *About IFCAI*. Disponible en: <http://www.ifcai-arbitration.org/about-ifcai/> Acceso en: 06 feb. 2019.

² FERNÁNDEZ CABALLERO, Gracia. El Arbitraje Institucional. In: LEAL, Virginia de Carvalho. *El Derecho y sus razones: aportaciones de jóvenes investigadores Galicia*: Bubok Publishing, 2013. p. 221-228. p. 224.

2.1 De la constitución y la especialización del tipo de arbitraje administrado

No todas las instituciones arbitrales son iguales. Cada ente tiene unas reglas de constitución y funcionamiento. Algunas constituyen entes con personalidad jurídica propia, mientras que otras corresponden a un departamento de la organización a la que pertenecen. Asimismo, algunas instituciones tienen carácter internacional y otras, siendo constituidas localmente, tienen vocación transfronteriza por el tipo de arbitraje que administran.

El *International Arbitration Survey*, estudio organizado por la Escuela de Arbitraje Internacional de Queen Mary University of London de 2018, revela que las instituciones arbitrales son reconocidas por el público experto en la materia debido a su reputación y reconocimiento³. Y, en tal sentido, se mencionan algunas instituciones arbitrales como la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, London Court of International Arbitration (LCIA), Singapore International Arbitration Centre (SIAC), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC). En la región latinoamericana destaca el Centro de Arbitragem e Mediação de la Câmara de Comércio Brasil-Canada (CAM-CCBC) en São Paulo.

Existen instituciones arbitrales cuya orientación responde a la especialización de procedimientos que involucran únicamente a Estados (arbitrajes de Derecho Internacional Público); a Estados e inversores nacionales de otros Estados (arbitrajes de inversión); o, entre personas de Derecho Privado o también de Derecho Público, siempre actúen de *iure gestionis* (arbitrajes comerciales nacionales e internacionales). Por tal motivo, es importante conocer la constitución y el tipo de arbitraje que dichos entes manejan. A modo ilustrativo mencionamos a continuación algunas instituciones arbitrales cuya constitución y organización son diferentes:

- a) La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) se constituyó en 1899 con el objetivo de

facilitar el arbitraje y otras formas de solución de controversias entre Estados durante la Primera Conferencia de la Paz de La Haya. Hoy en día, la CPA es una organización internacional, compuesta por 121 países miembros, que administra arbitrajes de Derecho Internacional Público, por cuenta de las atribuciones de tratados como la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Mar e instrumentos internacionales relacionados con la protección del medio ambiente; así como arbitrajes entre Estados e inversores extranjeros, debido a las disposiciones contenidas en el Tratado de la Carta de Energía y en virtud de distintos acuerdos de promoción y protección de inversiones. Actúa también como autoridad nominadora de árbitros, conforme a las reglas de procedimiento arbitral de la UNCITRAL. En adición a estos arbitrajes, la CPA administra mediaciones y conciliaciones y otros mecanismos de solución de controversias⁴.

La CPA tiene su sede en el Palacio de la Paz en La Haya y dos escritorios en las Islas Mauricio y en Singapur, para facilitar la atención de las demandas y consultas en África y Asia. Es interesante destacar que tiene esta institución un Consejo de Administración, una lista de árbitros y un Secretariado debidamente entrenado para prestar el apoyo administrativo a la Corte y a sus comisiones. La Corte ha celebrado distintos acuerdos de cooperación con otras instituciones arbitrales y organizaciones para la promoción de los medios alternos de solución de conflictos. De ellas, los más recientes han sido firmados con el Centro Internacional de Arbitraje de las Islas Vírgenes Británicas (2018), el Centro Regional de El Cairo de Arbitraje Comercial Internacional y el Centro Internacional de Arbitraje de Nairobi (2017)⁵.

- b) Una institución arbitral especialmente creada para administrar arbitrajes y conciliaciones entre Estados e inversores es el Centro Internacional de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en el marco

³ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acceso en: 30 dic. 2018.

⁴ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Home*. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/home/>. Acceso en: 07 ene. 2019.

⁵ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Cooperation Agreements*. Disponible en: <https://pca-cpa.org/en/relations/cooperation-agreements/>. Acceso en: 07 ene. 2019.

de la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias entre Estados y Nacionales de otros Estados (1965). CIA-DI administra este tipo de procedimientos no sólo entre partes cuyos Estados de origen son signatarios de la Convención de Washington, sino también cuando uno de ellos no lo es, a través de las Reglas del Mecanismo Complementario. Este Centro tiene también un Secretariado, un Consejo de Administración, Listas de Árbitros y Conciliadores⁶.

- c) Otra institución de relevancia, mencionada en el Estudio de Queen Mary University of London, corresponde al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) creada en 1917 la cual administra casos domésticos e internacionales, especialmente provenientes Europa del Este, China y Rusia. El Instituto cuenta con un Secretariado y un Comité. Ofrece como servicio principal la administración de arbitrajes comerciales y de inversión, además de actuar como autoridad nominadora de árbitros y auditores y llevar mediaciones⁷.
- d) En el ámbito de arbitraje comercial internacional, son conocidas varias instituciones arbitrales como el *International Centre for Dispute Resolution* de la *American Arbitration Association* (ICDR-AAA) y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Corte ICC). En el primer caso, se trata del departamento o división internacional de la AAA y tiene oficinas tanto en Estados Unidos como en Canadá, Singapur y México⁸. Su principal función consiste en administrar mediaciones y arbitrajes internacionales. Tiene un consejo directivo y un staff de personal

calificado para atender a todos los grupos de interés: abogados, partes y árbitros.

En el segundo caso, la Corte Internacional de Arbitraje de ICC fue creada en 1923. En la actualidad es una de las principales y más reconocidas instituciones internacionales en la materia. La organización y funcionamiento de este Centro es distinta comparada con los otros entes previamente mencionados, por cuanto los procedimientos arbitrales son administrados por la Corte y su secretaría, mientras que la mediación es llevada por el Centro Internacional de ADR.

Otra distinción del proceso arbitral administrado por esta organización, conforme a las instrucciones del Reglamento de Arbitraje de 2017⁹, responde a la eventual participación de los Comités Nacionales o Grupos de ICC que existan en ciertos países. Nos referimos al supuesto de ausencia de elección de árbitros por las partes, caso en el cual le corresponde a la Corte su designación. Así, de acuerdo al artículo 14.3), dicho nombramiento debe partir de la solicitud a un Comité Nacional de la ICC o un Grupo ICC para que le presentar una propuesta de candidatos. Si ésta no es aceptada o el Comité o Grupo no la presenta, la Corte puede nombrar a la persona que considere apropiada como árbitro. La designación directa de la Corte de un árbitro, indica el artículo 13.4), puede ocurrir cuando una de las partes sea un Estado, cuando se considere la necesidad de nombrar uno de un país donde no exista un Comité Nacional o Grupo o cuando sea certificado por el Presidente de la Corte el nombramiento de una determinada persona.

De este breve recuento de instituciones arbitrales internacionales podemos inferir que, según el carácter del ente en estudio y el tipo de arbitraje que administran, las reglas de constitución varían. Si se trata de un ente transfronterizo creado por los Estados como los casos de la CPA y del CIADI, su personalidad jurídica internacional depende del tratado que las constituye. Un escenario diferente lo muestra la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC que tiene una clara vocación internacional siendo un ente de carácter privado.

⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *About is*. Disponible en: icsid.worldbank.org Acceso en: 07 ene. 2019.

⁷ ARBITRATION INSTITUTE. *Dispute Resolution Services*. Disponible en: <https://sccinstitute.com/dispute-resolution/> Acceso en: 07 ene. 2019.

⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION. *About ICDR*. Disponible en: https://www.icdr.org/about_icdr Acceso en: 07 ene. 2019.

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Reglamento de Arbitraje (1° de marzo de 2017)*. Disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>. Acceso en: 07 ene. 2019.

2.2 La necesidad (o no) de registro de ciertas instituciones arbitrales ante órganos locales competentes

Como referíamos, existen instituciones creadas por tratados internacionales, cuya personalidad jurídica y funcionamiento dependen del instrumento convencional que las constituye; mientras que otras son entes privados creadas mediante el registro de su documento constitutivo y estatutos ante las autoridades competentes.

Además de esta diferenciación, debemos resaltar que en el ámbito privado existen centros de administración de arbitrajes comerciales creados como entes autónomos y personalidad jurídica propia en una determinada jurisdicción, así como otros que se constituyen como departamentos o dependencias de otras organizaciones gremiales -como las cámaras de comercio- o de universidades, sin personalidad jurídica propia. En el primer caso, podemos citar instituciones como el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de Venezuela el cual, aunque tiene apoyo técnico de la Cámara Venezolano Americana de Comercio, es una asociación civil sin fines de lucro¹⁰. Ejemplos del segundo caso lo constituyen el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Servicios de Caracas en Venezuela¹¹; el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en Colombia¹² y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima en Perú¹³.

La constitución de este tipo de instituciones arbitrales, conforme a las legislaciones nacionales en materia de arbitraje comercial, exige el cumplimiento de ciertos requisitos como el deber de contar con un reglamento general de funcionamiento, las reglas de arbitraje institucional, una lista de árbitros y mediadores, hasta

incluso un estudio de factibilidad económica y verificación de fondos suficientes para su creación¹⁴. Pero debemos advertir que en ciertas jurisdicciones se requiere la inscripción de la institución arbitral ante autoridades competentes para poder funcionar. Colombia, Perú y Ecuador son ejemplos ilustrativos de esta circunstancia. En Colombia, el artículo 52 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (2012) establece que los centros de arbitraje son controlados e inspeccionados por el Ministerio de Justicia y del Derecho¹⁵. En Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación (2006)¹⁶ en su artículo 39 y siguientes establece el deber de toda institución arbitral de inscripción ante el Registro de la Federación de Cámaras de Comercio de dicho país. Finalmente en Perú, el Decreto Legislativo No. 1071 (2008) que norma el Arbitraje exige a las instituciones de carácter público con funciones arbitrales, su inscripción ante el Ministerio de Justicia¹⁷.

3 Las instituciones arbitrales no sólo son administradoras de procedimientos arbitrales

Una de las funciones más importantes de toda institución arbitral consiste en administrar con la debida diligencia todos los procedimientos arbitrales que le sean presentados conforme a las reglas establecidas por las partes y al Reglamento de Arbitraje. Ese deber de diligencia se inicia con la atención, revisión y posterior aceptación de la solicitud de arbitraje, la conducción de todas las etapas del proceso arbitral, junto a las partes

¹⁰ CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. *Reglamento de arbitraje y conciliación*. Disponible en: <http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Reglamento-del-CEDCA-2013.pdf> Acceso en: 10 ene. 2019.

¹¹ CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS. *Reglamento general del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*. Disponible en: <http://arbitrajeccc.org/arbitraje/wp-content/uploads/2014/07/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf> Acceso en: 10 ene. 2019.

¹² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. *Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá*. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Sobrenosotros-CAC/Reglamento-general> Acceso: 10 ene. 2019.

¹³ CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA. *Reglamento y Estatuto de Arbitraje*. Disponible en: <https://www.cameralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/reglamento/reglamento%20y%20estatuto%20de%20arbitraje.pdf> Acceso en: 10 ene. 2019.

¹⁴ Véanse los artículos 39 y 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador; los artículos 11 al 14 de la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela; artículos 50 y 51 del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia. Véase también FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, v. 23, p. 71-104, 2008. p. 79.

¹⁵ Este control se realiza en métodos de solución de conflictos nacionales, mas no así con los servicios de carácter internacional. COLOMBIA. *Ley 1563 de 2012*. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48366> Acceso en: 14 ene. 2019.

¹⁶ ECUADOR. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Disponible en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf> Acceso en: 20 ene. 2019

¹⁷ PERÚ. *Decreto Legislativo 1071 que norma el Arbitraje*. Disponible en: http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf Acceso en: 20 ene. 2019.

y el tribunal arbitral, hasta la notificación del dictamen del laudo arbitral a los involucrados. Incluso, una vez finalizados los procesos arbitrales, los centros también mantienen un archivo de los expedientes.

Si bien parece obvio, debemos recalcar que estas instituciones no dictan laudos arbitrales. Esta aclaratoria es expuesta en distintos reglamentos institucionales¹⁸. Lamentablemente, y a pesar de la consolidación del arbitraje como mecanismo de solución de controversias, existe aún cierto desconocimiento por parte de ciertos sectores de la comunidad nacional e internacional respecto a la función desempeñada por estos entes. Quien dicta el laudo arbitral es el tribunal arbitral, a quien las partes encomendaron el conocimiento y la decisión sobre el asunto controvertido. Las instituciones arbitrales colaboran con las partes y con los árbitros en el mejor manejo del arbitraje por medio de la asesoría de personal especializado, la prestación del equipamiento físico adecuado, la logística para llevar a cabo las audiencias, así como el manejo y el orden de cada expediente.

Ha de destacarse que las instituciones arbitrales no se dedican únicamente a ser administradores de procesos arbitrales. También realizan otras funciones relacionadas, no menos importantes, que explicamos a continuación.

3.1 El rol de las instituciones arbitrales en el asesoramiento y redacción de las cláusulas arbitrales

En la medida en que los abogados y los operadores económicos comprenden los costos-beneficios del arbitraje como mecanismo de solución de eventuales controversias, las instituciones arbitrales exponen distintas cláusulas de arbitraje institucional. En atención a los intereses mayormente manifestados por el público y los denominados grupos de interés -abogados, árbitros y partes-, suelen recomendarse cláusulas o acuerdos de arbitraje de varios tipos.

Existen cláusulas mixtas de negociación, mediación y arbitraje que contienen etapas escalonadas de negociación entre las partes por un plazo determinado, luego de lo cual inicia una fase de mediación (o conciliación,

dependiendo de las calificaciones autónomas de dichos términos según la legislación aplicable) y, posteriormente, de no llegar a un acuerdo, se inicia una última fase que constituye el arbitraje propiamente dicho. A modo ilustrativo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) expone en su página web cláusulas para arbitrajes nacionales y para arbitrajes internacionales, así como el Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comercio Brasil – Canadá.¹⁹

Existen también cláusulas modelo más sencillas, indicando que la responsabilidad en la administración del arbitraje recae en una determinada institución arbitral. Otros centros especializados ofrecen cláusulas complejas. Tal es el caso de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC que muestra, al menos, cláusulas arbitrales en más de 10 idiomas²⁰.

Muy interesante es la propuesta ofrecida por el ICDR-AAA a sus usuarios conforme a la cual se dispone de una herramienta online para redactar una cláusula de arbitraje, ajustadas a las exigencias del caso, denominada *Clause Builder Tool*²¹. El sistema exige el llenado de un cuestionario sobre la controversia, la materia y otros datos, arrojando al final una cláusula a la medida de las especificaciones indicadas.

Es de destacar que las instituciones que administran arbitrajes comerciales, domésticos o internacionales, generalmente ofrecen el servicio de asesoría personalizada y presencial respecto a la redacción de una cláusula arbitral, en atención a las particularidades de cada caso. De esta forma, los abogados y sus clientes cuentan con la posibilidad de aclarar las eventuales dudas que puedan tener en la materia, considerando que el acuerdo de arbitraje es la piedra angular de este mecanismo.

Para el caso de arbitrajes de inversión, la situación es un poco distinta. En este tipo de arbitraje, el acuerdo de

¹⁸ Véanse, a modo ilustrativo, el artículo 1.2) del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC y el artículo 1 del Apéndice I (Organización) del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

¹⁹ CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO. *Modelo de Cláusulas del Centro de Arbitraje y Mediación*. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/clausulas_arbitraje_nacional.html 20 dic 2018 Acceso en: 15 ene. 2019. CÁMARA DE COMERCIO BRASIL – CANADÁ. *Modelo de cláusulas*. Disponible en: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/modelos-de-clausula/> Acceso en: 15 ene. 2019.

²⁰ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Arbitration Clause*. Disponible en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/> Acceso en: 28 dic. 2018.

²¹ ICDR-AAA. *Clause Builder Tool*. Disponible en: https://www.clausebuilder.org/cb/faces/standard/StandardSelection?_adf.ctrl-state=1ro363yuy_40 Acceso en: 07 ene. 2019.

las partes no siempre es simultáneo debido a que, en la mayoría de los casos, los procesos arbitrales se inician por una cláusula de solución de conflictos inversor-Estado negociada entre Estados e incorporada en un tratado de inversión. Las estadísticas más recientes del CIADI, a la fecha de redacción de este trabajo, revelan que 16% de los casos los tribunales arbitrales han tenido como base de jurisdicción cláusulas de arbitrajes incluidas en contratos de inversión; mientras que el 75% de los arbitrajes se han basado en cláusulas de origen convencional (Tratado de la Carta de Energía, Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mayormente acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones)²².

3.2 El rol de las instituciones arbitrales en pro de la eficiencia del proceso arbitral

Además de la asesoría respecto a las cláusulas de arbitraje, las instituciones especializadas constantemente toman nota de las dificultades y retos que se presentan en el manejo de los arbitrajes. No es casualidad que en consideración a la experiencia práctica del funcionamiento de las reglas procesales arbitrales y a las sugerencias de árbitros, abogados y partes, sean actualizados los reglamentos cada cierto tiempo.

Uno de los aspectos más invocados por los usuarios del arbitraje institucional responde a la eficiencia y flexibilidad del proceso arbitral. En tal sentido, BARONA VILAR ha señalado:

La actividad económica fluye y lo hace con mayor intensidad si se dan las coordenadas de seguridad jurídica que la impulsen, siendo una de esas coordenadas la que permite establecer la vía más adecuada para resolver las contiendas derivadas de esas relaciones económicas. En ese contexto emerge con fuerza el arbitraje, porque permite presentarse como el medio más armónicamente conformado en las legislaciones del planeta, otorgando una suerte de credibilidad mayor, más seguridad, a la actividad, relación o inversión que se realice. Es por ello que armonizar las normas arbitrales e incorporar ciertas medidas ofrezcan una presencia eficiente del sistema arbitral es una preocupación latente en los últimos tiempos²³.

²² BANCO MUNDIAL. Icsid Caseload Statistics (Issue 2018-2). Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(English).pdf) Acceso: 20 ene. 2019

²³ BARONA VILAR, Silvia. Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución (4.0). *Revista de Arbitraje Comercial y de Inver-*

Las instituciones han considerado la petición de sus usuarios a través de la reforma de los reglamentos de arbitraje para hacerlos más eficientes. Pero también, se han diseñado notas y guías de buenas prácticas para facilitar la comprensión de las partes y sus abogados, así como de los árbitros, del funcionamiento del arbitraje institucional y cómo debe ser su conducta durante el proceso. Veamos, a continuación, ambos aspectos.

a) La reforma de los reglamentos arbitrales en pro de la eficiencia del arbitraje

Distintos aspectos son analizados por las instituciones arbitrales al modificar sus reglas de proceso arbitral. En general, buena parte de la información para emprender esta tarea responde a su propia experiencia en el manejo práctico de los arbitrajes que administra. Pero también, como referimos en líneas anteriores, se solicita a los usuarios y grupos de interés del centro para que colaboren y envíen sus pareceres respecto a la experiencia que han tenido como partes o como árbitros. Estas opiniones son valiosas y apoyan a la institución arbitral en dicho cometido.

Aunque podemos referirnos a varias cuestiones como la incorporación de la figura del árbitro de emergencia y la posibilidad de decretar medidas cautelares previo al inicio del proceso arbitral, en este trabajo por razones de espacio nos referiremos a la preocupación de las instituciones en pro de la eficiencia del arbitraje. En efecto, uno de los planteamientos más reiterados y controvertidos en el arbitraje se refiere a los costos y, en particular, a los honorarios de los árbitros, la tarifa administrativa y los gastos asociados al proceso arbitral.

Así, el *International Arbitration Survey* de 2018, al que hicimos referencia previamente, evidencia que el 67% de los encuestados considera este asunto como una de las características más negativas del arbitraje²⁴. Y es que no podemos obviar que existe cierta tendencia en la opinión pública a considerar que los costos -y de ellos, los honorarios de los árbitros- son muy altos o excesivos, por lo que hace imposible acceder a este mecanismo de solución de controversias. Lo que se desconoce es

siones, Madrid, n. 1, v. 11, p. 17-53, 2018. p. 22.

²⁴ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acceso en: 30 dic. 2018.

que los costos dependen del número de árbitros, de la cuantía de la demanda arbitral y de las propias reglas de la institución arbitral, debido a que cada una tiene una metodología propia de cálculo²⁵.

En adición a lo anterior, mucho se ha cuestionado respecto a los plazos (tiempo) dentro del proceso arbitral. Aunque son generalmente cortos comparados con la justicia ordinaria, se ha considerado la posibilidad de reducirlos. Por tal motivo, se ha propuesto que la documentación probatoria de las partes no sea tan extensa, que se reduzca el número de audiencias y que, en definitiva, sea utilizado en forma más eficiente el tiempo por las partes y por el tribunal arbitral. En efecto, desde 2007 la Comisión de Arbitraje y ADRs de la ICC, en las distintas ediciones del documento titulado “*Controlling Time and Cost in Arbitration*”²⁶, ha venido señalando una serie de recomendaciones en pro de la eficiencia del arbitraje como las que hemos mencionado.

En la actualidad distintas instituciones arbitrales contemplan en las reformas de sus reglamentos el denominado arbitraje abreviado o *fast track*. La procedencia de este arbitraje puede identificarse sobre la base de una (o hasta una) determinada cuantía de la demanda arbitral, por acuerdo de las partes²⁷ o ante casos de ausencia de múltiples partes demandantes y demandadas²⁸. Este arbitraje expedito, a diferencia del tradicional, contempla plazos más cortos y la selección de un árbitro único.

El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC de 2017 establece en su Apéndice VI las Reglas de Procedimiento Abreviado (RDA). Dicho reglamento especial es aplicable por anuencia de

las partes o cuando la cuantía del litigio no supere los dos millones de dólares. Ahora bien, el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje establece que las RDA prevalecen sobre los términos del acuerdo de arbitraje que sean contrarios a ellas. Aunque las partes pueden excluir expresamente su aplicación, la eventual posibilidad de contrariar la voluntad de las partes plasmada en la cláusula arbitral podría traer resultados poco convenientes. Por tal motivo, toda decisión institucional que cambie o modifique dicho acuerdo debe estar debidamente justificada.

Otra institución arbitral que ha incorporado los arbitrajes expeditos en su reglamento corresponde a la SCC, denominado Reglamento de Arbitraje Simplificado (RAS)²⁹. El RAS contempla la constitución de un tribunal compuesto por un árbitro único, un limitado número de audiencias y un plazo de tres meses para el dictamen del laudo arbitral, contado a partir de la recepción del expediente por parte del árbitro. El artículo 11 RAS establece que el Instituto puede consultar a las partes para que acuerden la aplicación del Reglamento de Arbitraje tradicional, en función de las circunstancias, la complejidad y la cuantía del litigio. Según las estadísticas de esta institución arbitral, el empleo del arbitraje simplificado ha aumentado: en 2016, 55 de 199 casos fueron administrados bajo este Reglamento mientras que, en 2017 la cifra ascendió a 72 casos de un total de 200³⁰.

En la actualidad el arbitraje abreviado se ha convertido en desafío para la práctica arbitral debido a que, si bien la celeridad y la reducción de costos son aspectos deseables, la procedencia de este tipo de arbitraje y la limitación de los plazos no puede conculcar el derecho a la defensa ni siempre un laudo dictado en forma expedita es garantía de ser la mejor decisión al caso concreto³¹. Por ello es tan importante que las partes entiendan

²⁵ ESIS VILLARROEL, Ivette; HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. Capítulo Arbitraje comercial y de inversión en Venezuela. In: BARONA VILAR, Silvia; ESPLUGUES MOTA, Carlos; ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. *Régimen jurídico del arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 719-748. p. 728.

²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE ICC. *Controlling time and cost in arbitration*. Paris: ICC Commission Report, 2018. Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/> Acceso en: 20 ene. 2019.

²⁷ CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE CARACAS. *Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas*. Disponible en: <http://arbitrajeccc.org/arbitraje/wp-content/uploads/2014/07/RGCACC-Modificaci%C3%B3n-Anexo-I-Aprobado-JD-9-11-2016.pdf> Acceso en: 07 ene. 2019.

²⁸ CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. *Reglamento de Arbitraje del CEDCA*. Disponible en: <http://cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Reglamento-del-CEDCA-2013.pdf>. Acceso en: 07 ene. 2019.

²⁹ ARBITRATION INSTITUTE. *Rules*. Disponible en: <https://sccinstitute.com/dispute-resolution/rules/> Acceso en: 10 ene. 2019.

³⁰ HAVEDAL IPP, Anja. *Expedited Arbitration at the SCC: one year with the 2017 Rules*, 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/02/expedited-arbitration-scc-one-year-2017-rules-2/> Acceso en: 10 ene. 2019.

³¹ UNCITRAL. *Nota de la Secretaría del Grupo de Trabajo II de la Comisión de Arbitraje y Conciliación de UNCITRAL sobre Solución de controversias comerciales*. Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado. Documento No. A/CN.9/WG.II/WP.207. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/CN.9/WG.II/WP.207> Acceso en: 01 feb. 2019. BARONA VILAR, Silvia. Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución (4.0). *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Madrid, n. 1, v. 11, p. 17-53, 2018. p. 28; VIAL, Aníbal. *Proced-*

las implicaciones de este tipo de arbitraje y consulten a la institución arbitral todas sus dudas antes de elegir la aplicación de estas reglas a su caso.

b) Elaboración de notas y guía de buenas prácticas para las partes

Además de la reforma de los reglamentos de arbitraje, otro instrumento utilizado por las instituciones corresponde a la publicación de ciertos documentos que sirven de guía o orientación de los usuarios de sus servicios. Se trata de recomendaciones respecto al entendimiento de las reglas procesales arbitrales y su debida conducción, cuyo propósito final consiste en la actuación ética de todas las personas que forman parte del arbitraje³². Veamos a continuación dos ejemplos.

En primer lugar, citamos a la Guía para árbitros de la SCC de 2017 que establece una serie de parámetros de actuación para las personas que fungen como árbitros³³. En dicha Guía, se indica una serie de consejos y sugerencias respecto a cómo debe ser conducido administrativamente el proceso arbitral, debiendo los árbitros guardar todas las evidencias hasta un año después de dictado el laudo. Se establece una serie de consideraciones y reglas en el caso que el tribunal arbitral amerite la presencia de un secretario para que auxilie en el manejo del arbitraje.

Asimismo establece que, dos semanas antes del dictamen del laudo arbitral, el tribunal debe enviar una relación de gastos a la Secretaría de SCC. Estos gastos no pueden ser excesivos. Se incluye una nota explicativa sobre los honorarios de los árbitros y su cálculo en atención al tiempo de duración del litigio y la complejidad del caso. La Guía incorpora, incluso, un modelo de laudo arbitral con indicaciones de forma tales como la identificación de las partes y apoderados, del tribunal arbitral y número del caso en el documento, así como el apartado para la decisión final con el cálculo de los gastos del arbitraje, lugar, fecha y firma de los árbitros.

imiento abreviado en arbitraje comercial internacional. Informativo online RDA LLM UC. Santiago: Pontificia Universidad Católica, 2018. Disponible en: <http://magisterderechollm.uc.cl/es/revista-derecho-aplicado/informativo-online-rda-llm-uc/3293-procedimiento-abreviado-en-arbitraje-comercial-internacional> Acceso en: 01 feb. 2019.

³² BARONA VILAR, Silvia. Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución (4.0). *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Madrid, n. 1, v. 11, p. 17-53, 2018. p. 23.

³³ SCC. *Arbitrator's Guidelines*. Disponible en: <https://sccinstitute.com/media/171486/guidelines-january-2017.pdf> Acceso en: 20 ene. 2019.

En segundo lugar, observamos otro ejemplo ilustrativo corresponde a las “Notas a las Partes y al Tribunal Arbitraje sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la ICC”, en su versión de enero de 2019³⁴. A diferencia de la SCC, este documento corresponde a un texto más complejo, con una serie de explicaciones detalladas sobre la conducción y el comportamiento de las partes involucradas y los árbitros.

El texto revela que los miembros del tribunal arbitral deben suscribir una declaración de independencia, imparcialidad, disponibilidad y aceptación de su nombramiento. Esta es una práctica no sólo de la ICC, sino también de otras instituciones arbitrales nacionales e internacionales. Pero, además, incorpora una sugerencia / invitación a las partes y a sus representantes a respetar las normas y a actuar con la debida cortesía y profesionalismo, aspecto ético de fundamental importancia para el desarrollo del proceso arbitral.

Las Notas se acompañan de otros anexos, no menos interesantes, con una serie de guías y orientaciones para controlar el tiempo del tribunal, el uso de la tecnología de la información durante el proceso arbitral, una lista con ítems que debe contener el laudo arbitral, las decisiones sobre los costos, la lista de verificación y control de laudos así como reglas de cumplimiento de normativa de sanciones contra ciertas personas, dictadas por la Organización de Naciones Unidas, la Unión Europea y la Oficina de Control de Bienes Extranjeros de los Estados Unidos de América.

3.3 El rol de las instituciones arbitrales en la capacitación y educación sobre los ADRs

Las instituciones arbitrales constituyen parte esencial del arbitraje institucional. Nadie mejor que ellas, como testigos y administradoras de todas las etapas e incidencias del proceso arbitral, entienden el funcionamiento práctico de este mecanismo de solución de conflictos. Por ello, con el propósito de difundir este conocimiento, han desarrollado distintas iniciativas orientadas a diferentes grupos de interés.

³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Notas a las Partes y al Tribunal Arbitraje sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la ICC*. Disponible en: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf. Acceso en: 20 ene. 2019.

Por un lado, se organizan constantemente eventos dirigidos al público en general; mientras que también se realizan webinars, cursos de actualización y de capacitación a abogados, árbitros e incluso jueces y funcionarios judiciales. Por otro, atendiendo a la necesidad de preparar las nuevas generaciones en ADRs, se organizan programas de pasantías e iniciativas académicas como la edición de competencias de arbitraje para estudiantes de Derecho, charlas informativas y concursos para premiar los mejores trabajos en la materia.

En el primer caso, es innumerable la cantidad de eventos, cursos y workshops que organizan las instituciones arbitrales anualmente. En muchas ocasiones, estas actividades tienen como propósito explicar el funcionamiento de las reglas de arbitraje institucional y la buena redacción de la cláusula arbitral, para orientar a los abogados en sus futuros casos. En otras oportunidades, se organizan capacitaciones y entrenamientos para ilustrar a los asistentes respecto al manejo de ciertos temas y situaciones durante el proceso arbitral.

La difusión de estas actividades se realiza tradicionalmente a través de las páginas web oficiales de las instituciones. Para el año 2018, fueron celebrados más de 30 eventos y presentaciones del CIADI, bien en forma unilateral o bien junto a otras importantes instituciones arbitrales y organizaciones en todo el mundo³⁵. La Corte Internacional de Arbitraje de la ICC tiene también una ya tradicional y muy activa participación en seminarios y eventos especializados para la comunidad jurídica internacional en distintas partes del mundo, a través de los Grupos ICC y los Comités Nacionales de la ICC³⁶. Otras instituciones que ofrecen servicios de arbitrajes nacionales e internacionales también desarrollan actividades semejantes, como la CAM-CCBC³⁷, la CAM-Santiago³⁸ y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá³⁹.

³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/en/pages/about/pastevents.aspx> Acceso en: 20 ene. 2019

³⁶ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Eventos*. Disponible en: <https://iccwbo.org/events/> Acceso en: 20 ene. 2019.

³⁷ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. *Galeria de fotos*. Disponible en: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/home/eventos/galeria-fotos-imagem/> Acceso en: 20 ene. 2019.

³⁸ CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION. *Eventos pasados*. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/eventos-pasados.html> Acceso en: 20 ene. 2019.

³⁹ CENTRO DE ARBITRAJE E CONCILIACION. *Eventos y capacitaciones*. Disponible en: <https://www.centroarbitrajeconciliacion.com/Eventos-y-capacitaciones> Acceso en: 31 ene. 2019.

En el segundo caso, como referíamos, ciertas instituciones arbitrales tienen también interés en la capacitación de jóvenes estudiantes y, en tal sentido, colaboran y organizan competencias de arbitraje. En ellas, se presenta un caso simulado de arbitraje que varía en cada año de edición de la competencia. Los estudiantes deben estudiar y preparar las respectivas memorias como demandante y como demandado, para luego asistir a audiencias orales frente a otros grupos y defender sus argumentos ante árbitros reales. Existen distintas competencias arbitrales nacionales enfocadas a arbitrajes comerciales; competencias de carácter internacional en esa misma materia; y, otras de arbitraje de inversiones. En algunas de estas actividades, las instituciones arbitrales participan como colaboradoras, celebrando encuentros previos a la competencia, entre los distintos equipos de universidades (denominados Pre-Moots)⁴⁰; mientras que en otras competencias se constituyen como entes organizadores⁴¹.

Además de esta actividad, algunas instituciones optan por tener programas de pasantías para los estudiantes y organizan premios a los mejores trabajos que en la materia sean presentados, de acuerdo con las bases de la convocatoria como el ICSID Student Writing Competition⁴². Y, finalmente, también se ha incentivado a la creación de grupos especializados de profesionales en distintos tipos de arbitrajes para la discusión de las nuevas pautas, reglas de procedimiento e intercambios de ideas, tales como Young ICSID y el ICC Young Arbitration Forum⁴³.

com/Eventos-y-capacitaciones Acceso en: 31 ene. 2019.

⁴⁰ Ejemplos de estas actividades corresponden a los Pre Moots que se realizan antes de la celebración de las audiencias del Willen C. Vis International Commercial Arbitration (<https://vismoot.pace.edu/>) y de la Competencia de Arbitraje Comercial organizada por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad del Rosario (<http://www.ciarbitraje.org/>), cuyas sedes varían cada año de la edición (Acceso en: 30 ene. 2019).

⁴¹ Así, por ejemplo, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas organiza la Competencia Nacional de Arbitraje en Venezuela, que reúne equipos universitarios de todo el país. CENTRO DE ARBITRAJE DE CARACAS. *Caso Competencia 2018-2019*. Disponible en: <http://arbitrajecccc.org/caso-competencia-2018-2019/> Acceso en: 31 ene. 2019.

⁴² Los trabajos premiados son publicados en revista. ICSID REVIEW. *About the journal*. Disponible en: <https://academic.oup.com/icsidreview/pages/About> Acceso en: 20 ene. 2019.

⁴³ Así lo exponen las páginas web oficiales de ICSID y de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, respectivamente: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Young-ICSID.aspx> <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/professional-development/young-arbitrators-forum-yaf/> Acceso en: 20 ene. 2019.

4 Los desafíos de las instituciones arbitrales

Como hemos referido, las instituciones de arbitraje no sólo administran procedimientos arbitrales puesto que desarrollan otras actividades en pro de la difusión de los ADRs. Sin embargo, debemos advertir que se enfrentan también a desafíos: unos de cierta data, como el reto de mantener un buen funcionamiento y calidad en sus actuaciones, así como la incorporación progresiva de nuevas tecnologías en el proceso arbitral. Y otro, más reciente, relativo a la confidencialidad versus la exigencia de transparencia en el arbitraje internacional. Analizamos a continuación los tres aspectos mencionados.

4.1 El buen funcionamiento de la institución arbitral como factor de permanencia en el mercado

El número de instituciones administradoras de arbitrajes ha aumentado en las últimas décadas y, en particular, después de la promulgación de leyes de arbitraje comercial en distintos países. Esto ha creado un “mercado”, en el mejor sentido del término, donde convergen distintos entes especializados, principalmente, prestadores de arbitrajes comerciales domésticos e internacionales.

Con el propósito de mantenerse en dicho mercado -nacional, regional o internacional-, toda institución arbitral entiende que debe actualizar la lista de árbitros, mantener y mejorar su infraestructura y actualizar sus reglas de procedimiento. Además, para ser reconocida ante los operadores jurídicos y potenciales usuarios, debe actuar con la mayor diligencia y calidad en el manejo y administración de los casos⁴⁴. Ese reconocimiento se traduce en la confianza de los abogados cuando incorporan y recomiendan a sus clientes las cláusulas arbitrales institucionales en los contratos que celebran; así como de los potenciales árbitros cuando aceptan formar parte de sus listas.

La confianza en la institución arbitral, sin desmerecer la importantísima labor que cumplen los árbitros, constituye parte esencial del arbitraje. En efecto, el manejo no adecuado del proceso arbitral por parte del

prestador del servicio como la no notificación a la parte demandada del proceso en su contra o de decisiones u órdenes procesales dictadas por el tribunal a las partes sobre incidencias o del propio laudo arbitral -entre otras cuestiones- podría conducir eventualmente a la nulidad de la decisión arbitral.

El estudio *International Arbitration Survey 2018* de Queen Mary University of London indica que, en la actualidad, las instituciones arbitrales son valoradas por los usuarios en atención a varios factores tales como la reputación y el reconocimiento, la calidad en la administración de los arbitrajes, la experiencia en la prestación del servicio, la neutralidad e internacionalización, así como el acceso a árbitros calificados⁴⁵.

Incluso, el buen funcionamiento de estos entes prestadores de servicios de arbitraje tiene relación con la elección de la sede arbitral. Si bien la adhesión a las principales convenciones internacionales en la materia por parte de un determinado Estado es elemento relevante para su selección, es también menester revisar que los centros de arbitraje que en él funcionan sean reconocidos. Esta situación constituye un punto a considerar por parte de los operadores jurídicos a la hora de elegir dicha jurisdicción como sede arbitral⁴⁶.

4.2 La creciente e ineludible incorporación de la tecnología en los procedimientos arbitrales

El estudio de Queen Mary University of London revela el creciente interés de los usuarios en la incorporación de la tecnología como elemento de evolución del arbitraje internacional⁴⁷. Y es que, en efecto, el avance de la tecnología ha ido a pasos agigantados en los últi-

⁴⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, v. 23, p. 71-104, 2008. p. 77.

⁴⁵ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acceso en: 30 dic. 2018.

⁴⁶ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su selección. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 16, p. 75-134, jul. 2011.

⁴⁷ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acceso en: 30 dic. 2018.

mos años. Esto indudablemente ha influido en el manejo de los arbitrajes por parte de los centros de arbitraje.

Uno de los primeros avances fue la incorporación y uso del correo electrónico, al masificarse el servicio de internet, como forma de notificación entre las partes, el tribunal arbitral y la propia institución. Otro paso importante ha sido la posibilidad de realizar videoconferencias para facilitar la celebración de audiencias arbitrales.

Paulatinamente y como forma de diferenciarse en el mercado del arbitraje institucional, algunos entes prestadores de arbitraje han ido incluyendo en sus páginas webs servicios de administración de arbitrajes online. El CAM- Santiago, en el ámbito regional, es un ejemplo de ello. Esta institución ofrece un servicio denominado E-CAM Santiago destinado a crear, mantener y visualizar los expedientes de los arbitrajes en línea y al cual pueden acceder las partes y el tribunal arbitral además del ente administrador⁴⁸.

Ahora bien, dos tipos de arbitrajes, por su especialidad, han tenido importantes adelantos en el uso de la tecnología. Nos referimos al arbitraje de consumo y al arbitraje de nombres de dominio. Respecto al primero, en Europa existe la figura del arbitraje online conforme a la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013⁴⁹ y el Reglamento UE 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013⁵⁰. La normativa ha permitido la implementación de una plataforma electrónica disponible para los proveedores y los consumidores, con el propósito de impulsar los ADRs, en paralelo a la justicia ordinaria⁵¹.

⁴⁸ CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION. *e-CAM Santiago*. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/e-CAM.html> Acceso en: 20 ene. 2019.

⁴⁹ LEX EUROPE. *Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:32013L0011> Acceso en: 23 ene. 2019.

⁵⁰ LEX EUROPE. *Reglamento (UE) n o 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32013R0524> Acceso: 23 ene. 2019

⁵¹ ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. ¿Hacia un nuevo Derecho Internacional Europeo de protección al consumidor? In: DREYZIN DE KLOR, A. *La nueva iniciativa europea en el ámbito de la resolución de litigios de consumo: los derechos del consumidor: visión internacional: una mirada interna*. Buenos Aires: Zavalía, 2012. p. 157-

En relación al segundo, el arbitraje de nombres de dominio ofrece una modalidad muy particular. Desde la creación del Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) para la administración de los nombres de dominio de internet, se ha creado un sistema especial de resolución de controversias en este ámbito a través de instituciones debidamente acreditadas por dicho organismo⁵². Uno de ellos corresponde al Network Information Center Chile (NIC Chile) a través de su Centro de Resolución de Controversias, cuya función consiste en administrar arbitrajes respecto al nombre de dominio .CL y cuyos laudos son accesibles públicamente⁵³.

4.3 As instituciones arbitrales: entre el deber confidencialidad y las reglas de transparencia

Una de las principales características del arbitraje comercial interno e internacional responde a la confidencialidad. Esto significa que todas las actuaciones realizadas desde la presentación de la demanda arbitral hasta el dictamen del laudo arbitral solo son conocidas por las partes, los árbitros y, lógicamente, por la institución prestadora del servicio de administración del arbitraje⁵⁴.

No obstante, durante los últimos años hemos asistido a ciertos cambios en el arbitraje internacional y, muy especialmente, en el arbitraje de inversiones. En virtud del interés público de los asuntos que en ese tipo de arbitraje se ventila y de la necesidad de que los ciudadanos conozcan lo que ocurre cuando es demandado su

188; PALAO MORENO, Guillermo. El arbitraje de consumo internacional en España tras los últimos avances europeos en la materia. In: PALAO MORENO, Guillermo; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 209-210. EUROPE. *Resolución de litigios en línea*. Disponible en: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES> Acceso EN: 30 oct. 2018.

⁵² ICANN. *Home*. Disponible en: <https://www.icann.org/> Acceso en: 01 feb. 2019.

⁵³ NIC-CHILE. *Política de Resolución de Controversias por Nombres de Dominio*. Disponible en: https://www.nic.cl/normativa/politica_resolucion_controversias_dominio.pdf Acceso en: 01 dic. 2018.; ARANCIBIA MEDINA, Luis; POBLETE, Patricio; URZÚA REINOSO, José y VALDÉS CORTÉS, Margarita. El arbitraje en línea en la resolución de controversias por nombres de dominio punto cl. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago, n. 2, v. 5, p. 153-172, 2016.

⁵⁴ SILVA ROMERO, Eduardo. Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Lima Arbitration*, n. 5, p. 35-55, 2012/2013. p. 37-39.

Estado⁵⁵, se ha invocado la “transparencia” entendida como la publicidad -y no confidencialidad- de las actuaciones procesales y del laudo arbitral. En efecto, el CIA-DI -previo acuerdo de las partes- ha venido publicando en su página web la identidad de las partes y los árbitros, el sector económico involucrado, el estado del asunto y los laudos arbitrales tanto de jurisdicción como sobre los méritos de cada caso.

Más recientemente, con el objetivo de promover la legitimidad de los arbitrajes y fomentar el interés del público respecto a ellos, fue dictado el Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y un Estado entablados en el Marco de un Tratado de Inversión de UNCITRAL (Reglamento de Transparencia) para dar publicidad a cierta información de arbitrajes de inversión administrados conforme al Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, por disposición de un tratado de inversiones celebrado el 01 de abril de 2014 o en fecha posterior o por el propio acuerdo de las partes. Y, también, se dictó la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Convención de Mauricio), por la cual los Estados parte manifiestan su consentimiento a la aplicación del Reglamento de Transparencia en tratados aprobados antes del 01 de abril de 2014⁵⁶. A partir de toda esta normativa se creó un archivo titulado *Transparency Registry* en la página web de la UNCITRAL en el cual reposan las informaciones y documentos más relevantes de este tipo de procesos arbitrales⁵⁷.

La transparencia también ha dado lugar a la presentación de *amicus curiae* por parte de terceros en este tipo de arbitrajes⁵⁸. De conformidad con el artículo 44 del Convenio de Washington, algunos tribunales arbitrales han aceptado la participación de terceros en consideración del interés colectivo que representa la disputa (me-

dio ambiente, consumidores, salud pública)⁵⁹. Y los más recientes tratados en materia de inversiones ya incorporan esta posibilidad⁶⁰.

El arbitraje comercial ha adquirido nuevas dimensiones a partir de las críticas al arbitraje de inversiones. Como parte de esos cambios, el arbitraje comercial doméstico e internacional ha incorporado las reglas de transparencia especialmente respecto a la publicidad de los laudos arbitrales. Ciertas instituciones ya han incluido la práctica de hacerlos públicos, salvo acuerdo en contrario de las partes. La CAM-Santiago es una institución pionera en publicar anualmente sus laudos arbitrales, guardando también la confidencialidad de ciertos datos⁶¹.

La Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, desde hace años, publica extractos de los laudos arbitrales omitiendo la identificación de las partes y otros datos relevantes en sus boletines (*ICC Dispute Resolution Bulletin*). Además, en las “Notas a las Partes y al Tribunal Arbitraje sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la ICC”, en su versión de enero de 2019, mantiene respecto a su publicación anterior una regla especial en materia de transparencia. La Corte publica y actualiza un listado en su página web con informaciones relevantes con la identificación de árbitros (nombrados por las partes, por los otros árbitros del Tribunal Arbitral o por la Corte), su nacionalidad, el rol que ocupan en el panel de árbitros y si el arbitraje está activo o no⁶². Ahora, en los arbitrajes

⁵⁵ SILVA ROMERO, Eduardo. Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Lima Arbitration*, n. 5, p. 35-55, 2012/2013. p. 49.

⁵⁶ UNCITRAL. *Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*. Disponible en: <https://www.uncitral.org/> Acceso en: 01 feb. 2019.

⁵⁷ UNCITRAL. *Transparency Registry*. Disponible en: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp> Acceso en: 01 feb. 2019.

⁵⁸ SILVA ROMERO, Eduardo. Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Lima Arbitration*, n. 5, p. 35-55, 2012/2013. p. 49; SOMMER, Christian. Los alcances del *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, Córdoba, n. 2, v. 2, p. 161-174, 2011.

⁵⁹ Se citan como ejemplos los asuntos *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae* 15/01/2001 y *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada* (UNCITRAL/NAFTA), *Decision on Petitions for Intervention and Participation of Amici Curiae*, dated 17/10/2001. ITALAW. *Newly Posted Awards, Decisions & Materials*. Disponible en: www.italaw.com Acceso en: 01 feb. 2019.

⁶⁰ Artículo 26.2) del Acuerdo de Inversión entre la República de Chile y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China (2016). INVESTMENT POLICY. *Home*. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5413>. Acceso en: 01 feb. 2019. El artículo 12.22) del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y la República de Colombia (2015). INVESTMENT POLICY. *Home*. Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2746> Acceso: 01 feb. 2019

⁶¹ El Centro Empresarial de Arbitraje y Conciliación en Caracas tiene también varias publicaciones de laudos arbitrales denominadas *Memorias Arbitrales*. CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACION. *Sentencias Arbitrales*. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/publicaciones1.html> Acceso en: 02 feb. 2019.

⁶² CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *ICC Arbitral*

registrados desde el 1 de julio de 2019, la Corte publicará el sector económico involucrado en cada arbitraje, así como los asesores jurídicos que representan a las partes en los litigios.

Estas Notas a las Partes y al Tribunal Arbitral tiene, además, varias novedades. En primer lugar, establece que la publicación de los laudos dictados a partir del 1 de enero de 2019, una vez transcurridos dos años luego de la fecha de su notificación a las partes. Claro está, se resguarda el derecho de una de ellas de oponerse a la publicación del laudo o de pedir el anonimato o el uso de seudónimos en el texto. Las partes pueden también oponerse a tal publicación debido a un acuerdo de confidencialidad suscrito previamente o, incluso, la Secretaría de la Corte puede también decidir no publicar el laudo.

En segundo lugar, respecto al arbitraje de inversiones administrado por esta institución, se invita a las personas propuestas como árbitros a incluir en su hoja de vida (*curriculum vitae*) la experiencia que han tenido como árbitros, peritos o asesores jurídicos en este ámbito. Asimismo, pueden las partes solicitar la adopción del Reglamento sobre Transparencia de UNCITRAL en este tipo de arbitrajes especializados y, salvo acuerdo en contrario, el laudo se publicará seis meses después de su notificación. Y, en tercer lugar, se facultan a los árbitros para determinar las medidas necesarias para la presentación de *amicus curiae*.

Considerando todas las modificaciones mencionadas, el desafío para el resto de las instituciones arbitrales -especialmente en materia de arbitraje comercial nacional e internacional- consiste en permitir o no la publicidad de los laudos sin violar la confidencialidad que asiste a los arbitrajes comerciales. Somos de la idea de entender que siempre es posible publicar laudos o extractos de laudos, siempre que medie el favorable acuerdo de las partes, sin hacer públicos datos sensibles del caso ni los involucrados, con el propósito de dar a conocer las decisiones arbitrales a la comunidad jurídica e interesados en esta materia.

5 Conclusiones

El arbitraje se ha consolidado como un mecanismo de solución de conflictos muy importante, tanto en sede internacional como en sede nacional. Su evolución y desarrollo se ha afianzado a través de la labor de árbitros, abogados y, muy particularmente, por el trabajo desempeñado por las instituciones arbitrales. Estos entes de carácter permanente, prestadores de servicios de administración de procesos arbitrales, tienen una experiencia muy valiosa al ser testigos de todas sus etapas e incidencias hasta el dictamen y notificación del laudo arbitral.

El número de instituciones arbitrales ha aumentado en las últimas décadas, muy especialmente luego de la promulgación de leyes pro arbitraje en distintos países. Existen distintos tipos de entes dependiendo de las reglas de su constitución y funcionamiento. En todo caso, tienen como lugar común la administración diligente de todos los procedimientos arbitrales que le sean presentados.

Ellas ejercen también otras funciones como la asesoría a las partes respecto a las cláusulas de arbitraje; toman nota de las sugerencias de los grupos de interés y actualizan el reglamento arbitral; preparan documentos y notas como guía de orientación de comportamiento de todos los involucrados en el arbitraje; y, además, organizan todo tipo de eventos para difundir el conocimiento de este mecanismo de solución de conflictos.

El desafío de estas instituciones responde a su permanencia en el tiempo, cumpliendo su función de administración de arbitrajes de la forma más eficiente posible. Por ello, sus reglamentos son actualizados cada cierto tiempo y emiten guías de conducta a las partes y a los árbitros, conforme a la práctica arbitral. Asimismo, a estas organizaciones les acompañan otros retos no menos importantes. Por un lado, deben adaptarse progresivamente a los constantes avances de la tecnología incorporando herramientas online disponibles a las partes y a los árbitros para la conducción del arbitraje. Y, por otro, en atención a las exigencias de transparencia deben valorar la pertinencia o no de la publicación de los laudos arbitrales, sin comprometer la confidencialidad de cada caso y la anuencia de las partes.

Tribunals. Disponible en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-arbitral-tribunals/> Acceso en: 01 feb. 2019.

Referencias

- ARANCIBIA MEDINA, Luis; POBLETE, Patricio; URZÚA REINOSO, José y VALDÉS CORTÉS, Margarita. El arbitraje en línea en la resolución de controversias por nombres de dominio punto cl. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Santiago, n. 2, v. 5, p. 153-172, 2016.
- BANCO MUNDIAL. *Icsid Caseload Statistics (Issue 2018-2)*. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(English).pdf). Acceso en: 20 ene. 2019.
- BARONA VILAR, Silvia. Maximización de la eficiencia y búsqueda de la celeridad en el arbitraje: entre el mito, la sublimación y la cuarta revolución (4.0). *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Madrid, n. 1, v. 11, p. 17-53, 2018.
- CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Estadísticas ICC (2017)*. Disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>. Acceso en: 20 ene. 2019.
- CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Notas a las Partes y al Tribunal Arbitraje sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la ICC*. Disponible en: https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-Note-to-Parties-and-Arbitral-Tribunals-on-the-Conduct-of-Arbitration_spanish.pdf. Acceso en: 20 ene. 2019.
- CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE. *Reglamento de Arbitraje (1º de marzo de 2017)*. Disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>. Acceso en: 07 ene. 2019.
- CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE ICC. *Controlling time and cost in arbitration*. Paris: ICC Commission Report, 2018. Disponible en: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/> Acceso en: 20 ene. 2019.
- ESIS VILLARROEL, Ivette; HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio. Capítulo Arbitraje comercial y de inversión en Venezuela. In: BARONA VILAR, Silvia; ESPLUGUES MOTA, Carlos; ZAPATA DE ARBELÁEZ, Adriana. *Régimen jurídico del arbitraje interno e internacional en Latinoamérica*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 719-748.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. ¿Hacia un nuevo Derecho Internacional Europeo de protección al consumidor? In: DREYZIN DE KLOR, A. *La nueva iniciativa europea en el ámbito de la resolución de litigios de consumo: los derechos del consumidor: visión internacional: una mirada interna*. Buenos Aires: Zavalía, 2012. p. 157-188.
- FERNÁNDEZ CABALLERO, Gracia. El Arbitraje Institucional. In: LEAL, Virginia de Carvalho. *El Derecho y sus razones: aportaciones de jóvenes investigadores Galicia*: Bubok Publishing, 2013. p. 221-228.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, v. 23, p. 71-104, 2008.
- HAVEDAL IPP, Anja. 'Expedited Arbitration at the SCC: one year with the 2017 Rules', 2018. Disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/02/expedited-arbitration-scc-one-year-2017-rules-2/> Acceso en: 10 ene. 2019.
- INTERNATIONAL FEDERATION OF COMMERCIAL ARBITRATION INSTITUTIONS. *About IFCAI*. Disponible en: <http://www.ifcai-arbitration.org/about-ifcai/> Acceso en: 06 feb. 2019.
- PALAO MORENO, Guillermo. El arbitraje de consumo internacional en España tras los últimos avances europeos en la materia. In: PALAO MORENO, Guillermo; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. *Los nuevos instrumentos europeos en materia de conciliación, mediación y arbitraje de consumo: su incidencia en España, Irlanda y el Reino Unido*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. *2018 International arbitration survey: the evolution of international arbitration*. London: School of International Arbitration Centre for Commercial Studies, 2018. Disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acceso en: 30 dic. 2018.
- SILVA ROMERO, Eduardo. Confidencialidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Lima Arbitration*, n. 5, p. 35-55, 2012/2013.

SOMMER, Christian. Los alcances del amicus curiae en el arbitraje internacional de inversiones. *Revista de la Facultad de Derecho*, Córdoba, n. 2, v. 2, p. 161-174, 2011.

UNCITRAL. *Nota de la Secretaría del Grupo de Trabajo II de la Comisión de Arbitraje y Conciliación de UNCITRAL sobre Solución de controversias comerciales*. Examen de las cuestiones relativas al arbitraje acelerado. Documento No. A/CN.9/WG.II/WP.207. Disponible en: <https://undocs.org/sp/A/CN.9/WG.II/WP.207> Acceso en: 01 feb. 2019.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. Relevancia de la sede arbitral y criterios que determinan su selección. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 16, p. 75-134, jul. 2011.

VIAL, Aníbal. *Procedimiento abreviado en arbitraje comercial internacional*. Informativo online RDA LLM UC. Santiago: Pontificia Universidad Católica, 2018. Disponible en: <http://magisterderechollm.uc.cl/es/revista-de-recho-aplicado/informativo-online-rda-llm-uc/3293-procedimiento-abreviado-en-arbitraje-comercial-internacional> Acceso en: 01 feb. 2019.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Revisitando a aversão brasileira à cláusula investidor-Estado: capitalismo de Estado e treaty-shopping

Revisiting brazilian aversion towards the investor-state clause: capitalism of state and treaty-shopping

Marcelo Simões dos Reis

Gustavo Ferreira Ribeiro

Revisitando a aversão brasileira à cláusula investidor-Estado: capitalismo de Estado e treaty-shopping*

Revisiting brazilian aversion towards the investor-state clause: capitalism of state and treaty-shopping

Marcelo Simões dos Reis**

Gustavo Ferreira Ribeiro***

Resumo

A aversão brasileira à cláusula investidor-Estado nos acordos de investimentos pode ser considerada contra intuitiva ao *mainstream* dos anos 1990. Enquanto os países em desenvolvimento celebravam, freneticamente, acordos de proteção ao investidor contendo essa cláusula, o Brasil mantinha-se resistente ao processo. Tradicionalmente, a entrada contínua de capital no país, independentemente da cláusula, e a experiência negativa da Argentina, no período que se seguiu, com esse modelo, vêm à tona como parte das explicações do posicionamento brasileiro. Na virada do século, por sua vez, a economia brasileira passou por uma mudança fundamental, com diversos grupos empresariais se projetando externamente e se internacionalizando com presença local em mercados estrangeiros. Poder-se-ia esperar uma mudança de posicionamento pró-cláusula investidor-Estado. Mas isso não ocorreu e não é observável nos recentes Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI). Esse artigo explora duas razões que ajudam a compreender esse posicionamento. A primeira, desenvolvida por pesquisa doutrinária e dados de participação em capital social, refere-se ao modelo de capitalismo de Estado brasileiro. O entrelaçamento entre interesses privados e o governo, por meio de participação direta nas empresas ou financiamento, muda o cálculo governamental reduzindo o interesse na cláusula investidor-Estado. A segunda, com base no método dogmático e análise jurisprudencial, relaciona-se a um mecanismo jurídico que permite aos investidores se engajarem em uma disputa direta com um Estado por meio do *treaty shopping*. Os investidores brasileiros já teriam, em tese, em algumas jurisdições, a possibilidade de iniciar disputas direta contra Estados por meio desse mecanismo. Altera-se, assim, o cálculo privado, reduzindo o interesse em pressionar as negociações em direção de um modelo de proteção contendo a referida cláusula.

Palavras-chave: Cláusula Investidor-Estado; Arbitragem; Posição brasileira; Capitalismo de Estado; Treaty shopping.

* Guest authors

** Graduado em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (1998) e Direito pela Associação de Ensino Unificado de Brasília (1999). LLM em Direito Internacional pela Universidade de Groningen - Holanda (2002), mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2005). Analista de Comércio Exterior desde 2003. Doutorando no UniCEUB.
E-mail: Marcelo.Reis@sempreceub.com

*** Gustavo Ferreira Ribeiro é doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), ex-bolsista Capes/Fulbright. Professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
E-mail: Gustavo.Ribeiro@ceub.edu.br

Abstract

The Brazilian aversion to the investor-state clause in investment agreements may be considered counter intuitive to the mainstream of the 1990s. While developing countries frantically celebrated investor protection agreements containing this clause, Brazil remained resistant to the process. Traditionally, the continuous inflow of capital in the country, regardless of the clause, and the negative experience of Argentina, in the ensuing period, with this model, come to the fore as part of the explanations of the Brazilian position. At the turn of the century, in turn, the Brazilian economy underwent a fundamental change, with several business groups projecting externally and becoming international with local presence in foreign markets. One could expect a change of position for the investor-state clause. But this has not happened and the clause is not observable in recent Investment Cooperation and Facilitation Agreements (ACFI). This article explores two reasons that help to understand this standing. The first, developed by doctrinal research and data participation in social capital, refers to the model of Brazilian state capitalism. The interplay between private interests and government, through direct participation in business or financing, changes the government's calculation by reducing interest in the investor-state clause. The second, developed dogmatically and through case analysis, relates to a legal mechanism that allows investors to engage in a direct dispute with a state through treaty shopping. Brazilian investors would already have, in theory, in some jurisdictions, the possibility of initiating direct disputes against states through this mechanism. This modifies the private calculation, reducing its interest in pressing the negotiations towards a protection model containing the said clause.

Keywords: Investor-State Clause; Arbitration; Brazilian position; State Capitalism; Treaty shopping.

1 Introdução

A posição brasileira no regime jurídico internacional dos investimentos pode ser considerada excepcional. Enquanto o mundo em desenvolvimento acolheu com apetite notável as regras bilaterais que hoje formam uma rede jurídica de proteção ao investidor estrangeiro,

o Brasil manteve-se recluso. Ao longo da década de noventa, ensaiou uma adesão ao regime, mas não passou da fase da assinatura dos acordos. Recentemente, voltou ao diálogo internacional da proteção de investimentos por meio de novos tratados assinados a partir de 2015. O movimento despertou o interesse da comunidade acadêmica, que se mostrou ávida para avaliar os novos compromissos. Com relação ao mecanismo de solução de controvérsias, especificamente, o modelo brasileiro, ao invés de permitir a arbitragem direta entre o investidor estrangeiro e o Estado, permite tão-somente o enfrentamento entre Estados.

Mas quais as razões que levaram à configuração desse modelo de solução de controvérsias? Comumente, indicam-se a experiência negativa de outros países com a cláusula investidor-Estado e o fato de o Brasil ter, historicamente, recebido investimentos independentemente da existência de um sistema de proteção mais robusto ao investidor. Porém, este artigo explora não só as razões tradicionais, mas outras que justifiquem a postura de rechaço à chamada cláusula investidor-Estado. Por meio de pesquisa doutrinária e do método dogmático, respectivamente, indica-se o denominado capitalismo de Estado e a potencial prática de *treaty shopping* disponível aos investidores brasileiros como parte dessas razões adicionais.

Para atingir seu propósito, o trabalho se divide em três partes. Na primeira parte, debate-se a experiência comparada, principalmente de governos de países em desenvolvimento, em se comprometer com o regime de investimentos com cláusula investidor-Estado. Em um clima de disputa pela atração do capital internacional, sugere-se que a ausência de informação sobre a relação custo-benefício dos acordos de investimentos motivou uma corrida orientada por uma necessidade de copiar o concorrente. Tratou-se de um processo mimético do qual o Brasil passou ao largo em função das próprias idiosincrasias.

Na segunda parte, apresenta-se um breve histórico das negociações empreendidas pelo Brasil na década de noventa assim como no passado recente. A finalidade é contextualizar a questão em relação ao Brasil, principalmente indicando algumas evidências mais tradicionais da posição brasileira de se manter imune aos processos arbitrais iniciados por investidores estrangeiros, restando o referido mimetismo.

A terceira seção, como principal contribuição desse ar-

tigo, identifica outras razões que colabaram para a rejeição à arbitragem direta. Para apresentá-las, é feita uma contextualização da motivação brasileira para iniciar uma nova rodada de negociações bilaterais de acordos de investimentos. Parte-se da premissa que, ao contrário da década de noventa, um interesse fundamental envolve proteger o investimento de companhias brasileiras no exterior.

Colocado este pressuposto, expõem-se dois motivos que explicam o pouco interesse governamental brasileiro em conferir autonomia aos seus investidores para iniciar uma arbitragem contra um Estado receptor do capital. O primeiro deles se baseia no tipo de capitalismo desenvolvido no Brasil, envolvendo um entrelaçamento entre Estado e capital privado. Ao tempo que o apoio governamental se mostra fundamental para a internacionalização de empresas brasileiras, a liberdade empresarial para adjudicar questões conflituosas representa perda de controle do governo. Em outros termos, pode prejudicar tanto o poder de influência sobre as empresas beneficiadas pelo suporte oficial como também comprometer negociações diplomáticas ensejadas com os países receptores dos investimentos.

O segundo deles se refere ao próprio desinteresse dos conglomerados nacionais como fator a explicar a omissão da cláusula investidor-Estado nos novos acordos. O argumento é de que os investidores brasileiros têm usado plataformas intermediárias, como Holanda e Áustria, para viabilizar eventuais arbitragens diretas, sob o instituto denominado *treaty shopping*. Ao perceber que a proteção buscada é encontrada em outros acordos, mediante triangulação de benefícios, não há combustível para alimentar pressão junto ao governo.

2 A motivação dos outros

Acordos de investimentos têm sido celebrados desde meados do século passado, mas somente durante a década de noventa que se verifica um ritmo exponencial de negociações e assinaturas. De forma geral, antes desse período o pensamento econômico predominante baseava-se na crença de que o desenvolvimento somente poderia ser alcançado mediante políticas intervencionistas do Estado tais como a substituição de importações e fortalecimento das empresas estatais. Dessa maneira, havia uma resistência à entrada de capital estrangeiro em países em desenvolvimento.

Uma mudança de paradigma passa a ser percebida com medidas de abertura a partir de 1989, ano marcado pelo início da transição de economias da Europa Oriental, modificando-se completamente o juízo que se fazia a respeito de multinacionais e os efeitos sobre os países receptores do capital estrangeiro. O registro de medidas de flexibilização em prol da abertura ultrapassa 95% das mudanças regulatórias voltadas para investimento direto proveniente do exterior. Mesmo diante da ausência de um arcabouço multilateral que sustentasse esse movimento, a intensidade do esforço unilateral, bilateral e regional voltado para a liberalização do Investimento Estrangeiro Direto (IED) foi impressionante. Essa forte tendência conduziu a uma convergência muito rápida do quadro regulatório em diversos países com destaque para o mundo em desenvolvimento¹.

Estabelecido o cenário em que a ordem do dia passou a ser a atração de investimentos, formou-se o terreno propício para a assinatura dos acordos. Para se ter uma ideia de como se concentraram as negociações diplomáticas no fim do século passado, pode se tomar o exemplo de um dos países mais ativos na assunção de compromissos bilaterais pró-IED. Dos 60 tratados firmados pela Argentina, 58 foram assinados entre 1990 e 2001². Em outro exemplo sul-americano, dos 55 acordos subscritos pelo Chile, 51 foram pactuados entre 1991 e 2000³. Em menor ritmo e aderindo de modo mais atrasado ao regime, o México subscreveu 35 acordos, sendo 16 entre 1995 e 2000⁴. Em sentido oposto, relembra-se que o Brasil assinou apenas 14 APPRIs entre 1994 e 1999, não tendo ratificado nenhum deles.

Os exemplos da Argentina e do Chile, e em certa medida do México, são representativos de uma época marcada pela intensa competição por capitais estrangeiros. Embora os acordos de proteção ao IED fossem apenas um dos diversos instrumentos de atração utilizados por países em desenvolvimento, houve surpreendente corrida diplomática em nível bilateral para assegurar essa via de estímulo à entrada dos recursos estrangeiros.

A partir do século XXI surgem os primeiros estu-

¹ Lautier, M.; Moreau, F. An empirical criticism of the “FDI development” convention. *Revista de Economia Contemporânea*, [s.i.], v. 16, n. 3, 2012, pp. 394-395.

² Página *CountryBits*. UNCTAD. Investment Policy Hub. [2019]. Disponível em: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

dos a respeito do efeito desses acordos sobre o fluxo de IED, não havendo conclusão uniforme sobre uma eventual relação de causalidade entre os acordos e a efetiva atração de investimentos⁵. Mesmo sem uma correlação concreta, observa-se que o número de novos acordos arrefeceu com a entrada do novo século.

O movimento maciço a favor da cláusula genérica de arbitragem certamente causaria espanto a um dos proponentes da Convenção de Washington, Aron Broches, que institucionalizou o Centro Internacional para Solução de Controvérsias em Investimento (ICSID) do Banco Mundial. De acordo com ele, os serviços de arbitragem providos pelo centro deveriam abarcar três possibilidades jurisdicionais: cláusula genérica estampada em acordo ou lei com oferta de arbitragem a todos os investidores; cláusula compromissória inscrita em um contrato de investimento (v.g. concessão administrativa); ou pacto arbitral firmado especificamente para solucionar uma eventual disputa entre Estado e investidor. Em sua visão, a primeira hipótese seria a mais difícil de ser encontrada na prática⁶, mas é justamente a mais encontrada no atual estoque de milhares de Tratados Bilaterais de Investimentos (TBI).

É compreensível a lógica de Broches uma vez que

⁵ Hallward-Driemeier, M. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ? and They Could Bite. [s.i.]: The World Bank, 2003. Disponível em: <<https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-3121>>. Acesso em: 11 nov. 2018; Neumayer, E.; Spess, L. Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? World Development, [s.i.], v. 33, n. 10, 2005; Sauvant, K. P.; Sachs, L. E. The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows. [s.i.]: Oxford University Press, 2009; Yackee, J. W. Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence. Virginia Journal of International Law, [s.i.], v. 51, n. 2, 2010; Berger, A. et al. Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box. International Economics and Economic Policy, [s.i.], v. 10, n. 2, 2013; Jandhyala, S.; J Weiner, R. Institutions sans frontières: International agreements and foreign investment. Journal of International Business Studies, [s.i.], v. 45, 2014; Aisbett, E.; Busse, M.; Nunnenkamp, P. Bilateral investment treaties do work; until they don't. Kiel Working Paper, [s.i.], n. 2021, 2016; Frenkel, M.; Walter, B. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? The Role of International Dispute Settlement Provisions: WHU Working Paper Series - Economics Group, [WHU - Otto Beisheim School of Management], [s.i.], 2017. Disponível em: <<https://ideas.repec.org/p/whu/wpaper/17-08.html>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

⁶ ICSID. History of ICSID Convention - VOLUME II-1, p. 59. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018

a oferta inscrita em um TBI, sem nenhum tipo de limitação, implica um compromisso arbitral abrangente cujo controle e acompanhamento pelo Estado se perde desde o momento da ratificação, inclusive para casos claros de abuso do instrumento⁷. Pode se dizer que uma cláusula de arbitragem inserida em um contrato de concessão específico teria um efeito similar, mas implicaria uma preocupação menor tendo em vista seu alcance mais localizado e reduzido. Apesar da razoabilidade da previsão feita pelo ex-diretor do Banco Mundial, atualmente, o ICSID tem o registro de 725 disputas com fundamento jurisdicional em TBIs contra apenas 125 fundadas em contratos de investimento. Embora o centro não seja a única entidade facilitadora de arbitragens de investimento, os números demonstram a inegável relevância da cláusula investidor-Estado encontrada em milhares de acordos.

Para explicar a predominância dessa via arbitral dois movimentos podem ser considerados. Em primeiro lugar, a pressão dos países desenvolvidos, notadamente na Europa, para a adoção de regras padronizadas de tratamento do IED⁸. O uso de acordos-modelo e estratégias de negociação similares entre os países exportadores de capital contribuiu sobremaneira nesse resultado.

Atualmente pode se dizer que a proteção ao investidor estrangeiro se ampara em um regime relativamente congruente cujo desenvolvimento inicial se pautou pela atuação pró-ativa dos países desenvolvidos a partir da década de noventa. Em segundo lugar, em uma conjuntura de competição pelos recursos do exterior, verificou-se uma estratégia mimética entre as economias importadoras de capital. Diante da necessidade percebida de recepção do investidor externo, a competição conduzia a uma tendência automática de replicar os termos já pactuados na rede de acordos⁹.

Dessa maneira, o receio de ser preterido no processo decisório relativo ao destino do investimento leva a uma aceitação ampla da comunidade de potenciais anfitriões. Mesmo não sendo perfeitamente identificado o custo-

⁷ Lencucha, R. Is It Time to Say Farewell to the ISDS System? International Journal of Health Policy and Management, [s.i.], v. 6, n. 5, 2016.

⁸ Elkins, Z.; Guzman, A. T.; Simmons, B. A. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000. International Organization, [s.i.], v. 60, 2006, p. 36.

⁹ Cho, S.; Kurtz, J. The Limits of Isomorphism: Global Investment Law and the ASEAN Investment Regime. In: Chaisse, J.; Nottage, L. (Eds.). International Investment Treaties and Arbitration Across Asia. [s.i.]: Brill, 2017.

-benefício, o anseio de ser mais ou tão atraente quanto o competidor leva a um comportamento de repetição das ofertas, incluindo a cláusula genérica de arbitragem e os padrões substantivos de tratamento. Trata-se de um processo orientado por uma “corrida ao fundo” (*race to the bottom*) alimentada principalmente pela radical inversão do senso comum em que empresas multinacionais, antes produtoras de dependência externa, passam a ser as “salvadoras do desenvolvimento”¹⁰.

Aos olhos da teoria do isomorfismo, que tenta explicar porque organizações em um ambiente de competição tendem a copiar umas às outras, o fenômeno se desencadeia por diferentes mecanismos, notadamente a coerção e o mimetismo¹¹. No primeiro caso, a pressão exercida na arena política em relações assimétricas de poder conduz a uma aceitação dos termos propostos pelas entidades mais bem posicionadas. Assim, o centro político dissemina pela periferia um regime uniforme por meio da imposição de sanções ou oferta de recompensas, refletindo o paradigma realista das relações internacionais¹².

Quando se percebe que a estratégia de negociação dos países exportadores de capital se baseia em modelos uniformes de tratado com margem mínima de alteração em cada rodada bilateral, pode-se conceber inicialmente um modelo coercitivo. Para se confirmar essa hipótese, ter-se-ia que imaginar que a consequência da rejeição seria o estrangulamento do fluxo de IED. Contudo, esse efeito não encontra respaldo nas cláusulas dos TBIs, e não se identificou registro de que alguma negociação tenha sido norteadada pela ameaça de interrupção de investimentos. Tendo em vista que se trata de uma decisão da alçada individual do investidor como agente econômico privado, não se poderia esperar que essa carta estivesse a disposição para ser lançada à mesa do jogo diplomático.

Na ausência de uma sanção clara e específica a ser aplicada contra os que repudiam a oferta, não se pode considerar a homogeneização do direito dos investimentos como um processo predominantemente coercitivo. Aparentemente, o isomorfismo identificado na

rede de acordos de investimento tem caráter mimético, ou seja, trata-se de um modelo de resposta a um cenário de incerteza. Não havendo previsibilidade sobre os possíveis efeitos dos TBIs sobre os ingressos de IED, a escolha racionalmente mais adequada seria copiar os competidores. Mais do que pressão dos países investidores, sugere-se que a tendência da década de noventa foi marcada pelo temor de ficar para trás.

Mas por que o Brasil não fez parte desse movimento? É o que se explora a seguir.

3 A resistência brasileira à cláusula investidor-Estado: razões tradicionais

Ao se observar um mundo repleto e conectado por acordos de investimentos, o Brasil flutua em um universo próprio. Enquanto milhares de instrumentos internacionais permitem ao investidor estrangeiro iniciar autonomamente um processo arbitral contra o Estado anfitrião, o Brasil mantém-se afastado desse regime. Rejeitou-o há cerca de um par de décadas com a frustração de diversos Acordos de Promoção e Proteção Recíprocas de Investimentos (APPRI) no âmbito do Congresso Nacional.

No nível regional, decerto acolheu, um protocolo de investimentos no Mercosul, mas também sem autorizar os agentes privados a acionar qualquer um dos seus signatários pela via da arbitragem.

As assinaturas mais recentes dos Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimento (ACFI) se constituem em apenas um desdobramento dos episódios testemunhados na década de 1990. Não é previsto a cláusula investidor-Estado nos ACFIs, firmados a partir de 2015 com Angola, Chile, Colômbia, Etiópia, Guiana, Maláui, México, Moçambique, Peru e Suriname.¹³

Em suma, persiste a desconfiança quanto ao modelo de resolução de disputas em que se eleva o investidor estrangeiro à condição de sujeito processual ativo. Abraçando-se apenas a via da proteção diplomática, formalizada pela arbitragem entre Estados. Está-se longe de observar uma guinada segura e alinhada com o tradicional regime internacional de investimentos. Além do

¹⁰ Rodrik, D. *The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work*. [s.i.]: Overseas Development Council, 1999.

¹¹ Dimaggio, P. J.; Powell, W. W. *The Iron Cage Revisted: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*. *American Sociological Review*, [s.i.], v. 48, 1983.

¹² Tucker, T. N. *Judge Knot: Politics and Development in International Investment Law*. [s.i.]: Anthem Press, 2018.

¹³ Acordos assinados entre o Brasil e os referidos países, disponíveis na base de dados Concórdia do Itamaraty. Vide referência (ITAMARATY, [S.I.]).

texto dos novos acordos brasileiros hesitar na adoção de expressões frequentemente reverberadas como “tratamento justo e equitativo” e “expropriação indireta”, que permeiam o aspecto substantivo das regras, segue a oposição ao pilar processual, qual seja o reconhecimento expresso do investidor como parte legítima e direta na querela arbitral contra o Estado¹⁴. Ao propor esse modelo, o Brasil elege a via que se tornou residual no direito internacional dos investimentos para fins de heterocomposição de conflitos¹⁵, contrariando a tendência de consolidação da arbitragem direta.

Em reação a esse posicionamento, surgem no meio acadêmico manifestações que confrontam a rejeição brasileira ao sistema predominante. Considera-se, por exemplo, que um preconceito ideológico injustificável sustentaria a posição contrária à arbitragem diretamente promovida pelo investidor estrangeiro¹⁶, sendo a escolha de se marginalizar perante o sistema uma decisão desprovida de anteparo racional. Nem a presença de cláusulas destinadas à prevenção de disputas arrefecem as críticas de pesquisadores uma vez que os meios amigáveis previstos nos ACFIs nada mais representariam do que uma opção por “acordos banguelas”¹⁷. Sob esse aspecto, pouco divergiriam em alcance e substância de outros instrumentos formalmente menos encorpados como os memorandos de entendimento firmados pelo Brasil entre 2016 e 2018 com países como Armênia, Azerbaijão, Omã, República Dominicana, e Rússia¹⁸. Enfim, faltariam os “dentes” necessários para que os ACFIs pudessem ser estudados seriamente pela comunidade jurídica.

Considerando a tendência que se firmou nas últimas décadas, as referidas críticas parecem arrazoadas. Desde fins do século passado, tornou-se evidente a força

da cláusula investidor-Estado nos milhares de tratados vigentes a respeito da matéria de investimentos. A supressão da proteção diplomática, facilitando o começo do processo arbitral, favoreceu a profusão de centenas de casos. Conforme a página *Investment Dispute Settlement Navigator*¹⁹, mais de 900 disputas haviam sido identificadas até 31 de julho de 2018²⁰. Embora a maioria não tenha sido julgada, seja porque foi obtido um acordo ou porque o procedimento ainda se encontra pendente, o conjunto de laudos disponível é significativo.

Ao documentar extensivamente o período em que o Brasil assinou quatorze tratados bilaterais de investimento²¹, não ratificando nenhum deles por inércia do Congresso Nacional, resta também a impressão de que haveria uma resistência de viés parlamentar ao regime formado há um par de décadas. A apresentação de um estudo pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, em que se apontou elementos inconstitucionais dos APPRIs, dentre eles a violação da soberania e tratamento desigual em relação aos investidores nacionais²², sugere que o Poder Executivo deu deferência ao Poder Legislativo. Com base nessa impressão, poder-se-ia explicar a tímida iniciativa diplomática em relação aos ACFIs já que não seria eficaz confrontar a posição já demarcada pelo Congresso Nacional²³.

Por outro prisma, estudos revelam a reticência das próprias autoridades do Poder Executivo em realizar a gestão interinstitucional em prol da ratificação, o que demonstra o desapego aos acordos assinados²⁴. Assim, são identificadas evidências de que o desconforto com a cláusula investidor-Estado, assim como com os com-

¹⁴ Monebhurrin, N. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, [s.i.], 2016, p. 93.

¹⁵ Subedi, S. P. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. [s.i.]: Bloomsbury Publishing, 2016.

¹⁶ Costa, J. A. F. Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, M. R. de S. (Ed.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 248.

¹⁷ Costa, J. A. F.; Gabriel, V. D. R. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, [s.i.], v. 49, 2016, p. 127.

¹⁸ Acordos assinados entre o Brasil e os referidos países, disponíveis na base de dados Concórdia do Itamaraty. Vide referência (ITAMARATY, [S.I.]).

¹⁹ UNCTAD. Investment Policy Hub. [2019]. Disponível em: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

²⁰ Ibid.

²¹ Morosini, F.; Badin, M. R. S. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? | International Centre for Trade and Sustainable Development. 2016. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-coopera%C3%A7%C3%A3o-e-facilita%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos-o-que-est%C3%A1-por-tr%C3%A1s>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

²² Azevedo, D. B. de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001, p. 8.

²³ Monebhurrin, N. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. *Journal of International Dispute Settlement*, [s.i.], 2016, p. 93.

²⁴ Campello, D.; Lemos, L. The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation. *Review of International Political Economy*, [s.i.], v. 22, n. 5, 2015.

ponentes substantivos de proteção tradicional, não era meramente derivado de uma indisposição parlamentar. A relutância também estava presente no corpo formulador da política externa brasileira.

Diante desse cenário, cabe perguntar se seriam essas as únicas motivações para explicar o posicionamento brasileiro. Enquanto os vizinhos na América do Sul²⁵ e outros países em desenvolvimento acataram em peso a arbitragem de investimentos, o Brasil manteve-se apartado, sendo os ACFIs apenas uma demonstração de vontade em manter o diálogo com os participantes do regime. Será essa linha de ação, que demonstra um interesse apenas vacilante sobre o sistema posto, o reflexo de uma postura calculada? Ou melhor, se o cálculo do custo-benefício da cláusula investidor-Estado é difícil de ser realizado, quais motivos podem ter orientado o processo decisório brasileiro? E como podemos contrapor a motivação de todos os outros países que aderiram em massa ao sistema com as razões que podem ser extraídas da realidade brasileira?

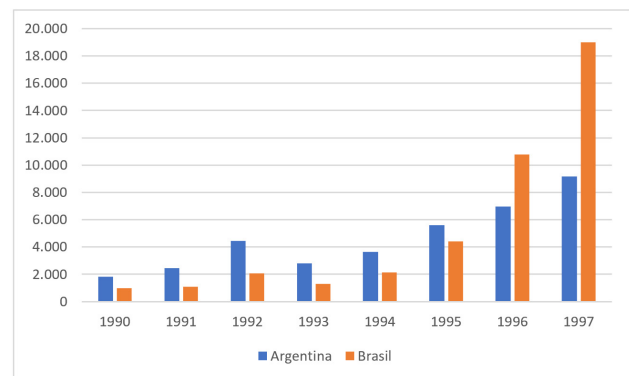
4 A racionalidade brasileira: novas razões?

Ao seguir as fórmulas repetidas em inúmeros TBIs que moldaram o direito dos investimentos, os acordos firmados pelo Brasil nos anos noventa reforçam um aparente mimetismo da época. Embora não tenham obtido vigência como em diversas outras partes do mundo em desenvolvimento, a iniciativa diplomática de subscrever os APPRIs demonstra o receio de um eventual desvio de investimento por falta de garantias e proteções ao empreendedor estrangeiro. Por outro lado, a frustração do processo de ratificação mostra que a percepção brasileira foi se distanciando do ímpeto inicial dos compromissos firmados. A relativa demora dos trâmites necessários à internalização de acordos internacionais no Brasil, muitas vezes provocada pelo próprio Poder Executivo²⁶, combinada com os resultados

positivo do influxo de investimento estrangeiro na economia em comparação com seus competidores diretos, contribuíram para o arrefecimento dos ânimos. Conforme os registros do Congresso Nacional, dos quatorze acordos firmados, somente seis foram enviados para o escrutínio legislativo²⁷.

Os gráficos abaixo mostram os níveis de entrada de IED tanto no Brasil quanto na Argentina conforme dados do *World Investment Report*²⁸. Nota-se que entre 1990 e 1995, a Argentina recebia mais investimentos do que o Brasil, mesmo tendo um PIB mais reduzido. Contudo, nos anos que se seguem as posições, em termos absolutos, se alternam, consolidando-se a liderança brasileira de maneira muito nítida a partir de 2001²⁹. Embora muitos elementos possam ser apontados como fatores de influência no resultado, como o próprio tamanho das economias, a percepção do formulador de políticas de atração de investimento tende a desconsiderar a via dos tratados de proteção ao capital externo como elemento essencial no conjunto de medidas. Afinal, mesmo na ausência do mecanismo, o desempenho brasileiro mostrou-se notoriamente superior ao argentino.

Gráfico 1 – Entrada de IED (em milhões de dólares)



Fonte: (UNCTAD, 2018)

<<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34579>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

²⁷ Azevedo, D. B. de. Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

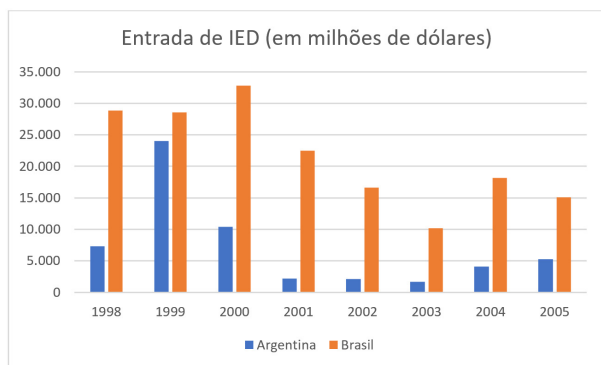
²⁸ UNCTAD. World Investment Report. [2018]. Disponível em: <https://unctad.org/Sections/dite_dir/docs/WIR2018/WIR18_tab01.xlsx>. Acesso em: 13 jan. 2019.

²⁹ Não à toa este é o ano do apogeu da crise do sistema cambial paritário que garantia aos investidores estrangeiros receita em dólares pelos serviços públicos concedidos em um amplo programa de privatização.

²⁵ Bolívia, Equador e Venezuela anunciaram medidas para desvinculação do ICSID a partir de 2007, deixando de integrar a Convenção de Washington. SUBEDI, S. P. International Investment Law: Reconciling Policy and Principle. [s.l.]: Bloomsbury Publishing, 2016.

²⁶ Camino, M. E. M. B.; Menck, J. T. M. Tempo de tramitação dos atos internacionais: poder executivo e Congresso Nacional (1988-2017). Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em:

Gráfico 2 – Entrada de IED (em milhões de dólares)



Fonte: (UNCTAD, 2018)

Não é de se estranhar a interrupção do processamento dos APPRIs, pois o compasso de espera típico da tradição brasileira na internalização de tratados ajudou a revelar uma fundada dúvida a respeito da dimensão do benefício derivado dos compromissos a serem assumidos. A combinação de padrões abertos de tratamento com a cláusula arbitral genérica propiciou um cenário de baixa previsibilidade inicial em relação aos custos de eventuais condenações.

Esse cenário de dúvida, passou a se tornar mais claro com o surgimento das primeiras disputas e os respectivos laudos arbitrais. O caso argentino expôs evidências mais concretas sobre os potenciais custos. Até 2012 um levantamento da revista *Economist* apurou que a Argentina já havia sido notificada por 43 ações arbitrais iniciadas via ICSID que demandavam um total de 65 bilhões de dólares em compensação. Até aquele momento, contudo, apenas 400 milhões de dólares haviam sido concedidos³⁰. O número não permite uma aferição exata do impacto das arbitragens uma vez que se refere somente àquelas administradas pelo ICSID, sendo que há muitas ainda em processamento e outras que foram encerradas por acordo. De toda sorte, os valores das condenações, mesmo representando uma fração pequena do que é requerido pelos investidores, mostram uma dimensão relevante do compromisso estampado nos TBIs.

Não sendo nítida a força do nexos causal entre tratado e investimento, as notícias sobre a movimentação arbitral geram desconfiança por parte dos participantes do regime. E para os que ainda estão de fora, certamente cria estímulo contrário à adesão, principalmente se os atingidos são seus vizinhos. O exemplo da Argentina, na

qualidade de importadora líquida de capitais, certamente impactou a formação do pensamento brasileiro a respeito das vantagens do compromisso fixado em acordos de investimento. Deflagrados pela insustentabilidade do programa econômico argentino de dolarização, as ações arbitrais que se seguiram a 2001 deixaram uma marca profunda a ser considerada no cálculo diplomático. Ainda na América do Sul, Bolívia, Equador e Venezuela também se submeteram a um intenso teste arbitral, levando-os inclusive a denunciar diversos acordos³¹.

Foi nesse ambiente, cercado de dúvidas a respeito do custo-benefício dos tratados de investimento, que o Brasil começou a ensaiar novamente os passos para integrar o regime ou, pelo menos, começar a dialogar com ele. Dessa vez, contudo, o impulso não vinha por provocação externa, a partir de um desejo de atrair capital de fora das fronteiras nacionais. A crescente presença de empresas brasileiras no exterior, principalmente no continente africano e latino-americano, vinha sendo o motor de propulsão da diplomacia brasileira nesta área. O caderno de propostas aos então presidenciais apresentada pela Confederação Nacional da Indústria em 2014, em que previa a assinatura de acordos de investimento, representava uma pequena amostra do interesse do setor privado em criar instrumentos de proteção ao investidor brasileiro no exterior³².

Assim, a partir de 2015, os frutos de uma nova estratégia baseada nos ACFIs vieram à tona com a assinatura de diversos tratados com países onde a presença brasileira se confirmava. Embora o modelo de governança e prevenção de disputas e as cláusulas de responsabilidade social chamassem a atenção da doutrina, o novo texto também atraía interesse pela abordagem omissiva em relação às cláusulas tradicionais, especialmente face à arbitragem de investimento.

Na posição de investidor líquido, considerando os países com os quais foram assinados os acordos, a rota natural seria uma diplomacia pró-ISDS. Contudo, o Brasil abraçava apenas a proteção diplomática. Diante desse dado, quais seriam as razões que justificariam esse comportamento? Sob o enfoque do investidor brasileiro no exterior, apontam-se duas vias para responder o

³⁰ Come and Get Me. *The Economist*. 18 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.economist.com/the-americas/2012/02/18/come-and-get-me>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

³¹ Lopez, O. Smart Move: Argentina to Leave the ICSID. *Cornell International Law Journal Online*, [s.i.], v. 1, p. 121–127, 2013.

³² Confederação Nacional da Indústria. Investimentos brasileiros no exterior: a importância e as ações para a remoção de obstáculos: Propostas da indústria eleições 2014. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2014, p. 69.

questionamento: (i) a força do capitalismo de Estado; e (ii) a mecânica de *treaty shopping*, que dispensaria um comprometimento com a cláusula investidor-Estado.

4.1 O capitalismo de estado demanda o controle da arbitragem

A escalada dos BITs foi marcada, além de outros elementos, pela flexibilização de acesso à arbitragem internacional pelos diretamente prejudicados, ou seja, os investidores sediados no estrangeiro. O mecanismo evitaria o constrangimento político derivado da proteção diplomática, além de poupar recursos da burocracia estatal. Esse movimento de separação entre o interesse do Estado de origem do capital e o interesse do agente econômico privado demonstra uma característica interessante da diplomacia econômica dos países desenvolvidos: a pretensão de conferir autonomia aos investidores para que buscassem a resolução dos problemas associados a risco político.

Ao contrário, no caso dos ACFIs, a política brasileira retém no Estado toda a responsabilidade pelo encaminhamento da controvérsia mesmo nos estágios em que o conflito pode ser prevenido. Além de admitir apenas a arbitragem Estado-Estado, todo o arcabouço voltado para impedir a evolução de uma fricção entre Estado e investidor tem como base o funcionamento de organismos de natureza governamental. Os comitês conjuntos, formados por entidades estatais de ambas as partes do mesmo ACFI, assim como os pontos focais, que servem de primeiro contato do investidor após uma eventual insatisfação com uma medida regulatória³³, expressam a posição brasileira em preservar a capacidade do Estado de controlar as estruturas de mitigação das disputas.

Diante desse contraste do ACFI com os demais BITs, pode-se perguntar os motivos que conduziram a política externa brasileira a tolher a autonomia das corporações brasileiras com presença no exterior. Apenas o argumento de que o Brasil adota uma postura coerente com a rejeição ao sistema posto nos anos noventa, não parece ser suficiente para justificar essa posição, ainda mais porque foi movida pelo interesse das empresas privadas, como se está a afirmar ao longo desse trabalho.

³³ Thorstensen, V.; Mesquita, A. L.; Gabriel, V. D. R. A Regulação Internacional do Investimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018, p. 73.

Propõe-se, nesse momento, um fator de influência adicional nessa decisão, qual seja o entrelaçamento da maior parte das transnacionais brasileiras com mecanismos de controle, direto ou indireto, do Estado. Não se está, sobre esse elemento, fazendo-se um juízo de valor de sua pertinência, mas apenas se identificando sua existência. A opção pela cláusula Estado-Estado reflete uma percepção de que o regime prevalecente da arbitragem de investimentos conduz a uma proteção excessiva em relação à necessidade brasileira. Configurar-se-ia um instrumento de atribuição de autonomia ao agente econômico no qual seria mais conveniente a manutenção da dependência.

Na mesma linha de raciocínio, quando as entidades investidoras têm uma parcela de participação do Estado, seja via controle acionário ou via financiamentos subsidiados, demanda-se menos da proteção tradicional dos BITs. Em vista do suporte oficial, o investidor se torna mais tolerante ao risco, especialmente porque tem maior acesso aos mecanismos diplomáticos de resolução de disputas. Na relação entre Estados, diversos argumentos podem ser utilizados, inclusive extrajurídicos e não diretamente relacionados com a controvérsia específica. Sob certa perspectiva, essa opção pode ser mais atraente porque amplia as vias de tratamento da contenda antes de se recorrer à arbitragem internacional. Obviamente, essa assertiva não é verdadeira para aqueles agentes econômicos que não tenham laços privilegiados com a organização estatal de sua sede³⁴.

No caso brasileiro, o princípio do século XXI se tornou um marco para a internacionalização das empresas brasileiras. Dados de 2009 revelam que mais de mil delas já tinham presença relevante no exterior, destacando-se empresas do setor de carnes, construção civil, siderúrgicas, petróleo, entre outras³⁵. Embora não seja um traço característico de todas, sobressai a importância do Estado no processo decisório dessas organizações, muitas vezes servindo o apoio oficial como catapulta para a transposição das barreiras geográficas nacionais. A influência estatal difere de empresa para empresa nesses setores, em sua forma (ex. controle, participação, financiamento etc.), mas evidencia uma relação próxima entre o governo e iniciativa privada.

³⁴ Jandhyala, S.; J Weiner, R. Institutions sans frontières: International agreements and foreign investment. *Journal of International Business Studies*, [s.i.], v. 45, 2014, p. 12.

³⁵ Bugiato, C.; Berringer, T. Um debate sobre o Estado logístico, subimperialismo e imperialismo brasileiro. *Em Debate*, [s.i.], n. 7, 2012, p. 29.

De modo mais comum, a atuação do Estado se desenvolve por meio do controle direto, sendo o único proprietário ou acionista majoritário, como é o caso da Petrobrás. Contudo, a presença estatal nas companhias pode se verificar por outros meios. À época da privatização de empresas como Vale e Embraer, o uso de financiamentos públicos combinados com a emissão de *golden shares* ilustra alguns dos artifícios à disposição do Estado para seguir participando nas decisões estratégicas das companhias.

Nesse sentido, o emprego do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para apoiar as aquisições na desestatização de empresas dos setores de energia e telecomunicações é mais um elemento a ser destacado³⁶. Do mesmo modo que foi essencial para as privatizações dos governos de Franco e Cardoso, o BNDES desempenhou papel fundamental para a internacionalização de empresas. Em uma linha de ação, o banco se serviu significativamente de sua subsidiária de participações, a BNDESPar, para injetar capital em diversas companhias de modo auxiliar a sua inserção no exterior por meio de exportações e implantação de filiais. O investimento estatal, ainda que minoritário, perpassava inúmeros setores tais como agropecuária, energia elétrica, telecomunicações, mineração, bancos, papel, petroquímica, siderurgia, transportes e aviação³⁷. De modo geral, pode se afirmar que o Estado brasileiro, por meio de seu banco de desenvolvimento, tem se mantido ativo na posição de acionista minoritário, o que revela o interesse de exercer influência em

decisões que demandem a negociação em assembleia de acionistas. Verifica-se, assim, relação íntima entre Estado e empresários como marca de diversos momentos da história brasileira³⁸.

A simples posição minoritária no capital, contudo, é insuficiente para demonstrar uma evidência de exercício de controle que terminaria por justificar a cláusula Estado-Estado em detrimento da alternativa preponderante na arbitragem de investimentos. A combinação com outros elementos como os acordos de acionistas, principalmente quando envolvem fundos de pensão de empresas estatais, e as já comentadas *golden shares* permitem um entrelaçamento de vínculos, o que permite um tratamento favorecido na esfera estatal. Para se dar um exemplo dessa dinâmica, a Vale não restou totalmente divorciada da influência governamental depois de concluído o processo de privatização³⁹.

No campo do financiamento especificamente voltado para a internacionalização, destaca-se o caso da JBS-Friboi, grupo que se firmou como um dos principais do mundo a partir de 2007, embora, mais adiante, tenha vindo à tona seu envolvimento com operações ilícitas⁴⁰.

De forma mais indireta, o BNDES também se utilizava de instrumento de financiamento na modalidade pós-embarque para dar apoio a obras de engenharia no exterior, englobando principalmente energia e infraestrutura. Trata-se de outra ferramenta em que empresas brasileiras se apoiam para se posicionarem como investidores es-

³⁶ Lazzarini, S. Capitalismo de Laços. São Paulo: BEI Editora, 2018, p. 30.

³⁷ Já em 2010 a BNDESPar tinha participação em empresas com relevante atuação no mercado internacional. Alguns exemplos compreendem América Latina Logística (12,21%), JBS Friboi (17,32%), Klabin (20,25%), Brasil Foods (2,55%), Marfrig (13,89%), Braskem (5,55%), Petrobras (7,66%), CSN (2,10%), Embraer (5,37%), Vale (5,34%) e Fibria (30,42%), entre outras (VALDEZ, 2011, p. 71). Conforme o último relatório de setembro de 2018 da própria BNDESPar (BNDES, [2019a]), essas participações haviam se alterado para JBS (21,32%), Klabin (5,2%), Marfrig (33,74%), Petrobrás (15,24%), CSN (0,63%), Embraer (5,37%), Vale (7,35%), Fibria (29,08%). Percebe-se que não constam mais do portfólio ações da América Latina Logística, Brasil Foods e da Braskem, embora nesse último caso o capital votante seja dividido entre Odebrecht e Petrobrás. BRASKEM. Estrutura societária. Disponível em: < <http://www.braskem-ri.com.br/estrutura-societaria>>. Acesso em: 29 abr. 2019. Em alguns casos, a participação aumentou (JBS, Marfrig, Petrobras e Vale), diminuindo em outros (CSN e Fibria) e mantendo-se no patamar do caso da Embraer. Destaca-se, por fim, que a empresa do ramo logístico da Odebrecht figura no último relatório, sendo 10,61% do seu capital votante pertencente à BNDESPar.

³⁸ Campos, P. H. P. “Estranhas catedrais”: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. Niterói: UFF, 2014.

³⁹ De início, a medida garantiu à União a retenção de ações preferenciais com poderes de veto em temas estratégicos, com especial destaque para o encerramento ou alienação de operações relacionadas à exploração do minério de ferro. VALE. Investidores. Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/pt/investors/company/shareholding-structure/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 29 abr. 2019. Em outra esfera, pode se dizer que a estrutura de governança criada à época, com a participação do BNDESPar e da Previ, fundo de pensão dos empregados do Banco do Brasil, admitiu a manutenção do controle estatal, ainda que pela via indireta. Lazzarini, S. Capitalismo de Laços. São Paulo: BEI Editora, 2018, p. 25.

⁴⁰ Em meados de 2007, por meio de um aporte providenciado pelo BNDES, a empresa deixou de ser desconhecida do mercado ao adquirir o controle da Swift & Co, tornando-se a maior processadora de carnes do mundo. Fomentada pela política de “campeãs nacionais”, o apetite por aquisições se repetiu em 2009 quando assumiu o controle da Pilgrim’s Pride. Com um aporte de 4 bilhões de dólares, o BNDES havia se tornado o maior acionista minoritário de ambas as empresas cujo controle fora assumido pela JBS-Friboi. Musacchio, A.; Lazzarini, S. G.; Serra, A. C. D. C. Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. [s.i.]: Portfolio-Penguin, 2015.

trangeiros principalmente na África e na América Latina. Entre as diversas empreiteiras brasileiras favorecidas por esse apoio, destaca-se a Odebrecht que foi beneficiária do instrumento em mais de quatrocentas operações contratadas junto ao banco entre 2003 e 2015⁴¹.

Sob o ponto de vista das definições básicas encontrada nos tratados, inclusive nos ACFIs, os contratos firmados entre o BNDES e os países destinatários, por si só, não poderiam ensejar uma disputa arbitral. Certamente há mecanismos próprios para o tratamento da inadimplência, mas ainda assim as firmas de engenharia apoiadas não têm seus projetos integralmente financiados pelo banco público. Na parte em que empreiteiras utilizam recursos próprios, contudo, percebe-se a utilidade da arbitragem de investimentos.

Porém, havendo evidência clara da participação do Estado brasileiro nesse processo, não se deveria estranhar a opção por prestigiar a proteção diplomática ao invés da arbitragem direta. Ao se envolver com o projeto de internacionalização das empresas sediadas em seu território, o Estado brasileiro encontra uma justificativa para repelir a cláusula investidor-Estado em seus novos acordos de investimento. Seria incoerente conferir autonomia aos conglomerados brasileiros para iniciar arbitragem contra os Estados financiados pelo seu próprio banco de desenvolvimento.

Ao permitir a via direta da arbitragem, tal como encontrada nos demais TBIs, os ACFIs ensejariam uma potencial perda de controle do governo no que diz respeito à diplomacia econômica, muitas vezes utilizada para direcionar o investimento brasileiro no exterior.

⁴¹ De acordo com os dados disponíveis no sítio eletrônico do BNDES (BNDES. Composição da carteira de renda variável. [2019b]. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/consulta-operacoes-bndes/renda-variavel/composicao-carreira-renda-variavel>>. Acesso em: 29 abr. 2019.), esses contratos se referiam ao valor total de 8,6 bilhões de dólares, destacando-se Angola e Argentina como beneficiárias. O país africano havia sido destinatário dos recursos relativos a 43 operações cuja soma alcançava 3,14 bilhões de dólares. Por outro lado, 270 operações se destinavam ao vizinho sul-americano, reportando-se o montante de 1,8 bilhão de dólares. Vale ressaltar que todos os dados se referem unicamente às operações de financiamento pós-embarque em que a Odebrecht se colocava na posição de exportadora. No escopo total dessa modalidade, que permitiu também a internacionalização de outras empreiteiras brasileiras, o BNDES desembolsou recursos para operações calcadas em mais de quatorze bilhões de dólares (BNDES, 2018). Mais uma vez, indica-se que várias dessas operações foram ou são objetos de investigações no Brasil e no exterior, não sendo entretanto, objeto desse artigo, aprofundar esse ponto em específico.

4.2 A questão do *treaty shopping*

A demanda dos investidores brasileiros por acordos de proteção, conforme externado em diversas instâncias tais como na carta aos presidentes formulada pela CNI nas eleições de 2014, pode não ter encontrado resposta. A admissão exclusiva da proteção diplomática parece servir como barreira quase intransponível para que as devidas ações arbitrais sejam regularmente instauradas. Por outro lado, as relações próximas entre o governo e uma porção relevante dos investidores brasileiros tende a diminuir o nível de dificuldade de acesso ao remédio jurídico. Infelizmente, sem nenhum evento de expropriação elegível ao teste até o momento, não é possível aferir a utilidade jurisdicional da cláusula Estado-Estado conforme previsão dos ACFIs. Conforme explicitado na seção anterior, a disposição serve menos como instrumento de proteção de investimentos e mais como uma ferramenta de dirigismo estatal.

Por esse prisma, os ACFIs suprimem a liberdade das “campeãs nacionais” em litigar, o que não parece ter sido ponto de conflito para a redação das propostas originais pelo governo brasileiro. Mas será realmente que os investidores brasileiros abriram mão do acesso direto à arbitragem de investimentos? E se esse remédio já não estiver à disposição por meio da extensa rede de TBIs firmados entre diferentes países? Mesmo não tendo acordos vigentes com a cláusula investidor-Estado, poderia um investidor originalmente estabelecido no Brasil se servir desse meio de composição de conflitos por meio de reestruturação societária? Em outras palavras, as incontáveis interações, das quais o Brasil não faz parte, já não garantem o acesso privilegiado por meio do *treaty shopping*?

Em um primeiro momento, essa hipótese parece se confirmar tendo em vista a flexibilidade conferida pela maioria dos tratados de investimento. O ritmo frenético em que foram assinados na década de noventa não permitiram uma postura de reflexão sobre o alcance dos efeitos jurídicos. De modo comum, a definição jurisdicional *ratione personae* fundou-se em critérios não estritos de nacionalidade, muitas vezes se reportando ao mero registro da companhia no território de uma das partes. Alguns tratados, contudo, contêm cláusulas que excluem a aplicação de benefícios (*denial of benefits clause*) como no caso do artigo 1113 do Nafta⁴². Trata-se de

⁴² Bjorklund, A. K. The Emerging Civilization of Investment Ar-

provisão destinada a afastar estruturas jurídicas montadas sem nenhum vínculo com a economia local (*sham corporation*) com o propósito de obter vantagens derivadas de um acordo internacional. Na ausência de uma previsão explícita, contudo, raramente os Estados anfitriões conseguem restringir os benefícios de um TBI⁴³. De outro modo, também há precedente no sentido contrário quando analisado o art. 25(2)(b) da Convenção de Washington que determina a verificação da procedência estrangeira do investimento para fins de fixação da competência dos tribunais arbitrais administrados pelo ICSID.

De acordo com a estrutura lógica de cada TBI, as obrigações derivadas do tratado aplicam-se somente a “investimentos” dos “investidores” conforme definições explicitadas no bojo dos acordos. Assim, uma das questões jurídicas prementes orbita em torno da identidade nacional do investidor. Sob um aspecto estritamente formal, o lugar de registro dos atos constitutivos revela-se como o critério de mais fácil determinação da nacionalidade de uma pessoa jurídica e, por isso, muito utilizado na grande onda de celebração dos TBIs. E da mesma maneira que se mostra como um indicador objetivo, a facilidade de sua obtenção oportuniza um menu de jurisdições à disposição das corporações transnacionais. No caso *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, o tribunal expressou preocupação com o usufruto de vantagens do acordo entre Holanda e República Tcheca por uma pessoa jurídica desconectada da economia daquele país, embora estivesse regularmente estabelecida de acordo com suas leis. Ao mesmo tempo em que o tribunal manifestou temor em relação aos abusos relacionados a essa prática, atestou que sua decisão deveria se guiar pelos termos acordados pelas partes no quesito da jurisdição *ratione personae*. Portanto, não seria cabível

a formulação de critérios adicionais para definição da nacionalidade do investidor⁴⁴.

A mesma questão reapareceu em diversas outras disputas, sedimentando o entendimento de que não era possível ao órgão adjudicatório trespassar a fronteira estipulada pelas partes nos tratados. Somente com a presença de uma cláusula que autorizasse explicitamente seria possível o exame substantivo da relação da pessoa jurídica demandante com a economia do país signatário do tratado⁴⁵. Por esse prisma, o combate ao *treaty shopping* no âmbito do direito dos investimentos tende a se limitar ao texto puro dos acordos, embora haja doutrina que autorize avaliação objetiva da ocorrência de abuso procedimental. Conforme essa corrente, admite-se a flexibilização do entendimento formalista se for detectado que a demandante teve sua personalidade constituída em momento posterior à eclosão da disputa⁴⁶, o que demonstraria de modo claro a conduta abusiva. Mesmo não sendo uma hipótese de recusa de jurisdição, essa abordagem encontra-se reconhecida em pelo menos um precedente⁴⁷.

Em vista da aceção formalista quanto ao critério de nacionalidade, pode se afirmar que os precedentes arbitrais têm demonstrado tolerância à prática de *treaty shopping*, principalmente se a reestruturação corporativa se efetiva antes das medidas que desembocam em um conflito de investimento. Sob esse aspecto, não há precedentes que envolvam corporações brasileiras em busca de proteção de TBIs firmados por outros países.

Porém, o episódio da desapropriação de ativos da Petrobrás pela Bolívia em 2006⁴⁸ revelou indícios de um planejamento societário nesse sentido. No ápice da crise diplomática que se deflagrou, as declarações do presidente da empresa estatal à época não esconderam que

bitration. *Penn State Law Review*, [s.i.], v. 113, n. 4, 2009, p. 1278.

⁴³ Um sintoma dessa realidade se reflete na relutância dos tribunais arbitrais em aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica com vistas a afastar sua jurisdição com base em um exame mais aprofundado da nacionalidade. Em um caso paradigmático, os árbitros, por maioria, aduziram não ser relevante para a determinação de competência do tribunal o fato da companhia litigante ser quase integralmente controlada pelos nacionais do próprio país anfitrião do investimento. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID ARB/02/18, *Award on Jurisdiction* (29/04/2004), para 36. De outro modo, também há precedente no sentido contrário quando analisado o art. 25(2)(b) da Convenção de Washington que determina a verificação da procedência estrangeira do investimento para fins de fixação da competência dos tribunais arbitrais administrados pelo ICSID. *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID ARB/05/5, *Award* (19/12/2018), paras. 147-62.

⁴⁴ *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, PCA, *Partial Award* (17/03/2016), paras. 240-41.

⁴⁵ Chaisse, J. The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration. *Hastings Business Law Journal*, [s.i.], v. 11, 2015, p. 242.

⁴⁶ Demirkol, B. J. Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law. *Netherlands International Law Review*, Dordrecht, [s.i.], v. 64, n. 3, 2017, p. 538.

⁴⁷ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID ARB/09/12 (01/06/2012), *Decision on Jurisdictional Objections*, para. 2.47.

⁴⁸ Lima, P. C. R. Alterações na Política de Petróleo e Gás da Bolívia e seus Impactos sobre o Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006, p. 11. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema16/H-Coord_Legislativa-Setex-Internet-2006_4879.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

uma das opções para pressionar o governo de Evo Morales era justamente o uso do acordo entre Holanda e Bolívia⁴⁹. Diante da importância dos investimentos brasileiros no gás natural boliviano, o próprio Presidente da República à época declarou que a “Petrobrás quer um preço justo pelas refinarias” e que, não sendo pago, “temos que ir à Justiça Internacional para reaver os direitos da empresa”⁵⁰.

Do ponto de vista formal, a subsidiária boliviana da Petrobrás era controlada por outra subsidiária do grupo constituída de acordo com as leis holandesas. Caso ambos os governos não tivessem entrado em um acordo sobre a precificação dos ativos expropriados, estaria aberta a via para uma arbitragem da estatal brasileira, por seu braço holandês, contra a Bolívia⁵¹.

Apesar de ter sido denunciado, o acordo ainda surtia efeitos no momento da controvérsia. E de fato, seu texto não apresentava nenhum obstáculo explícito à jurisdição arbitral como se pode perceber a seguir.

As definições trazidas para delimitar a cobertura da proteção são bastante amplas e genéricas. Os investimentos cobertos, por exemplo, “compreendem qualquer tipo de ativo”⁵², sendo especialmente lembrados os “direitos concedidos no âmbito do direito público, incluindo direitos de prospectar, explorar, extrair e comercializar recursos naturais”⁵³. Constata-se que o trata-

do respaldava perfeitamente os direitos de exploração e comercialização de gás natural da Petrobrás, não havendo discussão sobre jurisdição *ratione materiae*. Do mesmo modo, o tratado adota o recorrente critério do lugar dos atos constitutivos, sem nenhuma barreira manifesta para sua aplicação, o que torna bastante propícia a prática do *treaty shopping*. Pela redação encontrada no artigo 1(b)(ii) e 1(b)(iii) tanto a subsidiária holandesa como a boliviana controlada pela holandesa preencheriam os requisitos formais para início de uma arbitragem de investimentos. Mesmo se adotando o critério temporal proposto por Baumgartner para determinação da abusividade, poderia não ser possível frear o ímpeto jurisdicional. A estrutura corporativa internacional da Petrobrás já se encontrava regularmente formalizada quando a decisão de expropriação foi tomada pelo governo boliviano, afastando qualquer indício de má-fé no estabelecimento das subsidiárias estrangeiras.

O episódio que se desenrolou a partir do decreto boliviano em 2006 não redundou em uma demonstração efetiva da ferramenta do *treaty shopping* a favor das transnacionais brasileiras. A disputa nunca evoluiu para o teste da arbitragem. Desse modo, não há precedentes que tenham analisado a legitimidade de subsidiárias de empresas brasileiras que tenham sido fixadas em países signatários de acordos com cláusula investidor-Estado, mas apenas o exercício doutrinário aqui empreendido.

De qualquer maneira, os dados sobre investimento brasileiro no exterior revelam o uso expressivo de sedes intermediárias para viabilizar uma estratégia de dissipação do risco político. Conforme dados de 2017, o estoque de investimento brasileiro no exterior havia alcançado 387 bilhões de dólares⁵⁴. Uma parte relevante desses recursos, pessoas naturais e jurídicas, concentra-se em algumas ilhas do Caribe (Ilhas Cayman, Ilhas Virgens Britânicas e Bahamas), reconhecidos paraísos fiscais. Segundo o próprio Banco Central, esses investidores têm um perfil mais voltado para a diversificação do portfólio por meio de atuação no mercado de serviços financeiros, dispensando-se o acesso à ferramenta do *treaty shopping*. Nesses casos, a intenção se distancia do acesso aos TBIs justamente porque essa categoria de país dificilmente tem tratados de viés econômico em vigor.

⁵⁴ Banco Central do Brasil. Relatório de Investimento Direto. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018, p. 28. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioidp/RelatorioID2017/RelatorioID2017.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

⁴⁹ Figueiredo, Talita; Torres, Sérgio. Petrobras ameaça recorrer ao Bird contra Morales. Folha de São Paulo, São Paulo, 15 set. 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/f1509200605.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

⁵⁰ Notícia fornecida pela redação do G1 com informações da Agência Estado. Globo.com. Lula: Petrobras quer preço justo ou irá à Justiça contra a Bolívia. G1, [s.i.], 08 mai. 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,MUL33205-9356,00-LULA+PETROBRAS+QUER+PRECO+JUSTO+OU+IRA+A+JUSTICA+CONTRA+A+BOLIVIA.html>. Acesso em: 29 abr. 2019.

⁵¹ A Bolívia decidiu denunciar os 21 TBIs ratificados no passado. Contudo, como os acordos tinham data de expiração combinado com cláusulas de eficácia postergada (sunset clauses), muitos ainda podem ter repercussão jurídica para investimentos anteriormente realizados. No caso da Holanda, por exemplo, a proteção conferida pelo tratado ainda se estende até 2024. López, A. O. Bolivia denounces its Bilateral Investment Treaties and attempts to put an end to the Power of Corporations to sue the country in International Tribunals. Justinvest.org, 2014. Disponível em: <<http://justinvest.org/wp-content/uploads/2014/07/Bolivia-denounces-its-Bilateral-Investment-Treaties-and-attempts-to-put-an-end-to-the-Power-of-Corporations-to-sue-the-country-in-International-Tribunals1.pdf>>.

⁵² No original em inglês: “shall comprise every kind of asset”.

⁵³ No original em inglês: “rights granted under public law, including rights to prospect, explore, extract and exploit natural resources”.

De outra parte, contudo, uma porção igualmente importante do investimento brasileiro assume a forma de veículo para constituição de *holdings*. A partir delas viabiliza-se o controle indireto de outras empresas nos mesmos moldes observados entre a subsidiária da Petrobrás na Holanda e sua filial na Bolívia. Não sem muita surpresa, os dados apurados a partir do censo de capitais brasileiros no exterior relativo a 2017 demonstram que a Holanda era o destino imediato de 54,7 bilhões de dólares, representando 14,1% dos aportes nacionais em território estrangeiro. Também significantes se apresentam os dados relativos à Áustria, receptora de primeiro nível de 41,2 bilhões de dólares, ou seja, 10,7% do total. Devido a inclusão de questões sobre a cadeia de investimentos no censo conduzido pelo Banco Central do Brasil, pode-se inferir, ainda que por meio de declarações voluntárias, a proporção de capital que permanece no destino imediato e a que termina por se direcionar a outros mercados. Na avaliação feita por aquele órgão se deduziu uma realocação bastante elevada dos capitais primariamente remetidos para a Áustria, sendo a maior parte veiculada para outras economias em um segundo nível de investimento. Em menor intensidade, o mesmo fenômeno se verifica com a Holanda, embora o investimento redirecionado fosse bastante vultoso (mais de 10 bilhões de dólares)⁵⁵.

Considerando as informações extraídas a partir do censo realizado pelo Banco Central, pode-se concluir que uma fração considerável dos investimentos brasileiros utiliza a Holanda e a Áustria como plataformas intermediárias. Do ponto de vista da proteção contra o risco político, ambos os destinos oferecem uma extensa rede de acordos com redação bastante genérica, o que favorece a aplicação de padrões abertos de tratamento pró-investidor, inclusive no que toca ao *treaty shopping*.

No caso da Holanda, observa-se que o país ratificou 107 TBIs dentre os quais 90 seguem em vigor⁵⁶. Se se considerar apenas os países com quem o Brasil assinou os ACFIs a partir de 2015, o repertório holandês cobre Argentina, Etiópia, Maláui, México, Moçambique, Paraguai, Peru, Suriname e Uruguai⁵⁷. Em relação à Áustria, a rede de TBIs vigentes abrange 58 países⁵⁸, incluindo

Argentina, Chile, Etiópia, México e Paraguai⁵⁹. Entre os países com ACFIs, estão fora dessa cobertura Angola, Colômbia e Guiana⁶⁰.

Nessa intersecção de acordos, foi possível obter junto ao sítio eletrônico da Unctad todas as versões em língua inglesa ou espanhola, com exceção dos tratados assinados entre Áustria e Argentina e entre Holanda e Uruguai que se encontram disponibilizados apenas nas versões em língua alemã e holandesa respectivamente. Ao se examinar os textos em inglês ou espanhol percebe-se que uma parte relevante não contém travas explícitas contra a prática do *treaty shopping*.

No caso holandês, aparece clara a uniformidade do texto entre os diferentes acordos, sendo quase todos extremamente similares ao TBI referenciado acima no caso da desapropriação das refinarias da Petrobrás na Bolívia. Apenas os acordos firmados com Argentina e México apresentam redação tendente a mitigar a triangulação de benefícios. No primeiro caso, o artigo 1(b) (ii) estabelece um duplo critério em que não basta mais o lugar de constituição. Além de se organizar pelas leis de um dos países signatários, a pessoa jurídica deve demonstrar também que realiza atividade econômica de modo constante em um dos territórios abrangidos pelo acordo no qual deve se localizar a gerência efetiva dos negócios⁶¹.

Em relação ao México, a técnica adotada foi a adição de um protocolo em que se intenta delimitar a extensão semântica do termo “controle”, fazendo-se uma reserva expressa contra aquelas pessoas jurídicas que fossem controladas a partir de terceiros países estranhos ao TBI.

Em relação ao conjunto de acordos firmados pela Áustria, não foram constatadas cláusulas que restringissem o *treaty shopping* com o Paraguai e o México. Como o primeiro país também firmou um TBI flexível com a Holanda, o investidor brasileiro pode escolher entre a nacionalidade austríaca ou holandesa para obter proteção arbitral direta contra atos do governo paraguaio. De modo diferente, a mesma segurança somente pode ser obtida por meio de uma sede austríaca para resguardar o investidor em território mexicano, o que demonstra uma complementaridade entre as duas vias mais procu-

⁵⁵ Ibid. p. 39.

⁵⁶ UNCTAD. Investment Policy Hub. [2019]. Disponível em: <<https://investmentpolicyhubold.unctad.org/>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ “(b) the term “investor” shall comprise with regard to either Contracting Party: [...]”

radas pelo capital brasileiro. Em outro diapasão, há dificuldades para o acesso à cláusula investidor-Estado no Chile e na Etiópia. Enquanto no destino sul-americano observa-se um critério duplo jurisdicional, qual seja o lugar de constituição e a coincidência da sede da pessoa jurídica com atividades econômicas efetivas⁶², a arbitragem contra o governo etíope encontra-se dificultado por uma cláusula de exclusão de benefícios prevista no artigo 10⁶³. Ainda que utilizando técnicas distintas, ambas as restrições fazem referência à necessidade de uma existência factual da pessoa jurídica por meio de atividades efetivas ou substanciais.

Sob certo aspecto, as limitações ao *treaty shopping* encontradas nos TBIs firmados pela Áustria assemelham-se com o teste apresentado no acordo entre Argentina e Holanda que demanda “atividade constante” e “gerência efetiva”. Assim como os padrões substantivos de “tratamento justo e equitativo” e “proteção plena e segurança” frequentemente utilizados nos tratados de investimento, essas cláusulas compreendem uma estratégia aberta em que se confere margem de discricionariedade ao julgador para mensurar o nível adequado de constância, efetividade ou substancialidade da atividade empreendida pela pessoa jurídica. Em outras palavras, as soluções impõem obstáculos à triangulação dos benefícios, mas não afastam irremediavelmente a prática. No caso do TBI entre Holanda e México, a barreira contra pessoas jurídicas controladas a partir de terceiros países aparenta ser uma cláusula mais efetiva no sentido de impedir a extensão de vantagens a investidores originados de emissores estranhos ao acordo.

De todo o exame sobre a rede oferecida a partir da Holanda e da Áustria, conclui-se que Angola, Colômbia e Guiana parecem estar fora do alcance da arbitragem direta de investimentos considerando os destinos contemplados pelos ACFIs. Certamente tratados assinados

por outros países poderiam ser investigados para determinar se realmente aqueles destinos estariam imunes a uma disputa investidor-Estado a partir da iniciativa de um investidor brasileiro. Entretanto, este artigo se restringe apenas à análise dos intermediários mais relevantes conforme o censo do Banco Central. Por ora, é possível sugerir que Chile, Etiópia, Maláui, México, Moçambique, Paraguai, Peru e Suriname⁶⁴ podem ser acionados na via arbitral por investidores brasileiros pré-estabelecidos sem obstáculos evidentes. Para essa finalidade, basta combinar a mediação disponibilizada pela rede austríaca e holandesa de acordos.

Do breve levantamento, pode-se estipular que as transnacionais de origem brasileira já dispõem de duas opções de países intermediários que abrem as portas para a arbitragem de investimentos para boa parte dos destinos também contemplados pelos ACFIs. E além desses anfitriões muitos outros podem ser alcançados ainda por meio da Holanda e da Áustria, tendo em vista as dezenas de TBIs que ambos têm em vigor ainda hoje. Uma investigação mais profunda, cobrindo todas as combinações possíveis, pode revelar que as transnacionais brasileiras contam, na verdade, com a via arbitral do tipo investidor-Estado na maioria dos destinos de interesse, comumente localizados na América Latina e na África.

Já estando à disposição um vasto arcabouço calcado no *treaty shopping* a sustentar a arbitragem direta de investimentos, qual seria o motor para intervenção junto ao governo brasileiro para introduzir a cláusula investidor-Estado nos ACFIs? Aparentemente a opção do Estado brasileiro em funcionar como uma plataforma de apoio à internacionalização, como já referenciado em outra seção deste artigo, condicionou uma opção pela clássica proteção diplomática. As negociações internacionais encabeçadas pelo Estado brasileiro somadas com o envolvimento financeiro de instituições como o BNDES podem ter influenciado nesse resultado a fim de manter com o governo o controle de eventuais disputas originadas dos sinistros derivados do risco político. E tendo em vista o respaldo da rede internacional de tratados já estabelecida, não haveria motivação para o setor privado brasileiro pressionar politicamente pela mudança de orientação no que tange à cláusula arbitral fixada nos ACFIs.

⁶² “(2) “investor” means the following subjects who have made an investment in the territory of the other Contracting Party in accordance with its laws and regulations and the present Agreement:

(b) any juridical person or partnership, including companies, corporations, business associations and other legally recognized entities, which are constituted or otherwise duly organized under the laws of either Contracting Party and have their seat together with effective economic activities in the territory of that same Contracting Party.”

⁶³ “ARTICLE 10 - Denial of Benefits. A Contracting Party may deny the benefits of this Agreement to an investor of the other Contracting Party and to his investments, if investors of a Non-Contracting Party own or control the first mentioned investor and that investor has no substantial business activity in the territory of the Contracting Party under whose law it is constituted or organised.”

⁶⁴ É possível que a Argentina e o Uruguai também façam parte dessa lista, o que não foi possível em razão dos tratados respectivos terem sido encontrados apenas nas versões em alemão e holandês.

5 Considerações finais

Do ponto de vista dos mecanismos de arbitragem voltados para a proteção dos investimentos, os atuais ACFIs não representam incremento significativo ao regime em voga. A irresignação acadêmica traduzida em expressões pejorativas como “acordos banguelas” mostram uma decepção contra o modelo proposto de modo tão ativo pelo governo brasileiro. A consideração do comportamento da chancelaria brasileira desde os anos noventa, contudo, não é surpresa a manutenção de um comportamento contrário à cláusula investidor-Estado. O Brasil não seguiu suas contrapartes à época do estam-pido e não parece, no momento, incentivos suficientes seguir o rastro deixado pela manada.

A grande corrida pelos acordos de investimentos, que marcou particularmente a última década do século passado, foi resultado de uma mudança de orientação sobre o papel do IED no desenvolvimento econômico. Ao tempo em que governos abraçavam uma ideologia mais liberal, afastando-se de políticas como substituição de importações, a procura pelos TBIs cresceu exponencialmente, resultando em um estoque de milhares de acordos bilaterais. O primeiro grande teste para esses novos instrumentos jurídicos terminou por atingir um dos maiores parceiros comerciais do Brasil, justamente a vizinha Argentina. A crise financeira vivida pelo término da âncora cambial de Cavallo redundou em inúmeros processos arbitrais por meio da cláusula investidor-Estado. Somando-se ainda a relativa frequência com que outros países sul-americanos também são acionados em foros como o ICSID, não deveria se estranhar a atitude brasileira em se manter à margem do regime. Por fim, o fluxo contínuo de investimento estrangeiro direto no Brasil, ocupando regularmente os primeiros lugares entre os destinatários do capital transnacional, contribui para a descrença no TBI como ferramenta essencial de atração.

Se a motivação dos outros não acendeu o interesse brasileiro, o novo esforço dos ACFIs a partir de 2015 somente pode ser explicado a partir de uma visão de investidor líquido no exterior. De fato, a primeira década deste século testemunha um incremento da relevância de diversos empreendimentos de origem nacional no cenário externo. Adotando-se a lógica de países desenvolvidos que praticamente uniformizaram a cláusula investidor-Estado, portanto, estranha-se a opção exclusiva pela proteção diplomática. Ao se trazer à tona o entrelaçamento do capitalista brasileiro com as medi-

das de apoio governamental se percebe, contudo, que o Estado assume um papel de stakeholder, sendo seu interesse influenciar na decisão de iniciar um processo de arbitragem. Dessa relação demarcada por um capitalismo de Estado pode se explicar a exclusão da cláusula investidor-Estado.

Além disso, eventuais pressões do setor privado brasileiro para modificar o modelo adotado pelo governo tendem a ser mitigadas diante do acesso à arbitragem direta por meio do *treaty shopping*. Utilizando a amostra de acordos vigentes entre Áustria e Holanda e o conjunto de países que firmaram ACFIs com o Brasil, evidencia-se uma cobertura superposta que dispensa a intervenção do governamental. Dada a limitação da pesquisa não se pode determinar a existência de um amplo acesso aos tribunais arbitrais, contudo, a amostra analisada sugere que uma parte relevante dos destinos de interesse viabiliza o início do processo pelo próprio investidor. Como demonstrado no artigo, a jurisprudência arbitral combinada com a flexibilidade do texto da maioria dos acordos pode autorizar a prática da triangulação de benefícios, o que leva à diminuição do interesse do investidor brasileiro em pressionar sua diplomacia.

Em resumo, sob a ótica de investidor líquido, os fatores econômicos, políticos e jurídicos que delimitam a conjuntura na qual se situa o capital nacional permitem concluir que é improvável a adoção de uma cláusula investidor-Estado. A relação custo benefício da cláusula investidor-Estado, simplesmente, é negativa. Uma modificação da orientação da política de “campeãs nacionais”, contudo, poderia influenciar na alteração da estratégia nos ACFIs quanto à arbitragem. Também exerceria pressão favorável à cláusula investidor-Estado se as opções de *treaty shopping* fossem restringidas por uma mudança jurisprudencial ou término da vigência dos TBIs com conceitos flexíveis sobre jurisdição *ratione personae*. Deve-se continuar acompanhando o cenário para verificar como eventuais alterações poderão repercutir no modelo brasileiro de acordo de investimentos.

Referências bibliográficas

- AISBETT, E.; BUSSE, M.; NUNNENKAMP, P. Bilateral investment treaties do work; until they don't. **Kiel Working Paper**, [s.i.], n. 2021, p. 25, 2016.
- AZEVEDO, D. B. de. **Os acordos para a promoção**

e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de Investimento Direto**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioidp/RelatorioID2017/RelatorioID2017.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

BERGER, A. et al. Do trade and investment agreements lead to more FDI? Accounting for key provisions inside the black box. **International Economics and Economic Policy**, [s.i.], v. 10, n. 2, p. 247-275, 2013.

BJORKLUND, A. K. The Emerging Civilization of Investment Arbitration. **Penn State Law Review**, [s.i.], v. 113, n. 4, 2009.

BNDES. **Base AEX**. [2018]. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/b8a8b0c7-1b77-44a8-b6f0-e97557fe742e/Base+AEX++10.12.2018+P%C3%B3s-embarque++Servi%C3%A7os+-+internet.xlsx?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_7QGCHA41LORVA0AHO1SIO51085-b8a8b0c7-1b77-44a8-b6f0-e97557fe742e-m7pb-P6>. Acesso em: 25 jan. 2019.

BNDES. **Composição da carteira de renda variável**. [2019b]. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/consulta-operacoes-bndes/renda-variavel/composicao-carreira-renda-variavel>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BNDES. **Consulta Unificada** [Construtora Noberto Odebrecht S.A.]. [2019a]. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Galerias/Convivencia/Consulta_operacoes/consulta_unificada.html?cpfcnpj=15102288000182&nome=&operacao=operacao_pos_embarque>. Acesso em: 25 jan. 2019.

BRASKEM. **Estrutura societária**. Disponível em: <<http://www.braskem-ri.com.br/estrutura-societaria>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BUGIATO, C.; BERRINGER, T. Um debate sobre o Estado logístico, subimperialismo e imperialismo brasileiro. **Em Debate**, [s.i.], n. 7, p. 28–44, 2012.

CAMINO, M. E. M. B.; MENCK, J. T. M. **Tempo de tramitação dos atos internacionais: poder executivo e Congresso Nacional (1988-2017)**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <[\[bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34579\]\(http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34579\)>. Acesso em: 13 jan. 2019.](http://</p></div><div data-bbox=)

CAMPELLO, D.; LEMOS, L. The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation. **Review of International Political Economy**, [s.i.], v. 22, n. 5, p. 1055-1086, 2015.

CAMPOS, P. H. P. **“Estranhas catedrais”**: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. [s.i.]: UFF, 2014.

CHAISSÉ, J. The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration. **Hastings Business Law Journal**, [s.i.], v. 11, p. 225–385, 2015.

CHO, S.; KURTZ, J. **The Limits of Isomorphism: Global Investment Law and the ASEAN Investment Regime**. In: CHAISSÉ, J.; NOTTAGE, L. (Eds.). *International Investment Treaties and Arbitration Across Asia*. [s.i.]: Brill, 2017. p. 341-369.

COME AND GET ME. *The Economist*. 18 fev. 2012. Disponível em: <<https://www.economist.com/the-americas/2012/02/18/come-and-get-me>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Investimentos brasileiros no exterior: a importância e as ações para a remoção de obstáculos: Propostas da indústria eleições 2014**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2014.

COSTA, J. A. F. **Brasil e arbitragem internacional de investimentos: realidade e possibilidades**. In: RIBEIRO, M. R. de S. (Ed.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

COSTA, J. A. F.; GABRIEL, V. D. R. A proteção dos investidores nos Acordos de Cooperação e Favorecimento de Investimentos: perspectivas e limites. **Revista de Arbitragem e Mediação**, [s.i.], v. 49, p. 18, 2016.

DEMIRKOL, B. J. Baumgartner, Treaty Shopping in International Investment Law. **Netherlands International Law Review**, Dordrecht, [s.i.], v. 64, n. 3, p. 537–539, 2017.

DIMAGGIO, PAUL J.; POWELL, W. W. The Iron Cage Revisted: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields. **American Sociological Review**, [s.i.], v. 48, p. 147–160, 1983.

ELKINS, Z.; GUZMAN, A. T.; SIMMONS, B. A.

Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960–2000. **International Organization**, [s.i.], v. 60, p. 36, 2006.

FIGUEIREDO, Talita; TORRES, Sérgio. **Petrobras ameaça recorrer ao Bird contra Morales**. Folha de São Paulo, São Paulo, 15 set. 2016. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/f1509200605.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

FRENKEL, M.; WALTER, B. Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? The Role of International Dispute Settlement Provisions: **WHU Working Paper Series - Economics Group, [WHU - Otto Beisheim School of Management]**, [s.i.], 2017. Disponível em: <<https://ideas.repec.org/p/whu/wpaper/17-08.html>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

GLOBO.COM. Lula: **Petrobras quer preço justo ou irá à Justiça contra a Bolívia**. G1, [s.i.], 08 mai. 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL33205-9356,00-LULA+PETROBRAS+QUER+PRECO+JUSTO+OU+IRA+A+JUSTICA+CONTRA+A+BOLIVIA.html>. Acesso em: 29 abr. 2019.

HALLWARD-DRIEMEIER, M. **Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ? and They Could Bite**. [s.i.]: The World Bank, 2003. Disponível em: <<https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-3121>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

ICSID. **History of ICSID Convention - VOLUME II-1**. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

ITAMARATY. [Base de dados] **Concórdia**. [2019]. Disponível em: <<https://concordia.itamaraty.gov.br/>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

JANDHYALA, S.; J WEINER, R. Institutions sans frontières: International agreements and foreign investment. **Journal of International Business Studies**, [s.i.], v. 45, 2014.

LAUTIER, M.; MOREAU, F. An empirical criticism of the “FDI development” convention. **Revista de Economia Contemporânea**, [s.i.], v. 16, n. 3, p. 393–414, 2012.

LAZZARINI, S. **Capitalismo de Laços**. São Paulo:

BEI Editora, 2018.

LENCUCHA, R. Is It Time to Say Farewell to the ISDS System? **International Journal of Health Policy and Management**, [s.i.], v. 6, n. 5, p. 289–291, 2016.

LIMA, P. C. R. **Alterações na Política de Petróleo e Gás da Bolívia e seus Impactos sobre o Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema16/H-Coord_Legislativa-Setex-Internet-2006_4879.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2018.

LÓPEZ, A. O. **Bolívia denounces its Bilateral Investment Treaties and attempts to put an end to the Power of Corporations to sue the country in International Tribunals**. Justinvestment.org, 2014. Disponível em: <<http://justinvestment.org/wp-content/uploads/2014/07/Bolivia-denounces-its-Bilateral-Investment-Treaties-and-attempts-to-put-an-end-to-the-Power-of-Corporations-to-sue-the-country-in-International-Tribunals1.pdf>>.

LOPEZ, O. Smart Move: Argentina to Leave the IC-SID. **Cornell International Law Journal Online**, [s.i.], v. 1, p. 121–127, 2013.

MONEBHURRUN, N. Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model. **Journal of International Dispute Settlement**, [s.i.], p. idv028, 2016.

MOROSINI, F.; BADIN, M. R. S. **O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória?** | International Centre for Trade and Sustainable Development. 2016. Disponível em: <<https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-coopera%C3%A7%C3%A3o-e-facilita%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos-o-que-est%C3%A1-por-tr%C3%A1s>>. Acesso em: 21 nov. 2018.

MUSACCHIO, A.; LAZZARINI, S. G.; SERRA, A. C. D. C. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. [s.i.]: Portfolio-Penguin, 2015.

NEUMAYER, E.; SPESS, L. Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Develop-

ping Countries? **World Development**, [s.i.], v. 33, n. 10, p. 1567-1585, 2005.

RODRIK, D. **The New Global Economy and Developing Countries: Making Openness Work**. [s.i.]: Overseas Development Council, 1999.

SAUVANT, K. P.; SACHS, L. E. **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows**. [s.i.]: Oxford University Press, 2009.

SUBEDI, S. P. **International Investment Law: Reconciling Policy and Principle**. [s.i.]: Bloomsbury Publishing, 2016.

THORSTENSEN, V.; MESQUITA, A. L.; GABRIEL, V. D. R. **A Regulamentação Internacional do Investimento Estrangeiro: Desafios e Perspectivas para o Brasil**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2018.

TUCKER, T. N. **Judge Knot: Politics and Development in International Investment Law**. [s.i.]: Anthem Press, 2018.

UNCTAD. **Investment Policy Hub**. [2019]. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.undctad.org/>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

UNCTAD. **World Investment Report**. [2018]. Disponível em: <https://unctad.org/Sections/dite_dir/docs/WIR2018/WIR18_tab01.xlsx>. Acesso em: 13 jan. 2019.

VALDEZ, R. C. C. **A internacionalização do BNDES no Governo Lula**. 2011. Mestrado - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/32890>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

VALE. **Investidores**. Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/pt/investors/company/shareholding-structure/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

VIANA, N. **A equação brasileira**. Agência Pública, 2016. Disponível em: <<https://apublica.org/2016/02/a-equacao-brasileira/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

YACKEE, J. W. Do bilateral investment treaties promote foreign direct investment? Some hints from alternative evidence. **Virginia Journal of International Law**, [s.i.], v. 51, n. 2, p. 396-441, 2010.

Decisões arbitrais

Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID ARB/09/12, Decision on Jurisdictional Objections, (01/06/2012).

Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, PCA, Partial Award (17/03/2016).

Tokios Tokelès v. Ukraine, ICSID ARB/02/18, Award on Jurisdiction (29/04/2004).

TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID ARB/05/5, Award (19/12/2018).

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Arbitral interpretation of investment treaties: problems and remedies for the debate on "legitimacy"

Interpretação arbitrária de tratados de investimento: problemas e soluções para o debate sobre "legitimidade"

Santiago Díaz-Cediel

Arbitral interpretation of investment treaties: problems and remedies for the debate on “legitimacy”*

Interpretação arbitrária de tratados de investimento: problemas e soluções para o debate sobre “legitimidade”

Santiago Díaz-Cediel**

Abstract

The last couple of decades have seen a considerable increase in the submittal of investment claims to Arbitral Tribunals, a process which has often been linked to the “proliferation” of investment treaties. Alongside, a debate on the so-called “legitimacy” of the Investor-State dispute settlement mechanism has emerged – and prompted calls for reform – refusing, for the moment, to go away. Treaty interpretation has not been in the forefront of discussion. Authorized (“authoritative”) interpretation – as performed by Arbitral Tribunals – is perhaps one of the issues of least (if any) concern. This Article explores the multiple issues arising from vesting excessive significance in authorized interpretations of Investor-State Arbitral Tribunals (in the events in which States Parties to the relevant investment treaty do not have opposing views on the construction of a conventional clause) *vis-à-vis* the distinction between authentic and authorized interpretation. Drawing on the referral to the notable cases in which this issue has arisen, this Article will present a few recommendations.

Keywords: International Arbitration. Authentic Interpretation. International Investment Law. Authoritative Interpretation. Law of Treaties

Resumo

Nas duas últimas décadas, houve um aumento considerável na apresentação de pedidos de investimento a Tribunais Arbitrais, um processo que tem sido frequentemente ligado à “proliferação” de tratados de investimento. Paralelamente, surgiu um debate sobre a chamada “legitimidade” do mecanismo de solução de controvérsias entre o investidor e o Estado - e provocou pedidos de reforma - recusando-se, por enquanto, a desaparecer. A interpretação do tratado não esteve na linha de frente da discussão. A interpretação autorizada (“autoritativa”) - como realizada pelos Tribunais de Arbitragem - é talvez uma das questões de menos (ou nenhuma) preocupação. Este artigo explora as múltiplas questões decorrentes da aquisição de significância excessiva em interpretações autorizadas de tribunais de arbitragem Investidor-Estado (nos eventos em que os Estados-Partes no tratado de investimento

* Recebido em 26/12/2018
Aprovado em 07/02/2019

** Adjunct Professor of Public International Law, Universidad del Rosario (Bogotá D.C.); Fellow, Institute of International Economic Law, Georgetown University (Washington, DC). The views expressed here are the Author's own and do not constitute an official position, nor represent or necessarily coincide with the views of institutions or entities to which the Author has been previously or is currently linked in either its professional or scholar capacity. Many thanks to Ms. Daniela Molina-Trujillo (Universidad Externado de Colombia) for her most appreciated assistance in the preparation of this contribution.
E-mail: santiago.diaz@urosario.edu.co

relevante não têm visões opostas sobre a construção de uma cláusula convencional) *vis-à-vis* a distinção entre interpretação autêntica e autorizada. Com base no encaminhamento para os casos notáveis em que esta questão surgiu, este artigo apresentará algumas recomendações.

Palavras-chave : Arbitragem Internacional. Interpretação Autêntica. Lei de Investimento Internacional. Interpretação autorizada. Lei dos Tratados.

1 Introduction

The proliferation¹ of investment treaties has resulted in an increase in the submittal of claims to Investor-State Arbitral Tribunals². In this “golden age”³ for investment arbitration, insufficient attention has been paid to the distinctions between “authorized interpretations”⁴, performed by international arbitral tribunals, and the “authentic interpretation” issued by States Parties to investment treaties.

Investment arbitration was established as, and remains, an adversarial process between – almost exclusively – an investor, national of one of the States Parties, and the other State Party. Inter-State (State to State) investment disputes are, thus, atypical⁵. Authorized interpretations performed by Investor-State Arbitral Tribunals do entail differences in significance *vis-à-vis* authorized interpretations issued by Inter-State dispute

settlement mechanisms.

Not much academic debate has emerged with regard to the referred distinction⁶. The foundations of the Investor-State dispute settlement mechanism reflect a hypothesis of “opposing” or “conflicting” views of the parties to the dispute (investor *v.* State) “matching” or “mirroring” the (presumed) opposing or conflicting views of the States Parties to the investment treaty.

The overwhelming majority of these type of treaties in force do not include express provisions in relation to the exercise of authentic interpretation by States Parties. Some commentators⁷ argue the absence of such express provisions is aligned with the overall goal of “depolitization” of investment disputes, considering it “allows” States Parties not to adopt a position in every single investment dispute that arises.

As a result of the current debate on the “convenience”, “legitimacy” and “balance” of the Investor-State dispute settlement mechanism⁸, a critical approach to the rather orthodox (and not greatly disputed) undertaking towards the authorized interpretations of Investor-State Arbitral Tribunals has become more relevant than ever. The criticism and negative narrative with regard to investment arbitration is clear and present across the globe, with notable disapproval from key players in Europe, Latin America and – most recently – North America.

This Article departs from the traditional view of authorized interpretations by Investor-State Arbitral Tribunals as a “settled matter”⁹, in which the “preeminent

¹ See WELLHAUSEN, Rachel L. Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement, *Journal of International Dispute Settlement*, v. 7, n. 1, p. 117-135, Jan. 2016.

² See JOHNSON JUNIOR, Thomas; GIMBLETT, Jonathan. Gunboats to BITs: the Evolution of Modern International Investment Law. In: SAUVANT, Karl P. *Yearbook on International Investment Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 649-686.

³ The term “golden age” has been employed by Theodore R. Posner and Dániel Dózsa in their Article: *The Enduring Role of Diplomacy and Other Tools of State-State Dispute Resolution in a Golden Age of Investor-State Arbitration*, Weil World Arbitration Report, 2-9 (2013).

⁴ The concept of “*interprétation autorisée*” or “*interpretación autorizada*” is, often, translated into English as “*authoritative interpretation*”. The Author prefers to employ the terms “*authorized interpretation*”, reflective of a more accurate translation of the concept. - The expression “authoritative interpretation” suggests a construction which is peremptory and definitive in nature, hence, unquestionable by States Parties.

⁵ Prior to the establishment of international arbitration as the fundamental Investor-State dispute resolution mechanism (when – naturally – no “modern” bilateral investment treaties were in force), diplomatic protection (either through State-to-State negotiations or inter-State litigation) was the mean to address concerns over the “inadequate” treatment of aliens and its property.

⁶ The matter was, somewhat, perceived as overcome with the inclusions – in investment treaties – of the following clauses: “*The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Treaty*” and “*A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal*”.

⁷ See, *inter alia*, REISMAN, W. Michael. *Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United States*, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1498>.

⁸ See, *inter alia*, the controversy that arose on the occasion of the International Bar Association’s “International Arbitration Day”, which took place on 27 February 2015, as a result of The Washington Post’s Article “*The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose*”. The matter has consistently emerged in every other forum held afterwards, including the most recent edition of the International Law Association’s “International Law Weekend”, which took place on 28 October 2016.

⁹ See, *inter alia*, REISMAN, W. Michael. *Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United*

nature” of the latter (with respect to the construction of conventional clauses enshrined in investment treaties) is unquestionable. After briefly explaining the distinction between authentic interpretations and authorized interpretations – *in abstracto* –, this Article will illustrate the particular issues arising from vesting excessive significance¹⁰ in authorized interpretations of Investor-State Arbitral Tribunals, in the events in which States Parties (“Home” and “Host” States) do not have opposing views on the construction of a particular clause. Drawing on the referral to the notable cases in which this issue has arisen, this Article will present pertinent conclusions and submit appropriate recommendations.

2 Treaty Interpretation

Customary international law on the law of treaties, as reflected on the *Vienna Convention of the Law of Treaties* (1969), codifies certain rules on treaty interpretation. Article 31 enshrines the “general rule on treaty interpretation”; Article 32 discusses the recourse to “supplementary means of interpretation”; and Article 33 crystalizes the rules on interpretation of treaties “authenticated in two or more languages”.

As to the general rule on treaty interpretation (which states that a treaty shall be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose”), some of the most highly qualified publicists, have stated that such provision:

Gives no greater weight to one particular factor, such as the text (‘textual’ or ‘literal’ approach), or the supposed intentions of the parties, or the object and purpose of the treaty (‘effective’ or ‘teleological’ approach). Placing undue emphasis on the text, without regard to what the parties intended; or on what the parties are believed to have intended, regardless of the text; or on the perceived object and purpose in order to make the treaty more ‘effective’, irrespective of the intentions of the parties, is unlikely to produce a satisfactory result¹¹.

States, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1498>.

¹⁰ Some Commentators consider that, in certain cases, the Arbitral Tribunal’s decision not only has clashed with (apparent) authentic interpretations issued by States Parties, but rather prevailed. This is the case of, *inter alia*, *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, which will be addressed in detail below.

¹¹ AUST, Anthony. *Handbook of International Law*, first edition, Cambridge: Cambridge University, 2005. See also SHAW, Malcom N. *International Law*, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2008: “any true interpretation of a treaty in international law will have

2.1 Authentic Interpretation *vis-à-vis* Authorized Interpretation

In the realm of investment law, as opposed to other fields of public international law, only States – as original subjects of international law – may sign and be parties to investment treaties, whether these international instruments are bilateral (the substantial majority) or multilateral¹². Consequently, for the purposes of this Article, the authentic interpretation hereby referred will be that of States Parties¹³.

Authentic interpretation of a treaty is the process by which the subjects of international law that adopted and subsequently became parties to the international instrument construe a particular conventional provision thereof.

Authentic interpretation is a prerogative. Accordingly, States Parties may exercise it, at any time, as long as the treaty is in force between them. Authentic interpretation may be “collective” or “individual”¹⁴. The latter allows subjects of international law to make their own interpretation of a clause, “*indicating the meaning they attribute to the text of a treaty*”. By contrast, “collective authentic interpretation” is the construction made by of all of the States Parties to the treaty.

Authorized interpretation is, par excellence, not authentic. An Authorized interpretation is a construction of a conventional provision made by an “impartial” international adjudicatory mechanism, in a concrete case where States Parties to the treaty have different, divergent, conflicting or opposed interpretations to an investor. Some commentators argue authorized interpretations do not “create” law, as these constructions are, *inter alia*, “only enforceable against the parties in litigation

to take into account all aspects of the agreement, from the words employed to the intention of the parties and the aims of the particular document. It is not possible to exclude completely any one of these components”.

¹² Some commentators distinguish between bilateral, multilateral and “*plurilateral*” treaties. However, “*plurilateral*” treaties are, essentially, multilateral treaties with fewer States. For the purpose of this article, treaties among more than two states will be referred to as “multilateral”.

¹³ Other subjects of international law with treaty-making capacity (e.g., international cooperation organizations), have not (and, most likely, cannot) enter into investment treaties, because of, *inter alia*, limitations on the concept of “territory”.

¹⁴ Certain commentators refer to the “individual” authentic interpretation as “unilateral”, see MAFTEI, Jana; LICUTA COMAN, Varvara. *Interpretation of Treaties*. 2012. p. 16-30. Acta Universitatis Danubius Juridica, Danubius University.

and only in the case in question”¹⁵. Be that as it may, collective authentic interpretations (regardless of whether it is classified as an instrument made by one or more parties of the Treaty in connection with the treaty or a subsequent agreement), do produce law.

2.2 The inherent problem with the authorized interpretations of Investor-State Arbitral Tribunals

It is worth noting that this Article does not purport to criticize Investor-State Arbitration, as the primary and one of the most effective dispute settlement mechanisms for investment controversies. Nevertheless, the problems in relation to the construction of conventional clauses by Investor-State Arbitral Tribunals arise out of the very nature of this dispute settlement mechanism. These problems are explained in detail below.

Unlike Inter-State adjudication mechanisms (e.g., the International Court of Justice), in Investor-State Arbitral Tribunals the parties to the dispute are not the same as the Parties to the treaty. These circumstances impact the fundamental distinction between authentic interpretation and authorized interpretation of a treaty.

In Inter-State disputes, States Parties to a treaty have different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations on a conventional clause. Thus, each of them confer to the international adjudicatory mechanism capacity to exercise and issue an authorized interpretation over their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations, for the purposes of the dispute (by means of either a compromissory clause or of a separate subsequent agreement¹⁶).

In Investor-State Arbitration proceedings, as States Parties to the investment treaty are not the parties to the dispute (only one is, against whom the proceedings were instituted), the Arbitral Tribunal’s authorized interpretation is imperfect. Although States that are party to a treaty conferred the capacity to an international adjudication mechanism for the exercise and issuance of an authorized interpretation, such capacity does not

arise from different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations. In fact, States that are Parties to the treaty might not even disagree on the construction of a conventional clause – but only one of them¹⁷ sits in the proceedings¹⁸.

Investment treaties are, largely, bilateral. Multilateral investment treaties¹⁹ are, therefore, exceptional. This fact has, likewise, effects on both the authentic interpretation of States Parties and the authorized interpretation of international arbitral tribunals. In any treaty, the “*on-going confidence in shared interpretation*” is what causes the treaty to continue in force, as the initial “will” of States Parties may be “volatile” (or change as time elapses). Bilateral treaties, moreover, require a continued “meeting of the minds”, as reservations and/or conditional interpretative declarations are not applicable. Consent rests on a “common understanding” of what was agreed on each conventional clause. If the Investor-State Arbitral Tribunal’s authorized interpretation of a provision does not consult the collective authentic interpretation, the consent is eroded. This problem will be addressed in detail in Section five below.

2.3 Interpretation of conventional provisions in a non-formal *stare decisis* system: is absence of “precedent” a myth?

One might be inclined to question why an authorized interpretation would be a problem, when Investor-State Arbitral Tribunals are not “required”²⁰ to be consistent with or cohere to prior decisions, as international investment arbitration is not a uniform legal system with “formal precedent”.

The practice of Investor-State Arbitral Tribunals has evidenced (and continues to evidence) that, in spite of the absence of a conventional provision instituting

¹⁵ Certain commentators refer to the individual authentic interpretation as “unilateral”, see MAFTEI, Jana; LICUTA COMAN, Varvara. *Interpretation of Treaties*. 2012. p. 16-30. Acta Universitatis Danubius Juridica, Danubius University.

¹⁶ On the general legal nature of “*subsequent agreements*” see, *inter alia*, SHAW, Malcom N. *International Law*, sixth edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹⁷ Evidently, the other party to the dispute is a “*national*” of the other State (who does not have any treaty authentic interpretation capacities).

¹⁸ For a discussion on mechanisms and procedural opportunities of the other State Party (which is not a party to the dispute) to canalize its individual authentic interpretation of a conventional clause, see Section 4 *infra*.

¹⁹ A common example of a multilateral investment treaty in force is the *Energy Charter Treaty* (1994). Other multilateral treaties in force, also agreed in regional or sub-regional spheres, include the *Additional Protocol to the Framework Agreement on the Pacific Alliance* (2014).

²⁰ By means of a compulsory or mandatory provision, enshrined in either the applicable conventional law or the procedural rules applicable to the particular dispute.

formal precedent (*stare decisis*)²¹, not a single of the contemporary decisions fails to refer to: (a) prior extracts from awards (*dictums*); (b) the main legal underpinnings (*ratio decidendi*) thereof; or (c) operative parts of such decisions²².

International arbitral tribunals are not “formally” obliged to follow a prior decision in which a construction of a particular investment treaty was given. However, when Investor-State Arbitral Tribunals purport to depart from a prior decision’s *rationale* – including the interpretation of a conventional clause – they nonetheless provide substantial legal explanations for that departure.

The once accurate division of States Parties to investment treaties as “capital-exporting”, on the one hand, and “capital-receptor and less-developed”, on the other has faded. This has to do with the proliferation of investment treaties. The initial *rationale* of these treaties serving (solely) the interests of capital-exporting States’ nationals (*i.e.* resort to an international dispute settlement mechanism instead of the local courts of “uncivilized States”), has become less and less correct. Investment treaties have increasingly been concluded between States that are, simultaneously, capital-exporting States and capital-receptor States (considered as “similarly developed”). These circumstances have an impact on the construction of conventional clauses enshrined in investment treaties.

If an investor of a State Party (Home State) brings a claim against the other State Party (Host State), and a construction of a clause of the applicable investment treaty is provided by an Investor-State Arbitral Tribunal; when an investor of the latter State (no longer Host State, now Home State) brings a claim against the first State Party (and in the new dispute the relevant provision is the conventional clause that was previously interpreted by an Investor-State Arbitral Tribunal); no one would doubt that there is non-dismissible “antecedent” in relation to the construction of the conventional clause, in light of the first case. This situation would

have been “unthinkable” in light of the initial *rationale* of these treaties serving (solely) the interests of capital-exporting States’ nationals; the later dispute would not have been plausible.

“Antecedent” is not equivalent to “formal precedent”. There is no contention in that affirmation. An antecedent, notwithstanding the above, is a not entirely irrelevant for international arbitral tribunals, in light of their continued practice.

The fact is that there would be a prior authorized interpretation of a conventional clause in the *corpus juris* or realm of international investment law. The practice indicates, in spite of the lexicon employed by the relevant provisions applicable²³ to Investor-State arbitration proceedings, that international arbitral tribunals would, undoubtedly, refer to such prior construction²⁴.

3 The tension between authentic interpretations and authorized interpretations in Arbitral Awards: a critical approach

A number of cases address the question of authentic interpretation of States Parties is present in international arbitral proceedings. In some of these cases²⁵, the dispute-settlement mechanism is – solely – State to State. Thus, the matter is outside the scope of this Article, as is a situation where States Parties to a treaty have different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations on a clause and, therefore, each of them confer to the international adjudicatory mechanism capacity to exercise and issue an authorized interpretation

²³ *Inter alia*, Article 53, Section 1, of the “*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*” (1965), within the International Center for Settlement of Investment Disputes.

²⁴ Beyond a matter of mere “*colleague-deference*” referrals, see e.g. *Saipem S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh* (at the *Decision on Jurisdiction of March 21, 2007, paragraph 67*) and *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan* (at the *Decision on Provisional Measures of July 31, 2009, paragraph 73*).

²⁵ See AD HOC STATE-STATE ARBITRATION, Italian Republic v. Republic of Cuba (Cuba – Italy Bilateral Investment Treaty). As in any other Inter-State dispute, States Parties to a treaty (with different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations on a clause of a treaty) confer to the international adjudicatory mechanism capacity to exercise and issue an authorized interpretation over their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations.

²¹ See, *inter alia*, SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *International Investment Law*. 2. ed. Switzerland: Edward Elgar Publishers, 2013. p. 57.

²² See, *inter alia*, CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *The Law and Practice of the United Nations*. 4. ed. Brill – Nijhoff, 2010. p. 178. Also see, *inter alia*, TIERSMA, Peter M. *Legal Language*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999. p. 119. (Paperback edition).

over their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations. There is no issue, from the perspective of this Article, in those circumstances.

To the contrary, situations in which the following issues arise do present a problem with regard to the understanding of what the authentic interpretation of States Parties entails *vis-à-vis* the (imperfect) authorized interpretation of an Investor-State Arbitral Tribunal:

(i) The issue of a genuine collective authentic interpretation of States Parties, in Investor-State arbitration proceedings (where only one of them is a party to the dispute), before or after an authorized interpretation has been provided – *inter alia*, in a partial arbitral award, but prior to the conclusion of investment arbitration proceedings. [3.1]

(ii) The issue of a State Party’s alleged claim of a collective authentic interpretation, in Investor-State arbitration proceedings (where such State Party to the treaty is the only non-alien party to the dispute), before or after an authorized interpretation has been provided – *inter alia*, in a partial arbitral award – but prior to the conclusion of investment arbitration proceedings. [3.2]

(iii) The issue of genuine or alleged collective authentic interpretations, after the investment arbitration proceedings have been concluded and, evidently, a final authorized interpretation has been issued for the purposes of the dispute. [3.3]

These three scenarios will be the object of this Section. Opposing or conflicting authentic interpretations by States Parties, in Investor-State arbitration proceedings (mirroring different views of the Investor, on the one hand, and Host State, on the other), before an authorized interpretation has been provided – *inter alia*, in a partial arbitral award – are not to be referred here, considering those circumstances are, precisely, the situations envisioned at the moment of the establishment of the Investor-State dispute settlement mechanism.²⁶

²⁶ None of the bilateral investment treaties invoked in the cases referenced below include authentic or authorized interpretation clauses.

3.1 With regard to the first issue, referred as the situation where genuine collective authentic interpretations are presented in Investor-State arbitration proceedings, before or after the international arbitral tribunal has provided an authorized interpretation, but prior to the conclusion of the case, the notable decision is *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*.

In this particular investment dispute a partial arbitral award was rendered against the Czech Republic, a State Party to the applicable investment treaty. As a result of the Czech Republic’s subsequent request, both States Parties, the Czech Republic and the Kingdom of the Netherlands, entered into bilateral consultations, through the diplomatic channels, on the “meaning” of certain conventional provisions. The States Parties agreed on an interpretation and signed an international instrument entitled “*Agreed Minutes*”. The Arbitral Tribunal – after being presented with the latter agreement on the authentic interpretation of treaty provisions – neither accredited nor recognized the significance of the “*Agreed Minutes*”, even though the arbitral tribunal stated that it reached the “same” conclusion. Some Commentators may even suggest the Arbitral Tribunals not only neither accredited nor recognized the appropriate significance to the “*Agreed Minutes*”, but assigned that instrument a “non-essential value” for the process of reaching a decision.²⁷

The arbitral tribunal’s assertion is controversial. However, the process of recognizing ‘appropriate significance’ demands “giving no greater weight to one particular factor, such as the text or object and purpose of the treaty, over the context or intentions of the parties”²⁸, with the understanding that “placing undue emphasis on the text, without regard to what the parties intended [in, *inter alia*, a subsequent agreement] regardless of the text; or on the perceived object and purpose

²⁷ See, *inter alia*, REISMAN, W. Michael. *Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United States*, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1498>.

²⁸ AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. See also SHAW, Malcom N. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008: “any true interpretation of a treaty in international law will have to take into account all aspects of the agreement, from the words employed to the intention of the parties and the aims of the particular document. It is not possible to exclude completely any one of these components”.

in order to make the treaty more ‘effective’, irrespective of the intentions of the parties, is unlikely to produce a satisfactory result”²⁹. The Arbitral Tribunal appears to have forgotten that the treaty – whose authorized interpretation was entrusted to it – binds two States, both of whom agreed on what conventional provisions meant and how should they be construed. When there is collective authentic interpretation, by “all” of the States Parties, there is no room for an authorized interpretation, where evidently there are no different, divergent, conflicting or opposed views between the subjects of international law for whom the treaty is in force³⁰. The Arbitral Tribunal was precluded from reaching its own decision, even if, in the case under examination, the conclusion was the same.

3.2 In relation to the second issue, pertaining to a State Party’s alleged claim of a collective authentic interpretation of a clause, before or after an authorized interpretation was provided – *inter alia*, in a partial arbitral award – but prior to the conclusion of investment arbitration proceedings, some reflections must, first, be addressed.

The Investor-State Arbitral Tribunal (unlike the events in which there is a genuine collective authentic interpretation of States Parties) remains “entitled” to issue an authorized interpretation if the non-alleging State Party does not positively concur in the assertion of there being a collective authentic interpretation. In addition to the above, in the event the other State Party (which is not a party to the dispute) is given a “procedural opportunity” to intervene (when the construction of a conventional clause is in question in Investor-State arbitration proceedings and there is a concrete allegation by the other State Party of a “misconstruction” by the

Investor-State Arbitral Tribunal), certain consequences shall arise.

There are three noteworthy cases with regard to the second issue. The alleging State Party chose a different path in each of them. The first one is *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia (ICSID Case No. ARB/02/3)*, in which the respondent alleged, before the Investor-State Arbitral Tribunal had issued an authorized interpretation, that there was a collective authentic interpretation by the States Parties. The former Republic of Bolivia (today, Plurinational State of Bolivia) argued that there was a “subsequent agreement” between the two States, on the interpretation of a conventional provision, arising from certain (three separate) statements made by the Government of the Kingdom of the Netherlands, read in conjunction with the former Republic of Bolivia’s own construction of the clause. The Kingdom of the Netherlands, in response to the Investor-State Arbitral Tribunal’s request, affirmed it was not of the view that the statements (some of which contradicted themselves), together with the former Republic of Bolivia’s interpretation, formed a “subsequent agreement”³¹. The Investor-State Arbitral Tribunal stated that there was “no intent” for those statements to be regarded as an “agreement” and proceeded to issue an authorized interpretation of the relevant conventional clause.

The decision of the Arbitral Tribunal was correct: in absence of genuine collective authentic interpretation³², the presumption should be that individual authentic interpretations are opposed (each one of them equivalent to the positions of the parties to the dispute) and – consequently – the Arbitral Tribunal must issue an authorized interpretation. A different matter, however, emerges with regard to the effects of the declination (to furnish express observations on its authentic interpretation) for the Kingdom on the Netherlands, a situation which will be referred – *in abstracto* – in Section 6 *infra*.

In the second case, *Empresas Luchetti, S.A. & Luchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru (ICSID Case No.*

²⁹ AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005. See also SHAW, Malcom N. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. “any true interpretation of a treaty in international law will have to take into account all aspects of the agreement, from the words employed to the intention of the parties and the aims of the particular document. It is not possible to exclude completely any one of these components”.

³⁰ The question of the investor (national of the State Party, as Home State) and the other State Party (Host State), being the parties of the dispute (in the Investor-State arbitral proceedings), does not change the fact that the investor has no authentic interpretation capacities and that the international instrument whose construction is required is the applicable investment treaty (which is between two States).

³¹ The Kingdom of the Netherlands rather conveyed a copy of a document entitled “*Interpretation of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments*”, which – in spite of its title – did not entail the legal nature of a subsequent agreement on the interpretation of the bilateral investment treaty.

³² That is, when only one of the States Parties alleges the existence of a collective authentic interpretation, without there being a *prima facie* subsequent written agreement between the States Parties.

ARI3/03/04), after the investor had filed a claim for international investment arbitration, the Republic of Peru instituted proceedings against the Republic of Chile (Inter-State dispute resolution mechanism), prior to the issuance of an authorized interpretation by the Investor-State Arbitral Tribunal. The Republic of Peru requested the suspension of the Investor-State arbitral proceedings until the Inter-State arbitral proceedings were concluded, but the Investor-State Arbitral Tribunal moved forward. The Inter-State arbitral proceedings were, afterwards, discontinued. Certain commentators disqualify the actions of the State Party (the Republic of Peru) as a mere attempt to “politicize” an investment dispute³³. This is a rather simplistic assertion.

Inter-State arbitration is a legitimate dispute settlement mechanism in international law. If the other State Party (against whom the proceedings were instituted) does not object to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal – and wants to obtain an authorized interpretation too – an Investor-State Arbitral Tribunal hearing a (parallel) dispute between an investor of that State Party and the other State Party, should accord the appropriate deference to the implications of an authorized interpretation being requested by the two States Parties to the investment treaty (in light of their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations), over its own authorized interpretation for the separate dispute. There is nothing “political” in seeking to find additional assurances on the common understanding, when the meeting of the minds is in question. The so-called “two-track” system – a commentator’s construction – cannot serve as an excuse to invalidate or ignore the fact that the investment treaty binds the States Parties and is their mutual comprehension on what are the international conventional obligations thereof agreed what gives rise to subsequent breaches to an investor. Put it in another way, if the States Parties agree that a particular situation or set of facts are not, without reasonable doubt, encompassed under a conventional clause (and, therefore, an authorized interpretation on their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations is solicited), the Investor-State

Arbitral Tribunal should not move forward with the separate proceedings. Moreover, if the States Parties concur on the affirmation that an investor’s claim is not encompassed in their common understanding or “intent” of the conventional clause³⁴, a subsequent authorized interpretation has no further room. A provision addressing these circumstances, to date, missing from both the majority of investment treaties and applicable procedural rules.

The third case is *Chevron Corp. and Texaco Petroleum Co. v. Republic of Ecuador*, in which Investor-State Arbitral Tribunal issued an authorized interpretation of a provision of the applicable bilateral investment treaty, in a partial award. The Republic of Ecuador then instituted proceedings against the United States of America – *Republic of Ecuador v. United States of America (PCA Case No. 2012-5)* –. The Republic of Ecuador’s claim was that the Investor-State Arbitral Tribunal had erred in its construction of the conventional clause, because the collective authentic interpretation was different³⁵. The Inter-State arbitration claim was dismissed on the basis of lack of jurisdiction³⁶. Nevertheless, the Republic of Ecuador’s actions were highly criticized because – in some commentators’ views³⁷ – the submittal of a

³⁴ That is, if the States Parties agree that the claim of an investor should be dismissed.

³⁵ The Republic of Ecuador’s initial claim comprised an affirmation of the Investor-State’s Arbitral Tribunal having issued an authorized interpretation that was not in accordance with the collective authentic interpretation of States Parties. Prior to instituting proceedings against the United States of America, the Republic of Ecuador requested (through the diplomatic channels) an individual authentic interpretation of the United States of America with regard to the relevant conventional clause, stating that “*if such a confirming note [was] not forthcoming or otherwise the Illustrious Government of the United States does not agree with the interpretation of Article 11.7 of the Treaty by the Government of the Republic of Ecuador, an unresolved dispute must be considered to exist between the Government of the Republic of Ecuador and the Government of the United States of America concerning the interpretation and application of the Treaty*”.

³⁶ See Department State of the United States of America – Office of the Legal Adviser –, *U.S.-Ecuador BIT: Ecuador v. United States*, available at: <http://www.state.gov/s/1/c53491.htm>. “*On June 28, 2011, the Republic of Ecuador instituted arbitral proceedings against the United States concerning the interpretation and application of the Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, August 27, 1993, pursuant to Article VII of the Treaty. In an award dated September 29, 2012, the Arbitral Tribunal, by majority, dismissed the case for lack of jurisdiction, ‘due to the absence of the existence of a dispute falling within the ambit of Article VII of the Treaty’*”.

³⁷ See, *inter alia*, REISMAN, W. Michael. *Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United States*, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/docu->

³³ See ORECKI, Marcin. *State-to-State Arbitration pursuant to Bilateral Investment Treaties: the Ecuador-US Dispute*, 2013. Available at: http://www.youngicca-blog.com/wp-content/uploads/2013/02/State_to_State_Marcin_Orecki_10_02_201.pdf. See also REISMAN, W. Michael. *Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United States*, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1498>.

claim for the purpose of “re-construing” a treaty provision (after an authorized interpretation was previously issued by an Investor-State Arbitral Tribunal in separate proceedings), violated the principle of *res judicata* and, ultimately, defeated the purpose of Investor-State arbitration. Those concerns are shared to a certain extent.

Although it is clear that choosing the “means” by which the States Parties may agree on a collective authentic interpretation rests entirely on the parties’ will, instituting arbitration proceedings against the other State Party (to force it to state its authentic interpretation) fails to acknowledge that the latter is a prerogative (and not an obligation). This is particularly true when such State Party objects to the jurisdiction of the Arbitral Tribunal on the basis of absence of will with regard to an authorized interpretation being imposed upon them. Consequently, this particular case differs from the previously referred situation, in which the Republic of Peru instituted proceedings against the Republic of Chile. It should be noted, however, that such circumstances are, again, different from the issue of the effects of the declination (to furnish express observations on its authentic interpretation), for the State Party that was not a party to the dispute but was given a procedural opportunity to do so.

Finally, as to the third issue (genuine or alleged collective authentic interpretations, after the investment arbitration proceedings have been concluded and, evidently, a final authorized interpretation has been issued for the purposes of the dispute), some considerations are to be presented. To date, there is no case in which a State Party to an investment treaty has instituted proceedings against the other State Party (before an international adjudicatory mechanism³⁸ and after Investor-State arbitration proceedings have been formally concluded³⁹) for the purposes of obtaining a new authorized interpretation of the previously interpreted conventional clause.

Such situation would, undoubtedly, present complex questions with respect to, *inter alia*, good faith. It would present an additional, perhaps lesser significant,

concern on *res judicata*, because, as the parties to the dispute would not be the same and the question presented before the international adjudicatory mechanism would differ from the original proceeding. This does not mean the matter possesses or presents no complexities. It may even impair considerably the Investor-State dispute resolution mechanism. Consequently, the act of raising the existence of alleged or genuine collective authentic interpretations should occur before the Investor-State arbitral proceedings have formally concluded. Towards that aim, States Parties are free to pursue whichever mean they deem appropriate, not limited to consultations and negotiations (through the appropriate diplomatic channels, though enshrined in a subsequent agreement), but also encompassing the commencement of parallel Inter-State dispute resolution mechanisms (as long as the other State concurs in the aim of seeking an authorized interpretation).

Although – as discussed in Section 4 *infra* – some procedural mechanisms allow for the eventual “canalization” of authentic interpretations of States Parties in Investor-State arbitration proceedings, such provisions fall short on assigning concrete procedural consequences to the occurrence of circumstances in which States Parties (concurring on the affirmation that an investor’s claim is not encompassed in their common understanding or intent of the conventional clause), convey such binding statement⁴⁰ to the Investor-State Arbitral Tribunal.

4 Procedural mechanisms to canalize authentic interpretations in international arbitration proceedings⁴¹

Intrinsically linked to the discussion on an authorized interpretation of a conventional clause (when the States Parties to the treaty have no different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations and where the practice of international arbitral tribunals

ments/1498

³⁸ The notion of “*international adjudicatory mechanisms*”, naturally, excludes political means for the settlement of disputes (which may or may not be public), such as direct Inter-State negotiations and/or consultations through the diplomatic channels.

³⁹ By means of the issuance of a procedural order or a final award, which – thus – excludes the rendering of partial awards (however prominent or significant they may be, *inter alia*, liability awards).

⁴⁰ On their authentic interpretation.

⁴¹ It is worth noting that some of the procedural mechanisms which are presented in this Section were “*incorporated*” after some of the awards were rendered within the cases referred in Section 3 *supra*. These circumstances have no impact on the reflections thereby offered nor on the observations hereby referred.

excludes omissions to refer to prior decisions), is the question of the mechanisms by which a genuine collective authentic interpretation may be conveyed to the Arbitral Tribunal.

Some of the most recent conventional investment regimes⁴² incorporate provisions expressly allowing the other State Party (Home State), which is not a party to the dispute) to present written or oral submissions before the Arbitral Tribunal “on the interpretation” of the international instrument⁴³.

Likewise, certain procedural rules⁴⁴ applicable to Investor-State arbitration proceedings, enshrine mechanisms for “non-disputing parties” (which are often described as “persons or entities”, thus, encompassing a broader scope than just the other State Party) to file written submissions, contingent upon the meeting of certain conditions. Similarly, certain rule-modification proposals (unsuccessfully) attempt to deal with this issue.⁴⁵

Both types of provisions: (a) are optional not compulsory and (b) although they reference the particular

“value”⁴⁶, they do not assign a legal consequence to the latter. These circumstances have a reflection on “what” is conveyed to the Investor-State Arbitral Tribunal: an individual authentic interpretation of the State Party (Home State) that conflicts with that of the other State Party (Host State) will have, inevitably, a different assessment than a collective authentic interpretation⁴⁷ – or even an individual authentic interpretation of the State Party (Home State) that coincides with that of the other State Party (Host State).

The first situation (submission of a different individual authentic interpretation by the State Party, which is not a party to the dispute), will have no impact on the investment arbitration proceedings and on the authorized interpretation that the Investor-State Arbitral Tribunal should issue, consistent with what has been presented throughout this Article. The second situation (submission of a genuine collective authentic interpretation or an individual authentic interpretation that coincides with that the State Party which is a party to the dispute) should preclude the issuance of an authorized interpretation by the Investor-State Arbitral Tribunal in the sense of moving forward with the proceedings. As has been previously suggested and indicated in this Article, this is, precisely, the type of provision that investment treaties and applicable procedural rules are lacking.

5 Silence by the other State Party and/or non-submittal of observations reflective of authentic interpretation

Evidently, if the State Party (Host State, which is a party to the dispute) has no claim about the investment treaty being potentially interpreted in an “inconsistent

⁴² See, *inter alia*, Article 10.20, Section 2, of the *United States – Colombia Trade Promotion Agreement* (2006), which is the most recent free trade agreement –with an Investment Chapter– that has entered into force for the United States of America. See also Article 10.20, Section 2, of the *Additional Protocol to the Framework Agreement on the Pacific Alliance* (2014), as an example of a non-bilateral free trade agreement (including an Investment Chapter) that has recently entered into force.

⁴³ In the Author’s view, the mere absence of express provisions in relation to authentic interpretation by States Parties do not preclude, under international law, the exercise of such prerogative by those original subjects of international law. As a prerogative of States Parties, an authentic interpretation can be exercised, at any moment (as long as the treaty is in force), by means deemed most appropriate. An express provision to that end does not change the interpretation’s legal nature as a States Parties’ prerogative (unless, of course, the lexicon employed reflects imperative language towards that end). Nevertheless, in the realm of international investment law – considering certain deficiencies contained in the cases referred in Section 3 *supra* –, the inclusion of such provisions was aimed at an illustrious – and not entirely useless – purpose. However, such clauses (see *infra* note 45) fall short on assigning concrete (and required) procedural consequences.

⁴⁴ See, *inter alia*, Article 37, Section 2, of the *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)* of the International Center for Settlement of Investment Disputes (2006).

⁴⁵ By way of example, ICSID’s on-going rule-amendment process contemplates the possibility for a non-disputing State Party to a treaty to issue (and convey) a unilateral interpretation of a conventional clause in the course of an arbitration in which the relevant treaty has been invoked against the other State Party. Nevertheless, the current draft article (Proposal Rule 49: “Participation of Non-disputing Treaty Party”) fails to provide the procedural consequences (as well as the legal value) of such *intervention vis-à-vis* the specific arbitration proceedings.

⁴⁶ Some of the ordinary conventional clauses that do provide a clarification on the “value” read as follows: “a joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal” or an “interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section”. Evidently, they fall short on assigning concrete procedural consequences to the occurrence of those circumstances (beyond the value thereby referred).

⁴⁷ Such as the one that arises from “a joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal”.

manner” with the collective authentic interpretation; or if the relevant “materials”⁴⁸ of the case (not just some of the proceedings) are not public and the State Party (Host State, which is a party to the dispute) did not request⁴⁹ the authentic interpretation of the other State Party (which is not a party to the dispute), the latter should be relieved of any adverse construction of the relevant treaty clause.

But, what should happen when all of the relevant materials of the case are public (the other State Party being, thus, aware of the commencement of the proceedings) and a potential misinterpretation of a conventional clause (by means of an authorized interpretation) is plausible in such case, but the other State Party chooses not to file a written observation (or otherwise communicate the authentic interpretation). Similarly, what should happen when that State Party (which is not a party to the dispute) is invited by the Investor-State Arbitral Tribunal to submit written observations but chooses not to furnish them or otherwise communicate the authentic interpretation?

Silence is strange to good faith. Good faith is a well-known and well-established principle of international law, reflected in the *Vienna Convention of the Law of Treaties* (1969). For a State Party to remain silent when other State Party (in a bilateral treaty), raises a question on the common understanding of what was agreed or what was encompassed on a conventional clause (in light of a specific and substantial concern over a misconstruction of the provision) is both unnatural and anomalous. A *continued* meeting of the minds is essential to prevent the erosion of consent.

Some commentators suggest that remaining silent in those circumstances is perfectly acceptable in light of the goal of “depoliticization” of disputes (which, in their view, is almost a *carte blanche* for relieving the State Party – that is not a party to a dispute – from everything that binds it under the investment treaty in force). This

is not a reasonable assertion when a situation like the above-referred occurs, in which the stability of consent and/or of the common understanding is in question.

The goal of depoliticization of disputes cannot be achieved successfully without an “on-going confidence in shared interpretation”, together with effectively addressing the concern of an authorized interpretation colliding with the collective interpretation of the States Parties. As mentioned before in this Article, an authorized interpretation by an Investor-State Arbitral Tribunal that does not reflect or is compatible with the genuine collective interpretation of the States Parties not only diminishes the investment treaty itself, but – *in fact* – brings politics back to the realm of international investment law.

The so-called “stability” of the Investor-State dispute settlement mechanism cannot ignore or clash with the actual stability of the treaty – which is the basis, foundation, *raison d’être* and legal underpinning of the Investor-State dispute settlement mechanism. Silence, when a procedural opportunity is given to the other State Party⁵⁰, should entail concrete consequences, as it may affect such stability.⁵¹

Silence from the other State Party (which is not party to the dispute), when all of the relevant materials of the case are public and when there is a clear and present concern over the misinterpretation of a conventional clause (by means of an authorized interpretation); or when such State Party is invited by the Investor-State Arbitral Tribunal to submit written observations but chooses not to furnish them (or otherwise communicate the authentic interpretation); should make very difficult for that State Party to elude acquiescence when the circumstances described in paragraph 5 of Section 2.3 of this Article occur.

⁴⁸ The term “materials” is employed by, amongst others, the International Center for Settlement of Investment Disputes, to refer to Requests for Arbitration, Statements of Defense, Memorials and Counter-Memorials, Procedural Orders, Expert Opinions, Witness Statements, Awards and all other relevant documents pertaining to a case.

⁴⁹ The State Party’s request may be submitted (to the other State Party, which is not a party to the dispute) via the Investor-State Arbitral Tribunal or, in parallel, by virtue of the exercise of its prerogatives as an original subject of international law, directly, through diplomatic channels.

⁵⁰ Which is not a party to the dispute.

⁵¹ It is well known that, under general international law, investors (natural or juridical persons) do not have *ius standi* as they do not entail the legal nature of subjects of international law. Under certain conventional regimes of the realm of international investment law (e.g. ICSID or the Iran – United States Claims Tribunal) they do, however, have (limited) *ius standi* by virtue of States Parties’ will (as expressed in the relevant treaty). The authentic interpretation of States Parties, thus, has a considerable impact on the role investors may play on the basis of that same treaty.

6 The absence of provisions on the consequences of collective authentic interpretations submittals and silence

As evidenced in Section 4 *supra*, the current available procedural mechanisms to canalize authentic interpretations in international arbitration proceedings fall short on assigning concrete procedural consequences to the occurrence of those circumstances⁵². The event in which a genuine collective authentic interpretation is submitted, or the situation in which an individual authentic interpretation (that coincides with that of the State Party which is a party to the dispute) is conveyed, should – without any space for doubt – preclude the issuance of an authorized interpretation by the Investor-State Arbitral Tribunal. If the States Parties concur on the affirmation that an investor’s claim is not encompassed in their common understanding or intent of the conventional clause⁵³, a subsequent authorized interpretation has no further room. This means, in relation to the Investor-State Arbitration proceedings, that the claim should be dismissed.

As discussed, this is, precisely, the type of provision that investment treaties and applicable procedural rules lack. Section 7 *infra*, will present an appropriate recommendation that aims to propose a concrete remedy to these problematic circumstances.

In accordance with this Article’s prior discussion⁵⁴ a continued meeting of the minds is essential to prevent the erosion of consent in bilateral treaties. Under the understanding that silence is strange to good faith, in the event a situation corresponding to the description of paragraph 5 of Section 2.3⁵⁵ *supra* occurs, and:

The other State Party (which is not party to the dispute) remained silent when all of the relevant materials

of the case were public (and there was a clear and present concern over the misinterpretation of a conventional clause, by means of the authorized interpretation of the Investor-State Arbitral Tribunal), or

The other State Party (which is not party to the dispute) remained silent when the Investor-State Arbitral Tribunal extended an invitation for it to submit written observations on its authentic interpretation (or otherwise failed to communicate the authentic interpretation of the relevant conventional clause, when there was a clear and present concern over the misinterpretation of a conventional clause, by means of the authorized interpretation of the Investor-State Arbitral Tribunal).

Acquiescence should be a strong presumption, with the highest possible threshold on eventual circumvention. Consequently, Section 7 *infra*, will – likewise – present an appropriate recommendation to this regard.

7 Conclusions and final remarks⁵⁶: the recommended remedies

The current debate on the convenience, legitimacy and balance of the Investor-State dispute settlement mechanism, naturally, encompasses an enormous number of concerns from “key players” across the globe. As long as the Investor-State dispute settlement mechanism continues to be based and established through conventional means, authorized interpretations performed by Investor-State Arbitral Tribunals, in the circumstances and scenarios which have been the object of this Article, remain relevant⁵⁷.

With regard to treaty law *vis-à-vis* the (imperfect) authorized interpretation of Investor-State Arbitral Tribunals, the “on-going confidence in shared interpretation” has been cited as crucial for the international instrument to continue in force, considering the will of States Parties may be volatile or prone to change.

⁵² With regard to the continuation of the Investor-State arbitration proceedings.

⁵³ That is, if the States Parties agree that the claim of an investor should be dismissed.

⁵⁴ See Section 5 *supra*.

⁵⁵ An investor of a State Party brings a claim against the other State Party and a construction of a clause of the applicable investment treaty is provided by an Investor-State Arbitral Tribunal. At a later time, the investor of the latter State (no longer Host State, now Home State) brings a claim against the first State Party and the new dispute revolves around the same conventional clause that was previously interpreted by an Investor-State Arbitral Tribunal.

⁵⁶ Evidently, this Article did not purport to refer or consider issues related to the interpretation of contracts between an investor and an entity or organ of the State (or the State itself). Such matters were and remain outside the scope of the scrutiny hereby undertaken.

⁵⁷ Evidently, the matter was not overcome with the inclusions – in investment treaties – of the following clauses: “*The non-disputing Party may make oral and written submissions to the tribunal regarding the interpretation of this Treaty*” and “*A joint decision of the Parties, each acting through its representative designated for purposes of this Article, declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal*”.

As bilateral treaties require to a greater extent⁵⁸ than multilateral Parties a continued meeting of the minds or common understanding on what was agreed on each conventional clause, if an Investor-State Arbitral Tribunal’s authorized interpretation of a provision does not consult the collective authentic interpretation the consent erodes.

Consequently, this Article affirmed in the event a collective authentic interpretation (by all of the States Parties) was presented – where (evidently) no different, divergent, conflicting or opposed views between the subjects of international law for whom the treaty is in force exist⁵⁹ – the Arbitral Tribunal should be precluded from issuing an authorized interpretation. Absent a genuine collective authentic interpretation⁶⁰, however, the presumption should be that individual authentic interpretations are opposed⁶¹ and, consequently, the Arbitral Tribunal must issue an authorized interpretation.

Under the premise of Inter-State arbitration being a legitimate dispute settlement mechanism in international law and considering States Parties are free to pursue whichever means they deem appropriate for reconciling their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations, they may engage not only in consultations and negotiations (through the appropriate diplomatic channels, though conveying a subsequent agreement), but in parallel Inter-State dispute resolution mechanisms⁶². An Investor-State Arbitral Tribunal hearing the dispute between an investor of that State Party and the other State Party, should accord the appropriate deference to the implications of an authorized interpretation being requested by the two States Parties to

the investment treaty (in light of their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations), over its own (imperfect) authorized interpretation for the separate dispute. In accordance with Section 3 *supra*, seeking to find additional assurances on the common understanding – when the meeting of the minds is in question – is far from “political”.

Thus, an *a contrario* perception cannot invalidate or ignore the fact that an investment treaty binds the States Parties, and it is their mutual comprehension on “what are” the agreed international conventional obligations that gives rise to (eventual) subsequent breaches to an investor. If the States Parties agree that a particular situation or set of facts are not, without reasonable doubt, encompassed under a conventional clause (and, therefore, an authorized interpretation on their different, divergent, conflicting or opposed authentic interpretations is solicited), the Investor-State Arbitral Tribunal should not move forward with separate proceedings. Moreover, if the States Parties concur on the affirmation that an investor’s claim is not encompassed in their common understanding or intent of the conventional clause⁶³, a subsequent authorized interpretation has no room. The relevant part of the claim (or, eventually, the entire claim if circumstances so provide), must be dismissed.

As the current available procedural mechanisms to canalize authentic interpretations in international arbitration proceedings fall short on assigning concrete procedural consequences to the occurrence of those circumstances⁶⁴, this Article recommends the inclusion of a provision⁶⁵ reflective of the following *rationale*, aiming at offering a remedy in the debate on the convenience, legitimacy and balance of the Investor-State dispute settlement mechanism:

“No claim may be submitted to arbitration under this Section or be considered by an Arbitral Tribunal established under this Section, if the Parties, by writ-

⁵⁸ Considering that, *inter alia*, reservations or conditional interpretative declarations (as some of the most prominent international law mechanisms) are not applicable – like is the case in multilateral treaties.

⁵⁹ Naturally, on the basis of the collective authentic interpretation differing and opposing the views or position of the investor (as party to the dispute).

⁶⁰ That is, when only one of the States Parties alleges the existence of a collective authentic interpretation, without there being a *prima facie* subsequent written agreement between the States Parties.

⁶¹ Which means that the opposing or conflicting views of the Investor, on the one hand, and Host State, on the other, match or mirror opposing or conflicting the States Parties’ individual authentic interpretations.

⁶² In accordance with Section 3 *supra*, the submittal of a claim to Inter-State Arbitration must occur prior to the formal conclusion of the Investor-State arbitration proceedings. Likewise, the other State must concur in the aim of seeking an authorized interpretation (and not object to the jurisdiction of the Inter-State Arbitral Tribunal).

⁶³ That is, if the States Parties agree that the claim of an investor should be dismissed.

⁶⁴ And, likewise, the ordinary conventional clauses referred in *supra* note 46.

fall short on assigning concrete procedural consequences to the occurrence of those circumstances (beyond the value thereby referred).

⁶⁵ This provision is drafted and envisioned for bilateral investment treaties. Nevertheless, it may very well be incorporated – *mutatis mutandis* – in institutional or *ad hoc* procedural rules, although (it is acknowledged that) such process may be more complex.

ten binding arrangement, agree that the claim should be dismissed”.

Considering that the continued meeting of the minds is essential to prevent the erosion of consent in bilateral treaties. Under the understanding that silence is strange to good faith, in the event a situation corresponding to the description of paragraph 5 of Section 2.3 *supra* occurs – in accordance with Section 6 *supra* – acquiescence should be a strong presumption, with the highest possible threshold on eventual elusion. Consequently, this Article recommends the inclusion of a provision⁶⁶ reflective of the following *rationale*, aiming at offering a remedy in the debate on the convenience, legitimacy and balance of the Investor-State dispute settlement mechanism:

In any arbitration conducted under this Section, at the request of any party, an Arbitral Tribunal shall so notify the non-disputing Party with a view to invite it to furnish oral or written submissions regarding the interpretation of this Treaty. If the non-disputing Party declines to submit such observations or does not otherwise furnish observations regarding the interpretation of this Treaty, the non-disputing Party shall be presumed, for the purposes of this Treaty, to have acquiesced to the interpretation of this Treaty.

As a final reflection, it should be noted that major “concern” over what States Parties might or not engage in (or do), after these inclusions take place⁶⁷, should be completely absent from the discussion⁶⁸. Such personal perceptions are not a juridical matter – rather a question of political expediency – and, as such, the conjectures or speculations on a supposed “*disturb to arbitration guarantees*”⁶⁹ are not appropriate.

Likewise, it is worth mentioning that this Article’s recommendations are not to be read as “*advocacy for diplomatic protection*”⁷⁰. Rather, they purport to address a concern on the possibilities of misconstruction of conventional clauses by Investor-State Arbitral Tribunals

occurring⁷¹ (under the very specific circumstances or scenarios addressed as problematic), while distancing themselves from the so-called “destructive criticism” (which, unfortunately, prevails in the ordinary approach of the subject-matter). Accordingly, this Article’s proposal of concrete alternatives (recommendations) aims to strengthen the Investor-State dispute settlement mechanism.

In this “golden age” for investment arbitration, where the proliferation of investment treaties is expected to continue, the linked increase in the submittal of claims is likewise forecasted to grow, and the convenience, legitimacy and balance of the Investor-State dispute settlement mechanism will continue to be central in the debate, arbitral interpretation is at a crossroads. Would the problem be maintained or would the remedy be embraced?

References

AD HOC STATE-STATE ARBITRATION. Italian Republic v. Republic of Cuba (Cuba – Italy Bilateral Investment Treaty). Available: <https://www.italaw.com/cases/580>.

AUST, Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge: Cambridge University, 2005.

COLOMBIA, Peru, Mexico, Chile, Additional Protocol to the Framework Agreement on the Pacific Alliance, entry into force in 2016 (signed in 2014).

CONFORTI, Benedetto; FOCARELLI, Carlo. *The Law and Practice of the United Nations*. 4. ed. Brill – Nijhoff, 2010.

CONVENTION on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (1965), within the International Center for Settlement of Investment Disputes.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTE. *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan* (2012). Available at: <https://www.italaw.com/cases/211>

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTE. *Saipem S.p.A.*

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ By means of, *inter alia*, the adoption and subsequent entry into force of an amendment to the relevant investment treaty, or the conclusion and ratification of a new investment treaty.

⁶⁸ Likewise, as a non-legal matter, it should be absent from an Investor-State Arbitral Tribunal’s reasoning.

⁶⁹ See REISMAN, W. Michael. Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United States, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1498>

⁷⁰ Nor for a “re-politization” of international investment disputes (consonant with Section 3 *supra*).

⁷¹ In due consideration of the cases referred in Section 3 *supra*, when these circumstances have occurred, deficiencies have arisen.

- v. The People's Republic of Bangladesh* (2007). Available at: <https://www.italaw.com/cases/951>.
- JOHNSON JUNIOR, Thomas; GIMBLETT, Jonathan. *Gunboats to BITs: the Evolution of Modern International Investment Law*. In: SAUVANT, Karl P. *Yearbook on International Investment Law and Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 649-686.
- MAFTEI, Jana; LICUTA COMAN, Varvara. *Interpretation of Treaties*. 2012. Acta Universitatis Danubius Juridica, Danubius University. p. 16-30.
- ORECKI, Marcin. *State-to-State Arbitration pursuant to Bilateral Investment Treaties: The Ecuador-US Dispute*, 2013. Available at: http://www.youngicca-blog.com/wp-content/uploads/2013/02/State_to_State_Marcin_Orecki_10_02_201.pdf.
- PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *The Republic of Ecuador v. The United States of America*. Available at: <https://www.state.gov/s/l/c53491.htm>.
- POSNER, Theodore R.; DÓZSA, Dániel. The Enduring Role of Diplomacy and Other Tools of State-State Dispute Resolution in a Golden Age of Investor-State Arbitration. *Weil World Arbitration Report*, p. 2-9, Sept. 2013.
- REISMAN, W. Michael. *Opinion with respect to jurisdiction in the Interstate Arbitration initiated by Ecuador against the United States*, 2012. Available at: <https://www.italaw.com/cases/documents/1498>.
- RULES of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules) of the International Center for Settlement of Investment Disputes (2006).
- SCHEFER, Krista Nadakavukaren. *International Investment Law*. 2. ed. Switzerland: Edward Elgar Publishers, 2013.
- SHAW, Malcom N. *International Law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- THE ENERGY Charter Treaty, entry into force in 1998, (signed in 1994).
- TIERSMA, Peter M. *Legal Language*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999. (Paperback edition).
- UNITED STATES OF AMERICA; ECUADOR. *Bilateral Investment Treaty* (signed in 1993).
- UNITED STATES OF AMERICA; REPUBLIC OF COLOMBIA. *Trade Promotion Agreement* (2006). Article 10.20, Section 2.
- WARREN, Elizabeth. The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose, *The Washington Post*, Washington D.C., Feb. 2015.
- WELLHAUSEN, Rachel L. Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement, *Journal of International Dispute Settlement*, v. 7, n. 1, p. 117-135, Jan. 2016.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Arbitragem Internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: Análise de Casos Recentes
International Arbitration under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Mixed Disputes: Analysis of Recent Cases

Alexandre Pereira da Silva

Arbitragem Internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: Análise de Casos Recentes*

International Arbitration under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea and the Mixed Disputes: Analysis of Recent Cases

Alexandre Pereira da Silva**

Resumo

Nos últimos anos, duas arbitragens internacionais constituídas com base no anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) — “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício *vs.* Reino Unido)” e “Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China)” — parecem ter emitido sinais contraditórios sobre a jurisdição dessas cortes arbitrais para lidar com as disputas mistas, ou seja, aquelas controvérsias que envolvem questões de direito do mar, mas também aspectos de soberania territorial. Uma terceira arbitragem instituída sob o mesmo regime jurídico da CNUDM — “Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia *vs.* Rússia)” —, ainda em andamento, também apresenta características de uma disputa mista e, como as anteriores, terá que enfrentar o dilema se tem ou não jurisdição para analisar os pedidos formulados pelo Estado demandante. O problema central deste artigo, portanto, consiste em examinar como essas cortes arbitrais têm lidado com as disputas mistas. Para responder esse questionamento, o artigo empregou os métodos dedutivo e comparativo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de decisões arbitrais. Dessa forma, a contribuição original do presente trabalho constitui-se em apresentar e analisar as dificuldades enfrentadas pelas recentes arbitragens instituídas sob o anexo VII da CNUDM naqueles casos em que as questões de direito do mar e de soberania territorial estão diretamente associadas.

Palavras-chave: Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Arbitragem internacional. Anexo VII. Disputas Mistas. Jurisdição.

* Recebido em 03/01/2019
Aprovado em 07/02/2019

** Professor e Pesquisador Associado no China Institute of Boundary and Ocean Studies, Wuhan University, Wuhan, China. Pós-Doutor em Direito pela Schulich School of Law, Dalhousie University, Halifax, Canadá. Email: alexandrepsilva@hotmail.com

Abstract

In the past years, two international arbitrations instituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) — “Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius *v.* United Kingdom)” and “South China Sea Arbitration (The Philippines *v.* China)” —

seem to be delivered contradictory signs over the jurisdiction of these international tribunals to deal with mixed disputes, i.e., those controversies that concern with law of the sea, but also territorial sovereignty issues. A third arbitration instituted under the same legal regime of the UNCLOS — “Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine *v.* Russian Federation)” —, still in progress, also presents aspects of a mixed dispute and, as the previous ones, will have to face the dilemma if it has or not jurisdiction to adjudge the pleadings of the demanding State. Therefore, the core problem of this article is to examine how these arbitral tribunals have dealt with mixed disputes. To answer this question, the article used the deductive and case study methods, through bibliographical research and arbitral decisions analysis. Thus, the original contribution of the present paper is to present and analyze the difficulties faced by recent arbitrations instituted under annex VII of the UNCLOS in those cases in which law of the sea and territorial sovereignty issues are directly linked.

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea. International Arbitration. Annex VII. Mixed Disputes. Jurisdiction.

1 Introdução

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (‘CNUDM’ ou ‘Convenção’) criou um complexo sistema de solução de controvérsias referente à sua interpretação ou aplicação, estabelecendo procedimentos facultativos e obrigatórios para a resolução de litígios. A CNUDM também inovou ao prever a criação de um tribunal permanente, o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), que tem sede em Hamburgo. No entanto, além do TIDM, o mecanismo de solução de controvérsias da Convenção estabeleceu que outros órgãos adjudicantes também poderão ser escolhidos pelas partes para solucionar questões sobre sua interpretação ou aplicação: a Corte Internacional de Justiça, a arbitragem nos termos do anexo VII e a arbitragem especial nos termos do anexo VIII da Convenção.

Apesar da atuação do TIDM em diversos casos importantes nesses últimos vinte anos, é a arbitragem internacional, nos termos do anexo VII da Convenção, que vem lidando com algumas das questões mais po-

lêmicas sobre o direito do mar, em especial por causa do caráter “misto” de algumas dessas disputas, ou seja, litígios que envolvem questões de direito do mar, mas também aspectos de soberania territorial. E, essas disputas mistas suscitam o seguinte questionamento: podem as disputas mistas serem julgadas pelo mecanismo de solução de controvérsias criado pela CNUDM? De um lado, há aqueles que entendem que as questões sobre soberania territorial não são tratadas na Convenção e, portanto, estão excluídas dos seus procedimentos de solução de disputa. Em sentido contrário, há aqueles que argumentam que o mecanismo de solução de controvérsia da Convenção poderá ter jurisdição sobre um caso em que a soberania territorial é, apenas, acessória ou complementar ao objeto principal da disputa.

Mais do que apresentar o debate teórico, o objetivo primordial deste artigo é analisar essa questão a partir do exame de três casos recentes: a “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício *vs.* Reino Unido)”, a “Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China)” e a “Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia *vs.* Rússia)”. As duas primeiras arbitragens já foram concluídas e parecem ter indicado sinais contraditórios quanto à possibilidade de decidir sobre as disputas mistas, enquanto a terceira, ainda, está em curso, mas, ao bifurcar a análise do caso, a corte arbitral sinalizou que o tema sobre as disputas mistas terá uma atenção especial.

O artigo está estruturado da seguinte maneira. O item 1 versa sobre o mecanismo de solução de controvérsias da CNUDM, destacando seus principais aspectos. O item 2 cuida das disputas mistas e da divergência doutrinária a respeito do fato de os órgãos adjudicantes da Convenção terem jurisdição sobre essas controvérsias. O item 3 analisa os três casos mencionados acima de forma separada, com especial atenção para a maneira como as disputas mistas foram consideradas pelas cortes arbitrais nos dois casos já encerrados e como a questão poderá ser tratada pela arbitragem ainda em andamento.

2 O mecanismo de solução de controvérsias da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

A Parte XV da CNUDM, que versa sobre o mecanismo de solução de disputas, divide-se em três seções. A Seção 1 trata das disposições gerais, a Seção 2 dos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias, e a Seção 3 dos limites e exceções à aplicação da Seção 2. Outros dispositivos sobre solução de controvérsias também se encontram na Parte XI, que versa sobre as atividades de mineração marinha, e em cinco anexos da Convenção.¹

A Seção 1 (artigos 279-285) sintetiza os princípios, obrigações, direitos e liberdades dos Estados consolidados no direito internacional contemporâneo, em especial: a obrigação de solucionar as disputas por meios pacíficos (artigo 279), a livre escolha dos meios de resolução de controvérsias (artigo 280), a obrigação de trocar opiniões (artigo 283) e o direito de uma das partes de convidar a outra a submeter a disputa a conciliação não obrigatória (artigo 284). A Convenção não estipula a preferência de um meio de solução em detrimento dos demais.²

A Seção 2 (artigos 286-296) preceitua que, quando a controvérsia não tiver sido solucionada, a disputa poderá ser submetida a pedido de qualquer das partes envolvidas aos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias estabelecidos no artigo 287, que são: o Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM), a Corte Internacional de Justiça (CIJ), a arbitragem, nos termos do anexo VII, e a arbitragem especial, nos termos do anexo VIII, a menos que a disputa recaia em exceções especiais. Portanto, na ausência de um acordo especial ou de um tratado em separado entre as partes, o artigo 288.1 da Convenção rege a jurisdição desses quatro órgãos adjudicantes no sentido de que estes têm jurisdição sobre “qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação da presente Convenção”.

A Seção 3 (artigos 297-299) dispõe sobre os limites

e as exceções à aplicação da Seção 2. Parte dessas exceções pode ser submetida ao mecanismo obrigatório do procedimento de conciliação nos termos da Seção 2 do Anexo V da Convenção (“conciliação obrigatória”), conduzindo a recomendações não obrigatórias para as partes, enquanto outra parte dessas exceções é terminantemente excluída dos procedimentos compulsórios (adjudicação, arbitragem ou conciliação), ainda que tais disputas continuem submetidas à Seção 1. Considera-se que os Estados aceitaram esses procedimentos compulsórios ao tornarem-se parte da CNUDM.³

Portanto, se as partes não conseguirem resolver a disputa por meios voluntários (Seção 1), a controvérsia deverá ser submetida, por iniciativa de qualquer das partes, aos procedimentos compulsórios estabelecidos na Seção 2. Somente aquelas controvérsias que recaiam nos limites e exceções previstos na Seção 3 não serão apreciadas pelo mecanismo de procedimentos obrigatórios.

Um passo importante no sistema estabelecido pela CNUDM é a escolha de um dos quatro procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias. O primeiro listado no artigo 287 é o TIDM, possivelmente porque dos quatro é o que tem a jurisdição mais abrangente e também porque pode adotar medidas provisórias nos termos do artigo 290.5 e a pronta liberação das embarcações e das suas tripulações de acordo com o artigo 292, ambos da CNUDM. Na sequência, o artigo 287 indica a CIJ, que já proferiu diversas decisões sobre o direito do mar, contribuindo, de forma significativa, para o seu desenvolvimento jurisprudencial. Por fim, os dois tribunais arbitrais: o primeiro constituído em conformidade com o anexo VII e o segundo em conformidade com o anexo VIII (arbitragem especial). A escolha do procedimento pode decorrer da declaração escrita submetida pelo Estado ao assinar, ratificar ou aderir à Convenção ou em qualquer momento posterior.

O artigo 287.3 estipula que o “Estado-parte que é parte numa controvérsia não abrangida por uma declaração vigente deve ser considerado como tendo aceite a arbitragem, de conformidade com o anexo VII”. Se ambos os Estados-partes aceitarem o mesmo procedimento para a solução da disputa, esta deverá ser submetida a esse procedimento, “salvo acordo em contrário das

¹ SILVA, Alexandre Pereira da; PEREIRA, Mariana Yante Barrêto. “Fundos abutres” vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata Libertad. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 147, 2013.

² KARAMAN, Ygor V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 6-7.

³ YEE, Sienho. The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections. *Chinese Journal of International Law*, v. 13, p. 664, 2014.

partes” (artigo 287.4). Na hipótese de os Estados-partes não aceitarem o mesmo procedimento, a disputa “só poderá ser submetida a arbitragem, de conformidade com o anexo VII, salvo acordo em contrário das partes” (artigo 287.5). Quando nenhuma declaração é feita, a presunção recai sobre a arbitragem prevista no anexo VII. Em janeiro de 2019, das 168 Partes da CNUDM, apenas 48 submeteram declarações escritas nos termos do artigo 287.⁴

Por fim, a Seção 3 impõe limites e exceções à aplicação dos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias. O artigo 297.1 exclui as disputas relativas ao exercício por um Estado costeiro dos seus direitos e jurisdição na sua zona econômica exclusiva (ZEE), exceto em dois casos: i) disputas envolvendo o exercício da liberdade de navegação, sobrevoo ou ao direito de colocação de cabos e dutos submarinos por outro Estado na ZEE; e, ii) disputas sobre alegações de que um Estado costeiro atuou em violação das regras e normas internacionais específicas para proteção e preservação do meio ambiente marinho. O artigo 297.2 obriga, em termos gerais, o Estado a submeter suas controvérsias relacionadas à investigação científica marinha aos procedimentos da Seção 2, a menos que a disputa seja referente aos direitos e discricionariedades do Estado costeiro especificados nos artigos 246 e 253 da CNUDM. Por último, o artigo 297.3 obriga os Estados a submeterem as disputas sobre pesca aos procedimentos da Seção 2, salvo quando essas controvérsias versarem sobre os direitos soberanos do Estado costeiro relativos aos recursos vivos da sua ZEE ou ao exercício desses direitos, incluídos os seus poderes discricionários de fixar a captura permissível, a sua capacidade de captura, a atribuição de excedentes a outros Estados e as modalidades de condições estabelecidas nas suas leis e regulamentos de conservação e gestão. Em essência, o artigo 297 isenta os Estados de submeterem algumas categorias de disputas aos procedimentos obrigatórios sem que qualquer espécie de declaração seja feita.⁵

Já o artigo 298 da Convenção elenca três tipos de disputas que os Estados podem excluir por declaração

escrita de um ou mais dos procedimentos estabelecidos na Seção 2: i) as controvérsias relativas à interpretação ou aplicação dos artigos 15, 74 e 83 referentes à delimitação de zonas marítimas, ou às baías ou títulos históricos; ii) as controvérsias relativas a atividades militares ou atividades de aplicação da lei pelo Estado costeiro referentes à pesca e investigação científica marinha em áreas sob sua jurisdição; e, iii) as controvérsias a respeito das quais o Conselho de Segurança das Nações Unidas esteja a exercer as funções que lhe são conferidas pela Carta das Nações Unidas.⁶

As disputas excluídas pelo artigo 297 ou excetuadas pelo artigo 298 dos procedimentos de solução de controvérsias previstos na Seção 2 poderão ser submetidas a tais procedimentos “por acordo das partes na controvérsia”. De qualquer forma, as partes estão livres para anuírem a um outro procedimento para a solução da controvérsia ou para chegarem a uma solução amigável (artigo 299).

3 As disputas mistas no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e na doutrina internacionalista

O mecanismo de solução de controvérsias da Parte XV trata de qualquer disputa sobre “a interpretação ou aplicação da presente Convenção” (artigo 288.1). Portanto, os quatro órgãos adjudicantes mencionados no artigo 287 não podem analisar questões que se baseiem, apenas, em violações do direito internacional consuetudinário ou que decorram de outros tratados internacionais, a menos que esses tratados estejam relacionados com os objetivos da CNUDM e que a disputa seja submetida aos órgãos adjudicantes da Convenção nos termos desses tratados (artigo 288.2).⁷

No entanto, diversas disputas não se restringem apenas a questões de direito do mar, mas envolvem outros assuntos; por exemplo, questões referentes à delimitação marítima muitas vezes também envolvem disputas

⁴ UNITED NATIONS. United Nations Treaty Collection. *Status of Treaties*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁵ KARAMAN, Ygor V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 9-10.

⁶ RAO, Patibandla Chandrasekhara. Law of the Sea, Settlement of Disputes. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁷ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *HitoSubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 50, 2018.

sobre a soberania de determinada ilha que pode gerar direitos na área em disputa. Essas controvérsias são chamadas de mistas, ou seja, “*cases in which a maritime dispute involves the concurrent consideration of any dispute concerning sovereignty or other rights over continental or insular land territory*”.⁸

Essas controvérsias mistas representam um desafio adicional ao sistema criado na CNUDM. Se as partes acordam em submeter essa disputa mista de comum acordo a uma terceira parte, elas podem escolher a CIJ, a arbitragem ou um outro mecanismo sem qualquer relação com as disposições da CNUDM. De igual forma, nada impede que as partes envolvidas acordem em submeter essa disputa mista ao TIDM ou a arbitragem nos termos do anexo VII da CNUDM. Entretanto, questão muito diferente e complicada é quando uma das partes decide submeter, de modo unilateral, essa disputa mista a um dos procedimentos estabelecidos na Seção 2 da Parte XV da Convenção.⁹

Pode-se afirmar que as disputas territoriais “puras” estão excluídas do âmbito jurisdicional dos órgãos adjudicantes da Convenção. Mas, como a CNUDM é silente sobre as disputas mistas a doutrina internacionalista, divide-se em dois grandes entendimentos.

De um lado, há aqueles que entendem que os órgãos adjudicantes da CNUDM não têm jurisdição sobre as disputas mistas, visto que as questões sobre soberania territorial não são tratadas na Convenção e não parece existir qualquer indicação de que a adesão à Convenção acarrete o consentimento para julgar disputas sobre soberania territorial.¹⁰ Nesse sentido, Buga também assevera que o silêncio da Convenção sobre as questões territoriais não contribui para o entendimento de que os órgãos adjudicantes da CNUDM tenham jurisdição

sobre o assunto.¹¹

Em sentido contrário há aqueles que consideram que as disputas mistas recaem, integralmente, na jurisdição dos órgãos adjudicantes da Convenção. Em um controverso discurso, o então presidente do TIDM Wolfrum afirmou que, com base no princípio da efetividade, o órgão adjudicante da Convenção deve cumprir a sua função primordial, acrescentando que: “[...] *it may be noted that the competence of the Tribunal, or any other court or tribunal, to deal with the main claim that maritime delimitation be effected according to articles 15, 74 or 83 includes the associated question of delimitation over land or islands. It is apparent that maritime boundaries cannot be determined in isolation without reference to territory*”.¹²

Por isso, em razão do silêncio da Convenção sobre as disputas mistas e de opiniões divergentes na doutrina internacionalista sobre a capacidade dos órgãos judicantes da CNUDM para julgar essas controvérsias, um elemento fundamental para o Estado demandante frente a uma disputa mista é como caracterizá-la para o órgão adjudicante, ou seja, tentar enquadrar a controvérsia nos limites da “interpretação ou aplicação da Convenção” e, se não for possível evitar totalmente a menção à questão da soberania territorial, apresentá-la, apenas, como acessória ou complementar ao objeto principal da disputa. Afinal, em razão do princípio da *kompetenz-kompetenz*, “em caso de controvérsia sobre jurisdição de uma corte ou tribunal, a questão será resolvida por decisão dessa corte ou tribunal” (artigo 288.4).

Proelss entende que, de um lado, não é adequado atribuir um peso decisivo ao enquadramento da disputa apresentado pelo Estado demandante, já que dessa maneira estaria nas mãos do demandante estabelecer a jurisdição do órgão adjudicante nos termos do artigo 288.1 da Convenção. Por outro lado, a simples justificativa por parte do Estado demandado de que a disputa envolve questões de soberania territorial — excluindo, assim, a jurisdição dos órgãos adjudicantes da Convenção — possibilitaria ao demandado bloquear a atuação

⁸ WOLFRUM, Rüdiger. *Statement by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministers Foreign Affairs*. New York, 23 October 2006. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁹ OXMAN, Bernard H. Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 400.

¹⁰ OXMAN, Bernard H. Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 400.

¹¹ BUGA, Irina. Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 27, p. 67, 2012.

¹² WOLFRUM, Rüdiger. *Statement by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministers Foreign Affairs*. New York, 23 October 2006. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

desses órgãos.¹³

A partir dessas considerações, Proelss faz três observações com relação aos limites jurisdicionais dos órgãos adjudicantes da CNUDM sobre as disputas mistas. Em primeiro lugar, contanto que a disputa seja predominantemente sobre a interpretação ou aplicação da Convenção, as questões territoriais relacionadas à controvérsia não constituem automaticamente um obstáculo à jurisdição dos órgãos adjudicantes da CNUDM. Em segundo lugar, se não houver um vínculo inseparável entre, de um lado, a interpretação ou aplicação da Convenção e, por outro lado, as questões territoriais pertinentes, esta não poderá ser analisada por um dos órgãos adjudicantes da CNUDM. E, em terceiro lugar, se for uma disputa mista, não há outra opção para o órgão adjudicante da CNUDM a não ser determinar o peso relativo da questão territorial na disputa. Ainda que isso possibilite uma ampla margem discricionária ao órgão adjudicante, o ponto central da disputa deverá, claramente, recair na interpretação ou aplicação da Convenção para que esse órgão tenha jurisdição com fundamento no artigo 288.1 da CNUDM.¹⁴

Como será discutido no item seguinte, é exatamente essa margem discricionária que o órgão adjudicante tem para definir onde recai o ponto central da disputa que acirra ainda mais o debate sobre a atuação desses órgãos nas disputas mistas. Além disso, o entendimento de que as cortes arbitrais têm jurisdição sobre questões relativas à soberania, desde que estas sejam apenas “acessórias” e não constituam “o próprio objeto” da disputa, acrescentou novos elementos ao debate.

4 Análise de três casos recentes

Essa parte do artigo analisará três arbitragens constituídas nos termos do anexo VII da CNUDM. Um aspecto comum a elas é o caráter misto da disputa, envolvendo questões de direito do mar, mas também com um considerável aspecto de soberania territorial. Em termos cronológicos os casos são os seguintes: “Arbitragem sobre Área Marinha Protegida de Chagos (Maurí-

cio *vs.* Reino Unido)”, interposta em dezembro de 2010 e laudo arbitral conhecido em 18 de março de 2015; “Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas *vs.* China)”, iniciada em 22 de janeiro de 2013 e laudo arbitral divulgado em 12 de junho de 2016; e, “Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia *vs.* Rússia)”, interposta em 16 de setembro de 2016, ainda pendente de decisão de jurisdição e admissibilidade.¹⁵

4.1 Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos (Maurício *vs.* Reino Unido)

Em 20 de dezembro de 2010, a República de Maurício, nos termos do artigo 287 e do artigo 1º do Anexo VII da CNUDM, iniciou um procedimento arbitral referente ao estabelecimento pelo Reino Unido de uma área marinha protegida (AMP) ao redor do arquipélago de Chagos — situado na região de Maurício e reivindicado como parte do seu território —, mas atualmente administrado pelo Reino Unido como *British Indian Ocean Territory*.¹⁶

O histórico da disputa em torno do arquipélago de Chagos inicia-se com o processo de descolonização de Maurício. Chagos era parte integrante da então colônia

¹³ A Corte Permanente de Arbitragem (PCA, na sigla em inglês), com sede em Haia, atua como secretaria de registros nos três casos.

¹⁴ A República de Maurício indicou o então juiz do TIDM Rüdiger Wolfrum (Alemanha), enquanto o Reino Unido indicou o então juiz da CIJ Christopher Greenwood (Reino Unido). Em março de 2011, o juiz-presidente do TIDM nomeou os demais membros: os juizes do TIDM James Kateka (Tanzânia) e Albert Hoffmann (África do Sul), além do professor Ivan Shearer (Austrália), que atuou como presidente da corte arbitral. Maurício questionou a indicação do juiz Greenwood argumentando que essa era incompatível com os princípios da independência e imparcialidade, já que o juiz Greenwood tinha realizado serviços para o *Foreign and Commonwealth Office* e ainda mantinha relações estreitas com o órgão. Em decisão de 30 de novembro de 2011 a corte arbitral decidiu manter o juiz Greenwood como membro da corte arbitral. Coincidência, ou não, anos depois em 2017 no momento da escolha dos juizes para a CIJ a Índia lançou um candidato contra a reeleição de Greenwood. Depois de semanas de impasse, o juiz Greenwood desistiu da sua candidatura, possibilitando a eleição do indiano Dalveer Bhandari para o cargo de juiz da CIJ, quebrando, assim, uma “regra não escrita” existente desde o estabelecimento da CIJ que sempre tivera tido juizes dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011.

¹³ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 55, 2018.

¹⁴ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 55-56, 2018.

britânica de Maurício até 1965, mas poucos meses antes da independência do país em 12 de março daquele ano foi separado de Maurício pelo Reino Unido. Como compensação pela separação, o Reino Unido assegurou entre outras coisas que: os direitos de pesca nas águas ao redor de Chagos permaneceriam com Maurício, na medida do possível; que Chagos seria devolvido quando não fosse mais necessário para fins de defesa; e, que as eventuais descobertas de petróleo e minerais na região de Chagos seriam preservadas para Maurício. Em decorrência da separação, os habitantes originários de Chagos foram removidos do arquipélago e a ilha de Diego Garcia, a maior de Chagos, foi cedida aos Estados Unidos para ser uma base militar. Pelo menos a partir dos anos 1980, Maurício passou a reivindicar soberania sobre o arquipélago de Chagos.^{17 18}

Em 2009, o Reino Unido iniciou estudos para o estabelecimento de uma AMP nas águas ao redor de Chagos, em que todo tipo de pesca seria proibido. Após um breve período de discussões entre representantes dos dois países, em abril de 2010, o Reino Unido criou a *Chagos Marine Protected Area*, uma AMP de proteção integral que cobre 640.000 km², abrangendo cerca de 70 ilhas e sete atóis da região.¹⁹

Como reação, em dezembro de 2010, Maurício solicitou a criação de um procedimento arbitral com base no anexo VII da CNUDM submetendo os seguintes pedidos: i) o Reino Unido não tem direito de estabelecer uma AMP ou outras zonas marítimas na região de Chagos porque não é o “Estado costeiro” nos termos dos artigos 2, 55, 56 e 76 da Convenção; ii) tendo em conta

os compromissos assumidos com Maurício referentes ao arquipélago de Chagos, o Reino Unido não tem o direito de declarar unilateralmente uma AMP ou outras zonas marítimas, já que os direitos como “Estado costeiro” nos termos dos artigos 56.1(b)(iii) e 76.8 da CNUDM e outros dispositivos relacionados pertencem a Maurício; iii) o Reino Unido não deve tomar medidas que impeçam a Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC) de fazer recomendações a Maurício com relação a qualquer submissão integral que Maurício possa futuramente apresentar à CLPC referente ao arquipélago de Chagos nos termos do artigo 76 da CNUDM; e, iv) o estabelecimento pelo Reino Unido da AMP de Chagos é incompatível com diversos dispositivos da CNUDM (artigos 2, 55, 56, 63, 64, 194 e 300), bem como com o artigo 7º do Acordo sobre Populações de Peixes Transzonais e Altamente Migratórios (1995).²⁰

Ciente dos obstáculos jurisdicionais da corte arbitral para analisar pleitos que versam sobre soberania territorial, os representantes de Maurício procuraram enquadrar os quatro pedidos na “interpretação e aplicação da Convenção”. Assim, para Maurício a questão central da disputa não era se o Reino Unido tinha soberania sobre Chagos, mas se o Reino Unido, nos termos da CNUDM, era o “Estado costeiro” e, portanto, competente para agir dessa forma.²¹

Na réplica, o Reino Unido argumentou que a corte arbitral não tinha jurisdição sobre os pedidos formulados por Maurício, já que estes versavam sobre a disputa em torno da soberania do arquipélago de Chagos, afirmando, ainda, que a soberania sobre Chagos constituía “*the real issue in the case*”.²² Ainda na contestação, o Reino

¹⁷ LOW, Jocelyn Chan. The making of the Chagos Affair: myths and reality. In: EVERS, Sandra J. T. M.; KOOY, Marry (ed.). *Eription from the Chagos Islands: Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers*. Leiden: Brill, 2011. p. 61-66.

¹⁸ A separação de Chagos suscitou outros dois procedimentos em cortes internacionais. O primeiro, em dezembro de 2004, foi a ação interposta na Corte Europeia de Direitos Humanos (*Chagos Islanders v. United Kingdom*) por habitantes originários de Chagos e seus descendentes que denunciavam graves violações da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Individuais (1950) ocorridas entre os anos de 1967 e 1973; em dezembro de 2013, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou o pedido inadmissível. O segundo, em junho de 2017, quando o Secretário-Geral das Nações Unidas, atendendo decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas, solicitou da Corte Internacional de Justiça um parecer consultivo sobre a questão (*Legal Consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*), ainda em análise em janeiro de 2019.

¹⁹ DE SANTO, E. M.; JONES, P. J. S.; MILLER, A. M. M. Fortress Conservation at Sea: A Commentary on the Chagos Marine Protected Area. *Marine Policy*, v. 35, p. 258, 2011.

²⁰ PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 158.

²¹ QU, Wensheng. The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond. *Ocean Development & International Law*, v. 47, n. 1, p. 42-43, 2016.

²² PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para 164. Como objeção preliminar o Reino Unido havia solicitado que a corte arbitral bifurcasse o caso, ou seja, que antes de prosseguir no exame de mérito a corte arbitral julgasse preliminarmente e em separado a questão da jurisdicionalidade. Em 15 de janeiro de 2013, a corte arbitral decidiu que a objeção preliminar de jurisdição seria

Unido afirmou que uma AMP é basicamente uma medida protetiva dos recursos da pesca e que o artigo 297.3 da CNUDM exclui as disputas sobre pescas de qualquer procedimento compulsório da Convenção.

Por maioria, a corte arbitral considerou que não tinha jurisdição para examinar os dois primeiros pedidos de Maurício. Em relação ao terceiro pedido, por unanimidade, a corte arbitral entendeu que não havia disputa entre partes no tocante a futuras submissões à CLPC e, portanto, não examinaria tal pedido. No tocante ao quarto pedido, também por unanimidade, a corte arbitral considerou que tinha jurisdição para analisá-lo.

A corte arbitral entendeu que os dois primeiros pedidos de Maurício estavam relacionados à questão da soberania:

[...] the Tribunal evaluates where the weight of the Parties' dispute lies. In carrying out this task, the Tribunal does not consider that its role is limited to parsing the precise wording chosen by Mauritius in formulating its submission. On the contrary, the Tribunal is entitled, and indeed obliged, to consider the context of the submission and the manner in which it has been presented in order to establish the dispute actually separating the Parties. Again, the Tribunal finds that the Parties' underlying dispute regarding sovereignty over the Archipelago is predominant. The question of the "coastal State" [...] remains merely an aspect of this larger dispute.²³

Por outro lado, a corte arbitral entendeu que poderia ter jurisdição sobre o caso se a questão da soberania territorial fosse acessória à controvérsia sobre interpretação ou aplicação da Convenção, mas essa hipótese não era o que acontecia no caso em tela:

The Tribunal does not categorically exclude that in some instances a minor issue of territorial sovereignty could indeed be ancillary to a dispute concerning the interpretation or application of the Convention. That, however, is not this case, and the Tribunal therefore has no need to rule upon the issue. The Parties' dispute regarding sovereignty

considerada no processo sobre o mérito, rejeitando dessa forma a bifurcação do caso. PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Procedural Order no. 2 (Application to Bifurcate Proceedings), 15 January 2013.

²³ PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 229.

over the Chagos Archipelago does not concern the interpretation or application of the Convention.²⁴

Como mencionado anteriormente, a decisão da corte arbitral de rejeitar os dois primeiros pedidos de Maurício foram por maioria. Os juízes Kateka e Wolfrum divergiram da abordagem sobre como caracterizar a disputa, considerando que, com base na jurisprudência da CIJ, três aspectos devem ser observados: i) que cabe à própria corte arbitral caracterizar a disputa entre as partes; ii) fazendo-o de forma objetiva, "*giving particular attention to the formulation of the dispute chosen by the Applicant by examining the position of both parties*"; examinando as posições de ambas as partes; e, iii) distinguir entre o próprio litígio e os argumentos apresentados pelas partes.²⁵

Um outro aspecto importante do pedido de Maurício que os membros da corte arbitral tiveram que enfrentar foi a proposição de uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 298.1(a)(i). Para Maurício, visto que a cláusula final do artigo 298.1(a)(i)²⁶ declara expressamente que as disputas relativas à soberania sobre um território continental ou insular estão excluídas da conciliação obrigatória, desde que seja realizada uma declaração nos termos desse artigo, uma leitura *a contrario sensu* desse dispositivo poderia levar a um entendimento de que, na ausência de tal declaração, a disputa relativa à soberania ou disputa mista recai no escopo jurisdicional dos procedimentos obrigatórios da Convenção.²⁷

²⁴ PCA. *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 221.

²⁵ PCA. Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Dissenting and Concurring Opinion. Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum, para. 5.

²⁶ O artigo 298.1(a)(i) dispõe que: "1. Ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer outro momento ulterior, um Estado pode, sem prejuízo das obrigações resultantes da seção 1, declarar por escrito não aceitar um ou mais dos procedimentos estabelecidos na seção 2, com respeito a uma ou várias das seguintes categorias de controvérsias: a) i) As controvérsias relativas à interpretação ou aplicação dos artigos 15, 74 e 83 referentes à delimitação de zonas marítimas, ou às baías ou títulos históricos, com a ressalva de que o Estado que tiver feito a declaração, quando tal controvérsia surgir depois da entrada em vigor da presente Convenção e quando não se tiver chegado a acordo dentro de um prazo razoável de negociações entre as partes, aceite, a pedido de qualquer parte na controvérsia, submeter a questão ao procedimento de conciliação nos termos da seção 2 do anexo V, além disso, fica excluída de tal submissão qualquer controvérsia que implique necessariamente o exame simultâneo de uma controvérsia não solucionada relativa à soberania ou outros direitos sobre um território continental ou insular".

²⁷ PCA *Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Pro-

A possibilidade de uma interpretação *a contrario sensu* do artigo 298.1(a)(i) é uma questão controversa. Doutrinadores como Rao defendem que esse dispositivo claramente sugere que, no caso de uma ausência de declaração nos termos do artigo 298 da CNUDM, qualquer um dos órgãos adjudicantes mencionados no artigo 287 é competente para lidar com questões que versem sobre delimitação marítima, ainda que envolvam aspectos de disputas mencionados nesse dispositivo.²⁸

A corte arbitral não enfrentou diretamente a questão, considerando apenas que:

[...] at most, an a contrario reading of the provision supports the proposition that an issue of land sovereignty might be within the jurisdiction of a Part XV court or tribunal if it were genuinely ancillary to a dispute over a maritime boundary or a claim of historic title.²⁹

Para Qu, a corte arbitral poderia ter ido mais longe e rejeitado, integralmente, o argumento de Maurício.³⁰ No entanto, a corte arbitral limitou-se a considerar que a disputa no caso concreto não envolvia delimitação marítima ou reivindicação de títulos históricos.

4.2 Arbitragem do Mar da China Meridional (Filipinas vs. China)

Em 22 de janeiro de 2013, as Filipinas instituíram o procedimento arbitral contra a China nos termos do anexo VII da Convenção. As reivindicações das Filipinas podem ser resumidas a dois aspectos centrais: i) que a corte arbitral declarasse com relação as zonas marítimas (mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e plataforma continental) tanto os direitos da China como os das Filipinas, nos termos previstos

tected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 218.

²⁸ RAO, Patibandla Chandrasekhara. Law of the Sea, Settlement of Disputes. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 3 jan. 2019.

²⁹ PCA Case no. 2011-03. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015, para. 218-219.

³⁰ QU, Wensheng. The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond. *Ocean Development & International Law*, v. 47, n. 1, p. 45-46, 2016.

pela CNUDM, no Mar da China Meridional; e, ii) que a corte arbitral declarasse que as reivindicações marítimas da China baseadas na linha dos nove traços violavam e eram contrárias às regras previstas na CNUDM. Sob essa segunda reivindicação, estava ainda abrangido o reconhecimento de que a China não dispunha de “direitos históricos” sobre as águas, o leito e o subsolo marinho que estão inseridos na linha dos nove traços que estejam além dos limites dispostos na CNUDM.^{31 32}

No tocante à soberania, as Filipinas anuíram que existia uma disputa com a China sobre a soberania de diversas características marítimas no Mar da China Meridional e reconheceram também que as “*disputes with China in the South China Sea have more than one layer*”. No entanto, as Filipinas consideravam que isso era totalmente irrelevante para a jurisdição da corte arbitral, já que “[n]one of [the Philippines] submissions require the Tribunal to express any view at all as to the extent of China’s sovereignty over land territory, or that of any other state”.³³

A China rejeitou participar de qualquer ato ligado à arbitragem. Em dezembro de 2014, a China publicou o “Documento da República Popular da China com relação ao tema da jurisdição na arbitragem do Mar da China Meridional iniciada pela República das Filipinas”³⁴,

³¹ SILVA, Alexandre Pereira da. Aspectos jurídicos e políticos das disputas no Mar da China Meridional. In: LIMA, Marcos Costa (org.). *Perspectivas Asiáticas*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2016. p. 292-293.

³² As Filipinas indicaram um dos árbitros, Rüdiger Wolfrum. O então presidente do TIDM Shunji Yanai (Japão) indicou os demais: Jean-Pierre Cot (França), Stanislaw Pawlak (Polônia), Alfred Soons (Países Baixos) e Chris Pinto (Sri Lanka, presidente). Pinto posteriormente renunciou ao cargo, sendo substituído pelo ex-juiz do TIDM Thomas Mensah (Gana), que também presidiu os trabalhos da corte arbitral. Como apontado por Tzeng, embora a corte arbitral tenha sido constituída de acordo com os termos do anexo VII da CNUDM não se deve ignorar o fato de que foi um juiz japonês — e o antagonismo entre a China e o Japão não é segredo — quem indicou os demais membros, sendo quatro dos cinco europeus, sugerindo que a corte arbitral não estaria em condições de examinar outras perspectivas de direito internacional. Além disso, é preciso considerar o próprio viés notadamente pró-jurisdicional do juiz Wolfrum. TZENG, Peter. Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 17-18, 2017.

³³ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015, para. 141.

³⁴ CHINA. *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 the Philippines*. Disponível em: http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml. Acesso em:

ratificando sua posição de que a corte arbitral não tinha jurisdição para considerar as questões suscitadas pelas Filipinas. Registrou, ainda, de maneira clara, que o documento não podia ser considerado como uma aceitação ou uma participação da China na mencionada arbitragem. A posição da China pode ser sintetizada em três pontos: i) a essência do objeto da arbitragem é a soberania territorial de várias características insulares no Mar da China Meridional, questão que está além do escopo da CNUDM, já que o sistema de controvérsia previsto é somente sobre “interpretação ou aplicação da Convenção”; ii) China e Filipinas acordaram, por meio de instrumentos bilaterais e da “Declaração de Conduta das Partes no Mar da China Meridional”, em resolver suas disputas através de negociações. Ao iniciar, de maneira unilateral, a arbitragem, as Filipinas violavam compromissos de direito internacional; e, iii) mesmo que fosse admitido que o objeto da arbitragem recaísse sobre a interpretação ou aplicação da CNUDM, este consistiria, em última análise, na delimitação marítima entre os dois países e, conseqüentemente, recairia sobre a declaração no âmbito do artigo 298 da CNUDM feita pela China em 2006, depositada junto à ONU, que exclui questões de delimitação marítima da arbitragem obrigatória e outros procedimentos obrigatórios de resolução de disputas.³⁵

Diferentemente do que ocorrera na “Arbitragem da Área Marinha Protegida de Chagos”, aqui a corte arbitral seguiu um caminho diferente, optando pela bifurcação do caso, ou seja, a fim de estabelecer se tinha ou não jurisdição nos termos do artigo 288.1 para analisar a admissibilidade dos pedidos das Filipinas, em especial se algum (ou mais de um) tratava sobre soberania territorial, a corte arbitral convocou uma audiência para examinar o tema e, posteriormente, em 29 de outubro de 2015, a corte arbitral divulgou o laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade.³⁶

3 jan. 2019.

³⁵ Em 25 de agosto de 2006, a China depositou junto ao Secretário-Geral da ONU a seguinte declaração, em conformidade com o artigo 298 da CNUDM: “*The Government of the People’s Republic of China does not accept any of the procedures provided for in Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all the categories of disputes referred to in paragraph 1(a)(b) and (c) of Article 298 of the Convention*”. Disponível em: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China%20after%20ratification. Acesso em: 3 jan. 2019.

³⁶ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the

Surpreendentemente, ainda que reconhecendo que havia uma disputa sobre soberania territorial entre as Filipinas e a China, a corte arbitral considerou que tinha jurisdição para continuar o exame do caso na fase de mérito:

There is no question that there exists a dispute between the Parties concerning land sovereignty over certain maritime features in the South China Sea. [...] The Tribunal does not accept, however, that it follows from the existence of a dispute over sovereignty that sovereignty is also the appropriate characterisation of the claims the Philippines has submitted in these proceedings. [...]

The Tribunal might consider that the Philippines’ Submissions could be understood to relate to sovereignty if it were convinced that either (a) the resolution of the Philippines’ claims would require the Tribunal to first render a decision on sovereignty, either expressly or implicitly; or (b) the actual objective of the Philippines’ claims was to advance its position in the Parties’ dispute over sovereignty. Neither of these situations, however, is the case. The Philippines has not asked the Tribunal to rule on sovereignty and, indeed, has expressly and repeatedly requested that the Tribunal refrain from so doing. The Tribunal likewise does not see that any of the Philippines’ Submissions require an implicit determination of sovereignty.³⁷

O aspecto a destacar dessa decisão refere-se ao fato de que, ao analisar aonde de fato a controvérsia recaia, a corte arbitral deu mais peso ao enquadramento dos pedidos apresentados pelas Filipinas do que propriamente a questão central da arbitragem, a disputa sobre a soberania territorial de inúmeras características insulares no Mar da China Meridional.

Sem entrar no mérito da questão se a interpretação do artigo 121 da CNUDM — que trata sobre as ilhas e rochedos — foi ou não correta por parte da corte arbitral, o fato que não pode ser esquecido é que a corte não poderia ter desconsiderado as disputas sobre soberania territorial no Mar da China Meridional — reconhecidas tanto pelas Filipinas como pela China — para simplesmente fazer a interpretação do artigo 121 à luz dos pleitos filipinos, como se a questão soberana fosse meramente acessória, quando de fato é a principal.

Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Procedural Order n. 4, 21 April 2015.

³⁷ PCA. *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of the South China Sea arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People’s Republic of China, Award, 12 July 2016, para. 152-153.

Como apontado por Whomersley, não parece haver nenhum precedente em tribunais ou cortes internacionais em que se fez a análise da condição sobre determinada característica marítima quando a soberania territorial sobre aquela característica estava em disputa.³⁸ Isso ocorre em razão de um princípio geral do direito internacional amplamente reconhecido na doutrina do direito do mar e em diversos julgamentos da CIJ, de que “a terra domina o mar” (*the land dominates the sea*), ou seja, é o território terrestre que confere ao Estado costeiro o direito às águas que banham seu litoral.³⁹

Esse aspecto também foi realçado por Proelss ao examinar a arbitragem do Mar da China Meridional:

[...] it is difficult to see, in light of the “land dominates the sea” principle on which entitlement to maritime zones is based under the regime of the Convention, how that dispute can be decided without prior decision on the question whether the coastline, or island respectively, is covered by the territorial sovereignty of the applicant or respondent – a fact that would then make it necessary for the tribunal to determine the relative weight of the dispute. Thus, while it is arguably possible to separate the question whether an insular structure ought to be qualified as “island” or “rock” under Art. 123 UNCLOS [sic] [...] this does not apply to the issue of entitlement to maritime zones if and to the extent to which the territorial status of the relevant coastline or insular feature is under dispute.⁴⁰

No laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade, dos quinze pedidos filipinos, somente em três deles a corte arbitral entendeu, de maneira inequívoca que tinha jurisdição, os demais seriam analisados juntamente às questões de mérito. Posteriormente, no laudo arbitral de mérito, a corte entendeu que não tinha jurisdição apenas sobre um dos pleitos que envolvia atividades militares nos termos do artigo 298.1(b) da CNUDM e da declaração da China de 2006.

³⁸ WHOMERSLEY, Chris. The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China – A Critique. *Chinese Journal of International Law*, n. 15, p. 252, 2016.

³⁹ Como considerado no julgamento do caso “Catar vs. Bahrein” pela CIJ: “maritime rights derive from the coastal State’s sovereignty over the land, a principle which can be summarized as ‘the land dominates the sea’ [...] it is thus the terrestrial territorial situation that must be taken as starting point for the determination of the maritime rights of a coastal State”. ICJ. Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001, para. 185.

⁴⁰ PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *HitoSubashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 55-56, 2018.

4.3 Disputa Relativa aos Direitos do Estado Costeiro no Mar Negro, Mar de Azov e Estreito de Kerch (Ucrânia vs. Rússia)

Em 16 de setembro de 2016, a Ucrânia iniciou o procedimento arbitral nos termos do anexo VII da CNUDM contra a Federação Russa por alegadas violações aos seus direitos como Estado costeiro relativos às zonas marítimas adjacentes no Mar Negro, no Mar de Azov e no Estreito de Kerch, ou seja, na região da Crimeia.⁴¹ Portanto, em algum momento no curso da arbitragem, a corte terá de enfrentar a questão se e em que medida uma decisão de mérito exigiria também a análise sobre a soberania da Crimeia.⁴²

A origem da crise envolvendo a Crimeia data de dezembro de 2013 quando se iniciaram os protestos em Kiev contra o então presidente ucraniano Viktor Yanukovich, oportunidade em que este decidiu rejeitar um acordo com a União Europeia que possibilitaria uma futura adesão do país ao bloco europeu. Depois de incessantes protestos nos meses seguintes, Yanukovich foi destituído em fevereiro de 2014. Poucos dias depois, forças apoiadas pela Rússia assumiram o controle da península da Crimeia. Em março de 2014, foi realizado um referendo na Crimeia que aprovou a independência da península e requisitou sua incorporação à Rússia. Dias

⁴¹ Há outros dois procedimentos internacionais envolvendo ucranianos e russos sobre a mesma região. Em 16 de janeiro de 2017 a Ucrânia solicitou a instauração de um processo contra a Federação Russa na CIJ (*Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Ukraine v. Russian Federation*). Em 29 de novembro de 2018 a Ucrânia apresentou um pedido na Corte Europeia de Direitos Humanos (*Application no. 55855/18, Ukraine v. Russia (VIII)*) depois do incidente envolvendo navios estatais da Ucrânia e da Rússia nas proximidades da entrada do Estreito de Kerch no dia 25 de novembro de 2018.

⁴² A Ucrânia indicou o professor Vaughan Lowe e a Rússia o então juiz do TIDM Vladimir Golitsyn. Os outros três membros foram indicados seguindo o previsto no artigo 3.2 do Anexo VII a CNUDM, todos juizes do TIDM: Boulaem Bouguetaia, Alonso Gomez-Robledo e Jin-Hyun Paik (presidente). Como mencionado por Tzeng a composição dessa corte arbitral é melhor do que a da arbitragem envolvendo Filipinas e China, seja porque nenhum dos escolhidos tenha uma tendência pró-jurisdição reconhecida, seja pelo aspecto da diversidade geográfica. Entretanto, o “elefante na sala” seria que o juiz Bouguetaia, como presidente do TIDM, indicou a si mesmo para compor a corte, ainda que não haja qualquer impedimento legal e não se trate de um caso original, já que o juiz Golitsyn também se auto indicou como membro e presidente da corte arbitral no caso “Enrica Lexie” (Itália vs. Índia). TZENG, Peter. Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 18-19, 2017.

depois, o presidente russo Vladimir Putin formalizou a anexação da Crimeia à Rússia. Desde então a península tem estado sob administração russa, mas a Ucrânia considera que a região continua a fazer parte do seu território sob o direito internacional.⁴³

Diferentemente de outras arbitragens, as peças escritas submetidas tanto pela Ucrânia como pela Rússia permanecem confidenciais. Dessa forma, até o momento, não se conhecem exatamente os pedidos formulados pela Ucrânia, mas, com base nas declarações de autoridades ucranianas, é possível depreender que o país considera que a Rússia violou os direitos ucranianos estabelecidos na CNUDM referentes às atividades no Mar Negro, no Mar de Azov e no Estreito de Kerch, em especial questões que envolvem a tomada e exploração de campos petrolíferos na plataforma continental da Ucrânia, usurpação da jurisdição de pesca na costa da Crimeia, navegação através do Estreito de Kerch, a construção de uma ponte em Kerch e outras estruturas afins e a realização de estudos em sítios históricos e arqueológicos no Mar Negro.⁴⁴

É possível inferir que a Ucrânia tenha formulado seus pleitos muito influenciada no que foi decidido nas duas arbitragens anteriores, ou seja, buscando caracterizar a disputa o mais próximo possível da “interpretação ou aplicação da Convenção”. A Ucrânia, como Maurício, está reivindicando seus direitos como “Estado costeiro” sobre as zonas marítimas adjacentes à península da Crimeia.⁴⁵

Além disso, é possível concluir, também, que a Ucrânia tenha tentado caracterizar seus pleitos de forma que a questão sobre a soberania territorial da Crimeia fosse apenas “acessória” e não constituísse o “próprio objeto” da controvérsia, de forma a enquadrar os pedidos o mais próximo dos termos da opinião divergente de Kataka e Wolfrum na “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos” e do laudo arbitral na “Arbitragem do Mar da China Meridional”.

⁴³ SLOBODA, Pedro Muniz. Anexação da Crimeia pela Rússia: uma análise jurídica. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 13, p. 2, 2014.

⁴⁴ SCHATZ, Valentin; KOVAL, Dmytro. *Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁴⁵ TZENG, Peter. *Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy*. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 5, 2017.

A partir da decisão da corte arbitral de 20 de agosto de 2018 que bifurcou o caso, é possível identificar seis objeções preliminares formuladas pela Rússia. A primeira e mais importante delas considera que a corte arbitral não tem jurisdição porque os pleitos ucranianos tratam na realidade sobre a soberania da Crimeia e, conseqüentemente, a disputa não é sobre “a interpretação ou aplicação da Convenção” nos termos do artigo 288.1 da CNUDM. A segunda afirma que as águas do Mar de Azov e do Estreito de Kerch são águas interiores — um tema não regulado pela Convenção — e que o Estreito de Kerch não é um estreito disciplinado pela CNUDM. A terceira objeção rejeita a jurisdição da corte arbitral porque a disputa envolve recursos vivos da ZEE e, portanto, excluída da jurisdição da corte pela “limitação automática” imposta pelo artigo 297.3(a) da Convenção. A quarta baseia-se nas declarações ucranianas e russas feitas no âmbito do artigo 298.1 da CNUDM, o que exclui a jurisdição da corte arbitral. A quinta objeção refere-se ao fato de que ambas as partes escolheram a arbitragem especial no âmbito do anexo VIII para assuntos referentes à pesca, proteção e preservação do meio marinho, investigação científica marinha e navegação, dessa forma excluindo a jurisdição da corte arbitral sobre esses temas. E, por fim, a sexta objeção russa menciona que os dispositivos sobre resolução de controvérsias inscritos no “Tratado entre a Ucrânia e a Federação Russa sobre a fronteira territorial russo-ucraniana (2003)” e no “Tratado entre a Ucrânia e a Federação Russa sobre cooperação no uso do Mar de Azov e no Estreito de Kerch (2003)” excluem a jurisdição da corte arbitral em razão do previsto no artigo 281 da Convenção.⁴⁶

As objeções formuladas pela Rússia ainda indicam que, mesmo que alguns dos pleitos ucranianos recaiam sobre dispositivos da Convenção, a corte arbitral não teria jurisdição sobre esses pedidos sem resolver, primeiramente, a questão da soberania territorial sobre a Crimeia. Esse aspecto é especialmente relevante em casos em que uma das partes baseia seus pedidos em direitos do Estado costeiro em zonas marítimas, isso porque esses direitos decorrem de títulos originários no

⁴⁶ PCA. *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 3 (Regarding Bifurcation of the Proceedings), 20 August 2018.

território, ou seja, o princípio de que “a terra domina o mar” (*land dominates the sea*).⁴⁷

Com a decisão de bifurcar o caso, a corte arbitral abriu prazos para submissões e observações da Ucrânia (27 de novembro de 2018), réplica da Rússia (28 de janeiro de 2019) e tréplica da Ucrânia (28 de março de 2019).⁴⁸ Após a análise das submissões escritas por ambas as partes e de uma possível audiência, a corte arbitral deverá apresentar um laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade.

Ainda que nessa futura decisão a corte arbitral conclua que precise decidir sobre questões de soberania territorial, isso não significa, automaticamente, que a corte não tenha jurisdição sobre os pleitos ucranianos, mas nessa hipótese a corte arbitral teria três possíveis cenários a seguir: i) poderia aplicar o teste estabelecido no laudo da “Arbitragem da Área Marinha Protegida de Chagos”, ou seja, “*evaluates where the weight of the Parties’ dispute lies*”; ii) poderia aplicar o teste proposto na opinião divergente de Kateka e Wolfrum e entender que tem jurisdição, desde que considere que existe umnexo entre as questões de soberania e as reivindicações ucranianas com relação à interpretação e aplicação da CNUDM; ou, iii) poderia estabelecer seu próprio teste, partindo integralmente dos testes anteriormente mencionados ou mesmo encontrando uma fórmula para combina-los.⁴⁹

No entanto, assim como ocorreu nas arbitragens anteriormente examinadas, os pleitos da Ucrânia parecem indicar um peso considerável sobre a disputa territorial, sendo a questão dos direitos sobre as zonas marítimas mais uma tentativa de caracterizar as submissões no marco legal da “interpretação e aplicação da Convenção”. Se isso ocorrer, a corte arbitral concluirá que “o

peso da disputa recai” na disputa sobre soberania territorial da Crimeia e, portanto, além do escopo jurisdicional da corte arbitral. Se assim decidir, a corte arbitral ainda contribuirá para tornar o laudo arbitral do caso do Mar da China Meridional ainda mais incompreensível.

5 Considerações finais

Os três casos apresentados nesse artigo apontam para a tensão existente entre obrigação que a corte arbitral constituída sob o anexo VII da Convenção tem de exercer plenamente sua jurisdição e a obrigação de respeitar os limites do consentimento dos Estados aos procedimentos compulsórios conducentes a decisões obrigatórias.

No primeiro caso analisado (“Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos”), a corte arbitral entendeu que os pedidos do Estado demandante estavam relacionados à questão da soberania e, consequentemente, não havia jurisdição para examinar os dois primeiros pedidos de Maurício. Em sentido contrário, no segundo caso estudado (“Arbitragem do Mar da China Meridional”), a corte arbitral colocou mais peso no enquadramento feito pelo Estado demandante do que propriamente aonde recaía “o peso da disputa” e entendeu que tinha jurisdição sobre a grande maioria dos pedidos formulados pelas Filipinas.

A contradição dos laudos arbitrais é considerável no tocante ao tratamento das disputas mistas e suscitou ainda mais dúvidas e debates na doutrina jurídica sobre a competência dos órgãos adjudicantes criados pela CNUDM para lidar com essas questões. Foi possível constatar que a discussão sobre os limites jurisdicionais para julgar as disputas que envolvem questões de direito do mar, mas também aspectos de soberania territorial permanece controversa.

Em relação ao terceiro caso examinado, a expectativa é que a arbitragem contribua para o debate sobre os limites dos órgãos adjudicantes da Convenção sobre as disputas mistas. Nesse sentido, o futuro laudo arbitral sobre jurisdição e admissibilidade, resultante da decisão de bifurcar o caso, muito possivelmente considerará com muito cuidado a caracterização da disputa. Se seguir o entendimento da “Arbitragem sobre a Área Marinha Protegida de Chagos”, a tendência é que a corte arbitral decida que não tem jurisdição sobre o caso

⁴⁷ SCHATZ, Valentin; KOVAL, Dmytro. *Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁴⁸ PCA. *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 4 (Regarding the Timetable for the Parties’ Written Pleadings on Jurisdiction), 27 August 2018.

⁴⁹ VOLTERRA, Robert G.; MANDELLI, Giorgio F.; NISTAL, Álvaro. The Characterisation of the Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, p. 8-9, 2018.

ou, no mínimo, sobre a maioria dos pedidos formulados pela Ucrânia. Por outro lado, se seguir a linha da “Arbitragem do Mar da China Meridional”, existe uma probabilidade expressiva de que a corte arbitral entenda que tem jurisdição sobre a disputa entre Ucrânia e Rússia.

Referências

- BUGA, Irina. Territorial Sovereignty Issues in Maritime Disputes: A Jurisdictional Dilemma for Law of the Sea Tribunals. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 27, p. 59-95, 2012.
- CHINA. *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 the Philippines*. Disponível em: http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml. Acesso em: 3 jan. 2019.
- DE SANTO, E. M.; JONES, P. J. S.; MILLER, A. M. M. Fortress Conservation at Sea: A Commentary on the Chagos Marine Protected Area. *Marine Policy*, v. 35, p. 258-260, 2011.
- International Court of Justice (ICJ). Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Merits, Judgment, ICJ Reports 2001.
- KARAMAN, Ygor V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.
- LOW, Jocelyn Chan. The making of the Chagos Affair: myths and reality. In: EVERS, Sandra J. T. M.; KOOY, Marry (ed.). *Eviction from the Chagos Islands: Displacement and Struggle for Identity Against Two World Powers*. Leiden: Brill, 2011. p. 61-79.
- OXMAN, Bernard H. Courts and Tribunals: The ICJ, ITLOS, and Arbitral Tribunals. In: ROTHWELL, Donald R.; OUDE ELFERINK, Alex G.; SCOTT, Karen N.; STEPHENS, Tim (ed.). *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2015. p. 394-415.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom), Dissenting and Concurring Opinion. Judge James Kateka and Judge Rüdiger Wolfrum.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Reasoned Decision on Challenge, 30 November 2011.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Procedural Order no. 2 (Application to Bifurcate Proceedings), 15 January 2013.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2011-03*. In the matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Award, 18 March 2015.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2013-19*. In the matter of the South China Sea arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award, 12 July 2016.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 3 (Regarding Bifurcation of the Proceedings), 20 August 2018.
- Permanent Court of Arbitration (PCA). *PCA Case no. 2017-06*. In the matter of an arbitration before an arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982

United Nations Convention on the Law of the Sea between Ukraine and the Russian Federation in respect of Dispute Concerning Coastal States Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait, Procedural Order no. 4 (Regarding the Timetable for the Parties' Written Pleadings on Jurisdiction), 27 August 2018.

PROELSS, Alexander. The Limits of Jurisdiction *Ratione Materiae* of UNCLOS Tribunals. *Hito-subashi Journal of Law and Politics*, v. 46, p. 47-60, 2018.

QU, Wensheng. The Issue of Jurisdiction Over Mixed Disputes in the Chagos Marine Protection Area Arbitration and Beyond. *Ocean Development & International Law*, v. 47, n. 1, p. 40-51, 2016.

RAO, Patibandla Chandrasekhara. Law of the Sea, Settlement of Disputes. *Max Planck Encyclopedia of International Law*. Disponível em: <http://opil.ouplaw.com/home/epil>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SCHATZ, Valentin; KOVAL, Dmytro. *Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS*. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/>. Acesso em: 3 jan. 2019.

SILVA, Alexandre Pereira da. Aspectos jurídicos e políticos das disputas no Mar da China Meridional. In: LIMA, Marcos Costa (org.). *Perspectivas Asiáticas*. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento, 2016. p. 271-297.

SILVA, Alexandre Pereira da; PEREIRA, Mariana Yan-te Barrêto. "Fundos abutres" vs. Estados nacionais: soberania e atuação do Tribunal Internacional do Direito do Mar a partir do caso da fragata Libertad. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 1, p. 138-152, 2013.

SLOBODA, Pedro Muniz. Anexação da Crimeia pela Rússia: uma análise jurídica. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 13, p. 1-22, 2014.

TZENG, Peter. Ukraine v. Russia and Philippines v. China: Jurisdiction and Legitimacy. *Denver Journal of International Law and Policy*, v. 46, n. 1, p. 1-19, 2017.

UNITED NATIONS. United Nations Treaty Collection. *Status of Treaties*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=_en. Acesso em: 3 jan. 2019.

VOLTERRA, Robert G.; MANDELLI, Giorgio F.; NISTAL, Álvaro. The Characterisation of the Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait. *International Journal of Marine and Coastal Law*, v. 33, p. 1-9, 2018.

WHOMERSLEY, Chris. The South China Sea: The Award of the Tribunal in the Case Brought by Philippines against China – A Critique. *Chinese Journal of International Law*, n. 15, p. 239-264, 2016.

WOLFRUM, Rüdiger. *Statement by the President of the International Tribunal for the Law of the Sea to the Informal Meeting of Legal Advisers of Ministers Foreign Affairs*. New York, 23 October 2006. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/legal_advisors_231006_eng.pdf. Acesso em: 3 jan. 2019.

YEE, Sienho. The South China Sea Arbitration (The Philippines v. China): Potential Jurisdictional Obstacles or Objections. *Chinese Journal of International Law*, v. 13, p. 663-739, 2014.

Agradecimentos

O autor expressa seu agradecimento ao China Institute of Boundary and Ocean Studies (CIBOS) da Wuhan University pelo apoio institucional para escrever esse artigo.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: o caso EDF International S/A

Recognition of the foreign arbitral award annulled in the origin: the EDF International S/A case

Patrícia Maria da Silva Gomes

Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: o caso EDF International S/A*

Recognition of the foreign arbitral award annulled in the origin: the EDF International S/A case

Patrícia Maria da Silva Gomes**

Resumo

Com este estudo, busca-se apresentar um breve panorama da questão da homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem numa perspectiva brasileira. Para tanto, será feita uma rápida contextualização e apresentação do estado da arbitragem no Direito Brasileiro. Em seguida, serão abordadas as normas sobre homologação de sentença arbitral em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova York de 1958). Por fim, optou-se por uma análise da atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e discussão sobre o tratamento da sentença arbitral anulada na sede com base no caso *EDF International S/A*, o primeiro enfrentado pelo STJ nessa temática.

Palavras-chave: Arbitragem. Convenção de Nova York de 1958. Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Anulação.

Abstract

This study aims to present a brief overview of the question of the recognition of the foreign arbitral award annulled in the origin from a brazilian perspective. Therefore, a quick contextualisation and presentation of the state of arbitration in brazilian Law will be made. Next, the rules on recognition and enforcement of the arbitral award according to the Brazilian legal system, especially the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958 New York Convention), will be discussed. Finally, we opted to make an analysis of the performance of the Superior Tribunal de Justiça (STJ) and a discussion on the treatment of the annulled award in its origin from the case *EDF International S / A*, the first one case in this subject faced at the STJ.

Keywords: Arbitration. 1958 New York Convention. Foreign arbitral award. Recognition. Annulation.

* Recebido em 15/01/2019
Aprovado em 29/01/2019

** Advogada. Mestra em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Email: patriciamsgomes@yahoo.com.br

1 Introdução

A arbitragem está prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial de 1821, em seu art. 160. Todavia, com a promulgação da Lei de Arbitragem Brasileira, em 1996, o instituto ganhou força no nosso país.

Ao estudar a arbitragem no Brasil e, principalmente a arbitragem internacional, é preciso considerar que, ao contrário dos Estados Unidos e países da Europa, por exemplo, o comércio internacional passou a ter significativos reflexos no nosso país tão somente mais tarde, com o advento da abertura da economia brasileira, o que se verifica somente a partir da década de 90.¹

Conforme ponderou o Professor Carlos Alberto Carmona, “procurou-se a lei possível num momento que a arbitragem ainda era pouca conhecida e praticada no Brasil”.² Vale reproduzir parte da justificativa que acompanhou o Projeto da Lei de Arbitragem (1992) elaborado pelos membros da Comissão Relatora que fundamentaram a necessidade da lei nesse contexto, nos seguintes termos:

A legislação hoje em vigor no Brasil acerca da arbitragem não permite a utilização do instituto em nosso país: de um lado, não havendo previsão legal para a cláusula compromissória, transforma-se a promessa, inserida nos contratos, de solucionar as eventuais pendências através da decisão por árbitros, em letra morta, verdadeiro pacto sem maior efeito senão o de gerar perdas e danos (de difícil liquidação); por outro lado, a necessidade de fazer homologar obrigatoriamente todo e qualquer laudo arbitral pelo Poder Judiciário suprime duas das mais importantes vantagens deste meio alternativo de solução de controvérsias, a saber, o sigilo e a celeridade.

Tudo somado, a disciplina legal atual não acompanha as necessidades da sociedade moderna, que demanda formas alternativas de solução de controvérsias eficazes para coadjuvar a missão do Estado de distribuir justiça.

¹ WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 353–370, out./dez. 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293077/mod_resource/content/0/ARNOLDO%20WALD%20-%20A%20INTERPRETA%20C3%87%20C3%83O%20DA%20CONVEN%20C3%87%20C3%83O%20DE%20NOVA%20IORQUE%20NO%20DIREITO%20COMPARADO.pdf. Acesso em: 14 abr. 2016.

² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 9.

[...] é necessário criar um foro adequado às causas envolvendo questões de direito comercial, negócios internacionais ou matérias de alta complexidade, para as quais o Poder Judiciário não está aparelhado. É neste contexto que a arbitragem surge como excelente e insuperável alternativa para a solução de litígios, funcionando ainda para descongestionar os órgãos jurisdicionais estatais, excessivamente sobrecarregados, na esteira do que vem ocorrendo nos demais países, especialmente europeus e sul-americanos.³

No plano da arbitragem internacional, a sentença arbitral estrangeira — aquela proferida fora dos limites do território nacional — passou por uma fase muito rígida no Brasil. O sistema adotado era o do duplo *exequatur*, pelo qual se exigia que a sentença arbitral fosse primeiramente homologada pelo Poder Judiciário para que pudesse produzir os seus efeitos.

Logo, em se tratando de uma sentença arbitral estrangeira, antes de ser submetida ao processo de homologação no Brasil, deveria ser homologada pelo Poder Judiciário do local onde foi proferida. Essa situação causou muitos transtornos, uma vez que, em diversos países, a sentença arbitral não era condicionada à apreciação do Estado para ser eficaz e isso, evidentemente, prejudicou o desenvolvimento da arbitragem internacional no Brasil.

A Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem Brasileira) resolveu o problema da exigência de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. O art. 31 da lei estabeleceu que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

É importante observar que essa é a regra para a arbitragem interna, de sorte que a sentença arbitral proferida dentro do território brasileiro é equiparada à sentença judicial. Portanto, no Brasil, a sentença arbitral estrangeira, assim como a sentença judicial estrangeira, deverá passar por um procedimento de homologação no Superior Tribunal de Justiça para que seja ou não reconhecida e se torne ou não executável no Brasil.

Nesse procedimento, em relação a homologação de sentença arbitral estrangeira, o STJ deverá observar os requisitos previstos na LAB, na Convenções de Nova York de 1958 (CNY) e no NCPC, supletivamente.

³ LEMES, Selma. *Anteprojeto de Lei sobre a Arbitragem no Brasil*: justificativa. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/justificativa.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

Embora cada país adote uma sistemática própria para a execução de sentenças estrangeiras — o que é plenamente permitido pela CNY, que institui os padrões mínimos aceitáveis em matéria de homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, desde que não sejam ultrapassados os limites nela estabelecidos —, é preciso passar pelo reconhecimento. Conforme assevera Amílcar de Castro, “nenhum Estado pode pretender que os julgados de seus tribunais tenham força executória, ou valor jurisdicional em jurisdição estranha”.⁴

A eficácia extraterritorial da sentença estrangeira está condicionada ao preenchimento de determinadas condições. No caso das sentenças arbitrais, os requisitos estão estabelecidos no art. V, da Convenção de Nova York, mas cada Estado signatário pode estipular outras condições, desde que, como visto, não sejam mais onerosas. Afinal, o objetivo da Convenção constitui justamente a facilitação da circulação dessas sentenças.

Passaram-se mais de quarenta anos para que o Brasil ratificasse a Convenção de Nova York. Sabe-se que, dentre os motivos para essa demora, está o parecer de Hidelbrando Accioly, o então consultor do Ministério das Relações Exteriores, contrário à ratificação da Convenção, fundado na regra do extinto duplo *exequatur*.⁵

Não obstante a hesitação do Brasil com relação à adesão à CNY, é evidente que, ainda assim, ela exerceu forte influência no desenvolvimento do direito brasileiro nessa matéria. Como se pode ver o exemplo da nossa própria Lei de Arbitragem Brasileira que, embora tenha entrado em vigor em 1996, e somente em 2002 o Brasil tenha confirmado sua adesão à Convenção, reproduz partes da Convenção e está nela fundamentada.

Nesse sentido o Professor Arnoldo Wald apresenta uma interessante analogia:

[...] a exemplo do que o ocorreu com o direito romano, que, segundo Ihering, dominou o mundo por três vezes, podemos dizer que a Convenção de Nova Iorque passou a vigorar no Brasil por três vezes. A primeira se iniciou com a doutrina, que discutiu fartamente a matéria a partir de 1990. A segunda com a aprovação da Lei 9.307/96, cujo capítulo VI se inspirou na Convenção de Nova Iorque, e, finalmente, pela terceira vez, com a sua ratificação, seis

anos depois, pelo Decreto Legislativo 52/2002, cuja aprovação muito deve ao trabalho de esclarecimento realizado pela Câmara de Comércio Internacional - CCI, pelo seu presidente, Robert Briner, e pelo seu comitê brasileiro. Assim, a entrada em vigor da Convenção pouco mudou, até o momento, a jurisprudência que já anteriormente a ela se referia [...] ⁶

Ao ratificar a Convenção de Nova York de 1958, principal fonte sobre reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros, o Brasil garante reciprocidade a seus parceiros comerciais, dentre os quais a maioria já era signatária.

A Convenção de Nova York foi amplamente aceita na comunidade internacional e é o diploma mais popular nessa temática. Observa-se muita semelhança com a Convenção do Panamá e a Lei Brasileira de Arbitragem (LBA), pois nela foram baseadas na parte que disciplina a homologação de laudos arbitrais estrangeiros.⁷

A CNY, além de ser um dos mais bem sucedidos instrumentos jurídicos internacionais e mais importantes pilares para o desenvolvimento e consolidação da arbitragem, é um instrumento de cooperação jurídica internacional que proporciona assistência mútua entre os Estados a fim de conferir segurança e estabilidade às relações internacionais.⁸

Um dos assuntos controversos é a questão do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, uma vez que concluída a arbitragem em território estrangeiro, para que produza seus efeitos em outro país, é necessário que seja instaurado um procedimento para a homologação e execução no território estrangeiro. No

⁶ WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 353–370, out./dez. 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/293077/mod_resource/content/0/ARNOLDO%20WALD%20-%20A%20INTERPRETA%3%87%3%83O%20DA%20CONVEN%3%87%3%83O%20DE%20NOVA%20IORQUE%20NO%20DIREITO%20COMPARADO.pdf. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁷ WALD, Arnoldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 353–370, out./dez. 2003. p. 407. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/plugin-file.php/293077/mod_resource/content/0/ARNOLDO%20WALD%20-%20A%20INTERPRETA%3%87%3%83O%20DA%20CONVEN%3%87%3%83O%20DE%20NOVA%20IORQUE%20NO%20DIREITO%20COMPARADO.pdf. Acesso em: 14 abr. 2016.

⁸ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80-81.

⁴ CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2. p. 267.

⁵ WALD, Arnold. *A Convenção de Nova Iorque*. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista22/revista22%20%20ARNOLDO%20WALD%20%E2%80%93%20A%20conven%3%A7%3%A3o%20de%20Nova%20Iorque.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é a corte responsável para processar e julgar esse pedido.

A sentença arbitral estrangeira, de acordo com o disposto no art. 34, *caput*, da Lei nº 9.307/96, será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da LBA.

Diante desse dispositivo, verifica-se que o regime geral de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil é o da Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque de 1958, internalizada no ordenamento jurídico nacional com a promulgação do Decreto nº 4.311, de julho de 2002.⁹

Dolinger assevera que:

A principal fonte sobre o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros é a Convenção de Nova Iorque, de 1958, que disciplina minuciosamente a questão, conforme indicado no seu título, podendo ser aplicada até mesmo aos laudos proferidos em Estados não membros, salvo se o Estado no qual se pretenda ver reconhecido o laudo declarar, quando da assinatura, ratificação ou adesão à Convenção, que ele só a aplicará com relação a laudos arbitrais oriundos de outros Estados membros da convenção.¹⁰

Por sua vez, a convenção também regula as hipóteses de recusa do reconhecimento e da execução de uma sentença arbitral estrangeira em seu art. V, permitindo aos Estados que ajustem a aplicação da regra geral a fim de evitar conflito com princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico. As situações previstas no referido artigo têm caráter de exceção à regra geral contida no art. III de obrigatoriedade do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira pelo Poder Judiciário do Estado em que se busca tal reconhecimento.

Mais recentemente, a partir de 2015, verifica-se expressiva alteração no ordenamento jurídico brasileiro no que tange à arbitragem. Notadamente, na tentativa de conferir mais força ao instituto, a LAB foi reformada pela Lei nº 13.129/2015, em vigor desde 10 de agosto do referido ano.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 também trouxe dispositivos que incentivam sua utilização. Portanto, pode-se dizer que houve um significativo aumento da utilização da arbitragem. É o que se pode ver, por exemplo, com a regulamentação da realização de arbitragem com a Administração Pública.

A propósito das inovações, a nova lei regulamentou a escolha dos árbitros, trouxe dispositivos sobre a interrupção da prescrição na instituição da arbitragem, tratou da questão das tutelas de urgências, dispôs sobre a carta arbitral e a sentença arbitral, sem, todavia, interferir nas questões que interessam ao estudo da homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem.

Com relação à homologação de sentenças estrangeiras, houve apenas uma atualização dos arts. 35 e 39, tão somente para fazer constar a alteração implementada em 2004 pela EC nº 45, que alterou a competência para o reconhecimento de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias transferidas do STF para o STJ

2 Sentença Estrangeira VS. Sentença Internacional

De acordo com a LAB, Lei nº 9.307/1996, art. 34, parágrafo único, “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”. É importante observar que o legislador brasileiro não instituiu regras distintas para a arbitragem nacional e a internacional, optou por definir a nacionalidade da sentença a partir do critério geográfico.

Por sua vez, a Convenção de Nova York amplia esse conceito, é o que se pode verificar no artigo 1º:

A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

No acórdão do STJ, de 25 de maio de 2011, no REsp nº 1.231.554-RJ, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, expôs esses conceitos com muita propriedade, nos seguintes termos:

⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 285.

¹⁰ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 80-81.

[...] 3. A determinação da internacionalidade ou não da sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, conforme disposto no art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto 4.311/2002, razão pela qual se vislumbra no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira. 4. “No ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (*ius solis*) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão foi proferida (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96). Na espécie o fato de o requerimento para a instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional da Câmara de Comércio Internacional não tem o condão de alterar a nacionalidade brasileira, constitui, nos termos dos arts. 475-N, IV, do CPC e 31 da Lei de Arbitragem, título executivo idôneo para embasar a ação de execução da qual o presente recurso especial se origina, razão pela qual é desnecessária a homologação por esta Corte.”¹¹

Por sua vez, com relação à sentença internacional, funda-se na ideia de uma sentença “deslocalizada”, que não está atrelada a nenhuma ordem estatal. Para o Direito Francês, por exemplo, as sentenças arbitrais proferidas fora do território francês são tratadas com sentenças arbitrais internacionais e dentre as repercussões para a adoção desse termo está o fato de que sendo internacional estará desvinculada de qualquer ordem jurídica e sua validade não pode ser afetada pela anulação no local onde foi proferida.

A partir da década de 80, os tribunais franceses estabeleceram a já mencionada ideia de “sentença arbitral deslocalizada”, considerada internacional. Da análise da jurisprudência francesa sobre o tema em debate, encontra-se o caso *Norsolor*¹², julgado pela *Cour de Cassation* francesa em 1984. Um marco, por ser a primeira vez que essa corte proferiu decisão afirmando a possibilidade de uma sentença arbitral anulada no local da sede, no caso na Áustria, ser executada na França.

O caso *Norsolor* de 1984 pode ser considerado, portanto, o primeiro a consagrar, ainda que sutilmente, a

tendência da jurisprudência e doutrina francesa em permitir o reconhecimento e execução de laudos arbitrais estrangeiros anulados no país de origem.

Destacam-se, ainda, os casos *Hilmarton* e *Chromalloy*, nos quais se verifica que as sentenças arbitrais anuladas no país de origem foram reconhecidas na França e nos Estados Unidos e consagraram essa posição.

No caso *Société Hilmarton Ltd vs. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*, julgado em 23 de março de 1994 pela Primeira Câmara Cível da Corte de Cassação francesa, a empresa francesa OTV confiou à inglesa *Hilmarton* a tarefa de assessorar e coordenar a execução de um contrato de obras na Argélia. Essa empresa recorreu à arbitragem na ICC para receber o saldo remanescente de suas taxas e a sentença foi proferida em 19 de agosto de 1988, em Genebra, denegando o pedido. Em seguida, foi declarado executável na França, apesar de anulado na Suíça.¹³

Na decisão, a *Cour de Cassation* entendeu que a sentença proferida na Suíça é uma decisão internacional, logo, é deslocalizada e não integra a ordem jurídica suíça. Portanto, não deixa de existir, apesar da sua anulação.¹⁴

Como o objeto de estudo deste artigo é o ordenamento brasileiro, optou-se pela utilização da expressão “sentença arbitral estrangeira”, em consonância com o que dispõe a nossa Lei Brasileira de Arbitragem.

3 Sistema de homologação de sentença estrangeira arbitral no Brasil

A homologação da sentença estrangeira consiste na revisão de formalidades e do cumprimento dos requisitos exigidos para a sua validade. Portanto, possui caráter declaratório e confere à sentença força executiva. Hermes Marcelo Huck destaca que o trâmite segue a seguinte ordem: reconhecimento, homologação e execução.¹⁵

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial. *REsp 1231554/RJ*. Rel: Ministra Nancy Andrighi, 24 de maio de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21122169/recurso-especial-resp-1231554-rj-2011-0006426-8-stj/inteiro-teor-21122170>. Acesso em: 14 abr. 2016.

¹² FRANÇA. Cour de Cassation. *Caso Société Pablak Ticaret Limited Sirketi v Norsolor S.A. 9 de outubro de 1984*. Disponível em: http://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=1599. Acesso em: 22 set. 2016.

¹³ FRANÇA. Cour de Cassation. *Caso Société Hilmarton Ltd vs. Société Omnium de traitement et de valorisation (OTV)*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITE XT000007032023>. Acesso em: 22 set. 2016.

¹⁴ FRANÇA. Cour de Cassation. *Acórdão do caso Hilmarton*. Disponível em: http://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=769. Acesso em: 22 set. 2016.

¹⁵ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Sarai-

O referido autor ressalta que, ao discutir as sentenças estrangeiras, os estudiosos ora utilizam-se da expressão “reconhecimento” e ora “homologação”. Ele observa que em inglês utiliza-se apenas o termo *enforcement*, ligado à eficácia extraterritorial da sentença. Porém, no Brasil, de fato, o procedimento segue uma ordem, qual seja, primeiro o reconhecimento para que em seguida a sentença estrangeira seja homologada e, posteriormente seja executada.¹⁶

A homologação é, portanto, um procedimento necessário à obtenção das condições que tornem a sentença estrangeira executável no território brasileiro. O Brasil adota o juízo de delibação nesse procedimento, de modo que não cabe ao juiz brasileiro julgar novamente o caso, mas ater-se tão somente ao cumprimento de formalidades, como se verá melhor adiante.

O CPC de 1973 foi silente quanto aos requisitos a serem observados na homologação de sentenças estrangeiras, apenas prevendo que deveria obedecer às disposições do Regimento Interno do tribunal competente — na época, o STF, hoje o STJ —, conforme se pode verificar no parágrafo único do art. 483. Já o CPC/2015, no art. 961, prevê, expressamente, que a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após sua homologação pelo STJ.

Além disso, enquanto o CPC de 1973 remetia ao tribunal competente, o Novo Código de Processo Civil tratou da questão e enumerou o seguinte rol de requisitos em seu art. 963:

Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:

- I - ser proferida por autoridade competente;
- II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;
- III - ser eficaz no país em que foi proferida;
- IV - não ofender a coisa julgada brasileira;
- V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;
- VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Por sua vez, o artigo 31 da nossa Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), alterada pela Lei 13.129/2015, equipara a sentença arbitral à sentença judicial, conforme se pode ver a seguir:

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Tendo em vista essa equiparação, com relação à homologação de sentença arbitral no Brasil, prevista no Capítulo VI da LAB, intitulado “Do Reconhecimento e Execução de Sentenças”, arts. 34 a 40, vê-se que o legislador brasileiro impôs às sentenças arbitrais estrangeiras o mesmo tratamento conferido às sentenças judiciais estrangeiras.

Ademais, aplicam-se, também, os arts. 15 e 17 da nossa Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), com a seguinte redação:

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Ainda com relação aos requisitos para a homologação da sentença estrangeira no território brasileiro, é importante destacar, também, a Resolução nº 9/2005, do STJ, a qual determina que devem ser atendidos os requisitos positivos previstos nos arts. 3º a 5º, bem como os negativos estabelecidos no art. 6º. Nos seguintes termos:

Art. 3º A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados.

Art. 4º A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente.

§1º Serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.

§2º As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente.

§3º Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras.

va, 1994. p. 17-18.

¹⁶ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I - haver sido proferida por autoridade competente;

II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado em julgado; e

IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

Portanto, o procedimento para a homologação no Brasil é regido pelos arts. 34 a 40, da Lei n. 9.307/1996, e também está disciplinado nos arts. 216-A a 216-X, do Regimento Interno do STJ (RISTJ). O art. 34, da LAB, determina que a sentença arbitral estrangeira será homologada no Brasil em conformidade com os tratados internacionais em vigor no nosso ordenamento e, tão somente na ausência destes, será aplicada a Lei Brasileira de Arbitragem.

A legislação aplicável à matéria — Artigo V(1)(e) da Convenção de Nova York; Artigo 5(1)(e) da Convenção do Panamá; artigo 38, inciso VI, da Lei n. 9.307/1996; e Artigo 20(e) do Protocolo de *Las Leñas* — não deixa dúvidas quanto à imprescindibilidade da sentença estrangeira, arbitral ou não, ter transitado em julgado para ser homologada nesta Corte Superior, comungando a doutrina pátria do mesmo entendimento.

Sumariamente, as partes interessadas no reconhecimento da sentença estrangeira podem ingressar com o pedido diretamente no STJ. O presidente examinará a inicial e verificará o preenchimento dos requisitos, sendo-lhe permitido conferir prazo ao requerente para que emende ou adite o pedido.

Em seguida, o requerido é intimado, observando-se que a contestação somente pode abordar os requisitos de admissibilidade e contrariedade à ordem pública, sendo vedada qualquer discussão sobre o mérito da decisão estrangeira. Posteriormente, o presidente do STJ pode homologar a sentença estrangeira por decisão monocrática, sujeita a agravo regimental, porém, se a sentença for contestada, deixa de ter competência e a ação será distribuída a um relator e julgada pela Corte Especial do STJ, conforme determina o art. 9º, § 1º, da Resolução n. 9 do STJ.¹⁷

¹⁷ ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 330-331.

Observa-se, portanto, que o sistema instaurado é limitado. Não cabe ao STJ a análise do mérito da questão, mas tão somente do cumprimento dos requisitos exigidos para a homologação da sentença estrangeira.¹⁸ Nesse sentido, vale transcrever mais um trecho do já mencionado voto do Ministro Celso de Melo no julgamento da SEC 5778/EUA:

O Supremo Tribunal Federal, no exercício dessa competência, dispunha de poderes limitados, pois não lhe cabia rejulgar o litígio decidido em outro país, considerado o sistema de delibação consagrado pelo ordenamento positivo brasileiro, incompatível - segundo o magistério de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (“Temas de Direito Processual – Quinta Série”, p. 154/155, 1994, Saraiva) – com a revisão de fundo do ato sentencial estrangeiro.

[...]

Sempre prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“SENTENÇA ESTRANGEIRA - HOMOLOGAÇÃO - SISTEMA DE DELIBAÇÃO - LIMITES DO JUÍZO DELIBATÓRIO - PRESSUPOSTOS DE HOMOLOGABILIDADE [...].

- As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil depois de homologadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O **processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo** e faz instaurar uma situação de **contenciosidade limitada**. A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial.

- O sistema de controle limitado, que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira, **não permite que o Supremo Tribunal Federal**, atuando como Tribunal do foro, **proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, ao exame da matéria de fundo ou à apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae***, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

Não se discute, no processo de homologação, a relação de direito material subjacente à sentença estrangeira homologanda.[...].¹⁹ (grifo nosso)

¹⁸ Ver SEC 881, julgada em 01/08/2005 e publicada em 05/09/2005, na qual o STJ definiu os limites do procedimento de delibação.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Sentença

Dentre os requisitos para a homologação de sentença estrangeira no Brasil, a ausência de citação válida e de trânsito em julgado têm sido os obstáculos mais recorrentes à aceitação das sentenças estrangeiras. No caso do trânsito em julgado, é preciso que a decisão seja definitiva, de modo a assegurar o cumprimento dos princípios do contraditório e ampla defesa.

Mesmo em matéria de homologação de sentenças estrangeiras, é importante lembrar que, assim como o avanço das relações interpessoais passou a exigir que o acesso à justiça possua mecanismos aptos a pacificar conflitos sociais, também determina que a proteção jurisdicional seja provida de maneira mais efetiva e célere.²⁰

Conforme fixado no julgamento da SEC 5.782/EX (Rel. Ministro Jorge Mussi, Corte Especial, DJe 16.12.2015):

O procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão de Estado estrangeiro.

4 A sentença arbitral estrangeira anulada na origem no direito brasileiro

No Brasil, as causas de anulabilidade do laudo arbitral estão enumeradas no art. 32, da LAB, e trata-se de um rol taxativo. Além disso, a rigor do que dispõe o art. 34, a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil “em conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

Considerando-se o que dispõe o art. 34 da LAB e a incorporação da Convenção de Nova York ao ordenamento brasileiro, sabe-se que a Convenção é específica

Estrangeira Contestada. SEC 5778. Relator: Min. Celso de Mello, 10 fev. 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14826167/sentenca-estrangeira-contestada-sec-5778-stf>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁰ SOARES, Boni de Moraes. Um réquiem ao velho juízo de deliberação: homenagem póstuma à tradicional cognição no direito processual internacional brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner. *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 67-68.

e posterior à LAB. Todavia, por não haver contradições, ambas são igualmente aplicáveis.

É importante observar que o referido art. 32, *caput*, da LAB, contém um erro terminológico, uma vez que a expressão empregada nesse dispositivo “é nula a sentença arbitral se”, não condiz com as causas enumeradas que, em verdade, se referem a hipóteses de anulabilidade e não nulidade.²¹

O Professor Carmona lembra que não obstante a confusão terminológica, trata-se de uma reprodução do disposto nos Códigos de 1939 e 1973, que, por sua vez, foram copiados do art. 829 do Código de Processo Civil italiano.²²

Percebe-se que os arts. 38 e 39 da LAB foram inspirados na CNY e praticamente reproduzem seu texto no ordenamento jurídico brasileiro. Mais especificamente, o art. 38, em seu *caput*, utiliza a mesma expressão constante do texto da tradução brasileira da CNY, qual seja, o permissivo “poderá”. Portanto, é evidente que não determina, categoricamente, que o pedido de homologação da sentença arbitral anulada na origem seja recusado de plano. Antes, deixa margem para a sua possibilidade, o que nos permite enxergar uma brecha na legislação brasileira para a construção de uma evolução interpretativa.

Em determinados casos, a sentença arbitral pode ser anulada na sede. Esses motivos estão enumerados nos arts. 38 e 39 da Lei de Arbitragem Brasileira que seguem o disposto no art. V, 1 e 2, da Convenção de Nova York, com a seguinte redação:

Artigo V

1 - O reconhecimento e a execução da sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes submeteram, ou na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designa-

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 399.

²² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 398-399.

ção do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis possa ser reconhecida e executada; ou

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

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi **anulada** ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2 - O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de decisão mediante arbitragem; ou

b) no reconhecimento ou execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país. (grifo nosso)

Dentre os efeitos da incorporação de um tratado ou convenção, está o que determina o art. 2º, §1º da LINDB:

Art. 2º. §1º: A lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Esse argumento, por si, já seria suficiente para permitir a homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem, nos exatos termos do já comentado Art. V, (1), “e”, da CNY. Inclusive, porque o Brasil ratificou amplamente todos os termos, frise-se, sem qualquer ressalva ou denúncia e a Convenção foi incorporada ao nosso ordenamento por meio do Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.

Mas esse não é o argumento mais plausível relativamente à controvérsia gerada pela aplicabilidade deste dispositivo e a homologabilidade da sentença arbitral estrangeira anulada na sede. A Lei de Arbitragem Brasileira reproduz os exatos termos da Convenção. Por esse

motivo, não se deve falar em uma revogação da LAB naquilo que determina em contrariedade à lei posterior específica — no caso, a CNY — uma vez que não há incompatibilidade entre o art. V da CNY e o Art. 38 da LAB.

Portanto, defende-se neste trabalho que estamos diante de um problema de interpretação. Embora a própria lei brasileira confira ao aplicador e intérprete da lei uma margem de discricionariedade nessa questão, o que se deduz pelo emprego do verbo “poder” e não “dever”, possivelmente, a interpretação, no sentido impositivo, rígida e sem margem para flexibilização, seria uma herança dos resquícios de um territorialismo ainda muito arraigado no país.

A sede não é relevante para as questões que envolvam arbitragem internacional, uma vez que a autonomia da vontade é um dos sustentáculos da arbitragem. Para justificar, é importante considerar a relevância do local onde a decisão será executada. A própria evolução legislativa que não deixa dúvidas quanto à primazia da autonomia das partes na escolha do procedimento a ser utilizado na arbitragem.²³

Da análise da Lei Modelo, em seu art. 19(2), da própria LAB, em seu art. 21, §1º, e do Regulamento da UNCITRAL, na versão de 2010, artigo 17 (1), é pacífico que, não havendo acordo entre as partes com relação às regras procedimentais para a condução da arbitragem, outorga-se ao árbitro esse poder de escolha. Evidentemente, ao conferir tais poderes às partes e ao árbitro, não há como negar que o local da sede perde sua importância.

Vale lembrar que, anteriormente à entrada em vigor da CNY, as Convenções de Genebra permitiam que a autonomia se sujeitasse à lei doméstica. Todavia, com o advento da CNY, esse pensamento não se sustenta mais, uma vez que a Convenção preza pela autonomia da vontade das partes. Ademais, permite a aplicação das normas domésticas apenas supletivamente e tão somente se forem mais benéficas que a própria Convenção.

Redfern e Hunter reforçam essa tendência ao defenderem, com eloquência, que atualmente a prática arbitral e grau de autonomia da vontade das partes na

²³ MANGE, Flávia Foz. *Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 101-102.

escolha do procedimento que rege a arbitragem faz com que a sede da arbitragem passe a interferir o mínimo possível.²⁴

Por conseguinte, o simples fato de a sentença arbitral ter sido anulada não pode servir de justificativa para uma rejeição automática. É preciso ponderar os valores em questão e não permitir que uma decisão anulatória viciada impeça a realização da justiça na solução dos conflitos patrimoniais disponíveis sujeitos à arbitragem.

É notório que temos evoluído com relação à aceitação da arbitragem, mas ainda há muito a se percorrer e muitas barreiras a serem ultrapassadas. O tratamento que a jurisprudência brasileira conferiu no primeiro caso de sentença arbitral anulada na sede enfrentado pelo Brasil é um desses obstáculos. Mas a situação é mais favorável do que se imagina. O próprio legislador brasileiro teve um olhar prospectivo e deixou uma brecha no art. 38, da LAB — intencionalmente ou não — que permite essa evolução ao longo da consolidação da arbitragem no país com uma maior aceitação no sentido de favorecer esse método de solução de conflitos.

5 Caso EDF International S/A VS. Edesa Latino America S/A e YPF S/A (SEC 5.782)

O STJ julgou um caso inédito no Brasil sobre a questão da homologação de sentença arbitral estrangeira anulada no local de origem na SEC nº 5.782, no recente acórdão datado de 02/12/2015.²⁵

Em apertada síntese, a *EDF INTERNATIONAL S/A* requereu, perante o Superior Tribunal de Justiça, a homologação da sentença arbitral estrangeira proferida em 22/10/2007 por Tribunal Arbitral situado na Argentina, em face de *ENDESA LATINOAMÉRICA S/A* (atual denominação da empresa espanhola *ENDE-*

SA INTERNACIONAL S/A) e da empresa argentina *YPF S/A* e com a *ASTRA COMPAÑIA ARGENTINA DE PETRÓLEO S/A (ASTRA CAPSA)*, incorporada por *YPF S/A*, visando a aquisição de ações que a *ENDESA* e a *ASTRA CAPSA* detinham na *Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A. - EDENOR* e na *Electricidade Argentina S.A.*, estabelecendo critérios de reajuste do preço acordado a depender da revisão tarifária da energia elétrica no norte de Buenos Aires e área circundante, assim como a revisão dos valores no caso de desvinculação do tipo de câmbio oficial do peso argentino em reação ao dólar norte-americano, qualquer que fosse a causa que a produzisse.

Embora o referido contrato de compra e venda tenha sido firmado durante a Lei de Conversibilidade na Argentina — com o atrelamento do valor do peso argentino ao dólar norte-americano na relação de 1 para 1 — a requerente esclareceu que, logo após sua assinatura, foi deflagrada a maior crise financeira, social e política do país, quando, em dezembro de 2001, o governo local implementou um pacote econômico para conter os saques que assolavam as instituições financeiras (denominado *corralito*) e a financeirização da economia, por meio da qual se determinou que o pagamento de valores relativos a quaisquer transações fossem efetuados, exclusivamente, por meio de bancos.

Diante disso, no dia 20/12/2001, o Banco Central da República Argentina (BCRA) declarou feriado bancário estendido até 10/01/2002 e expediu vários comunicados, de modo que naquele período desapareceu a paridade entre o peso e o dólar, alterando-se, assim, o regime de conversibilidade até então existente.

Em função disso, a *EDFI S/A*, em 09/07/2002, invocou a cláusula compromissória do contrato de compra e venda, iniciando procedimento arbitral perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, diante da ocorrência da contingência prevista na Carta Acordo, vale dizer, a desvinculação entre o câmbio do peso e do dólar (paridade de 1 para 1) a partir de 21/12/2001.

A *EDFI S/A* postulou, no procedimento arbitral, a revisão do preço que pagou pelas ações que lhe foram vendidas, diante da extinção do regime de conversibilidade até então existente, requerendo a condenação da *ENDESA S/A* ao pagamento de US\$ 407.000.000,00 (quatrocentos e sete milhões de dólares americanos), e da empresa *YPF* o ressarcimento de US\$ 109.000.000,00

²⁴ MANGE, Flávia Foz. *Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 102.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada. SEC n. 5.782 - EX (2011/0129084-7).782. Rel.: Ministro Jorge Mussi, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/268017953/andamento-do-processo-n-2011-0129084-7-sentenca-estrangeira-contestada-16-12-2015-do-stj>. Acesso em: 14 abr. 2016.

(cento e nove milhões de dólares americanos), acrescidos de juros e custas.

Por sua vez, a *ENDESA S/A* e a *YPF S/A* apresentaram resposta ao requerimento de arbitragem e alegaram que a contingência não ocorreu dentro do período estipulado na Carta Acordo, ou seja, até 31/12/2001. Além disso, apresentaram reconvenção na sede arbitral, com base no Acordo Complementar, por meio do qual as partes pactuaram um reajusto do preço do contrato, no valor máximo de US\$ 71.725.000,00 (setenta e um milhões, setecentos e vinte e cinco mil dólares americanos), em função do resultado da revisão tarifária prevista para 31/08/2002.

Após a instrução, foi proferida sentença arbitral que julgou parcialmente procedente a demanda ajuizada pela *EDFI* em face de *ENDESA* e da *YPF* reconhecendo a ocorrência da contingência prevista na Carta Acordo, decorrente do feriado bancário decretado pelo BCRA a partir de 20/12/2001, ocasionando a desvinculação entre o peso e o dólar (paridade de 1 para 1), condenando a *ENDESA S/A* e a *YPF S/A* a pagar-lhe, respectivamente, US\$ 147.000.000,00 (cento e quarenta e sete milhões de dólares americanos) e US\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de dólares americanos), com os juros devidos.

No caso em apreciação a sentença arbitral homologada foi anulada judicialmente pela Câmara Nacional de Apelações do Comércio de Buenos Aires em 09/12/2010, em razão de recursos de nulidade apresentados tanto pela requerente quanto pelas requeridas.

Desse modo, ao fundamentar a decisão, o STJ entendeu pelo não cabimento da homologação de sentença estrangeira arbitral suspensa ou anulada por órgão judicial do país onde foi prolatada e concluiu que “sendo nula a sentença arbitral na Argentina, por causa de decisão judicial lá prolatada, resta impossibilitada a sua homologação no Brasil.”²⁶

Portanto, no caso em estudo, o pedido foi negado com fulcro na regra de que nenhuma sentença anulada pode ser reconhecida no Brasil o que engessou uma regra genérica e rígida na jurisprudência brasileira. Esse

fundamento encontra respaldo no entendimento de que o ato de homologação não deve acrescentar eficácia à sentença estrangeira, em nítida defesa pela importância da sede da arbitragem.

O raciocínio adotado para rejeição do pedido, embora possa ser atrativo por sua simplicidade, peca pela sua rigidez. Consagra uma leitura estática da Convenção, cujo maior objetivo é facilitar a circulação das sentenças arbitrais estrangeiras. Ademais, é importante ter em mente que a CNY serve para estabelecer um *standard* mínimo e permite que os países adotem normas mais flexíveis. É necessário fazer uma releitura dinâmica e atualizada da Convenção.

Conforme assevera o Prof. José Augusto Fontoura Costa:

A rota para o pronto afastamento de sentenças arbitrais anuladas no estrangeiro parece, desde logo, perfeitamente construída para futuros casos. O caminho argumentativo trilhado para dar apoio ao resultado segue, porém, um percurso inadvertidamente arriscado, cheio de manobras capazes de originar situações críticas sob condições climáticas mais arriscadas.²⁷

Nessa análise que apresenta sobre o caso, Fontoura Costa assegura, ainda, que:

[...] “a distância entre a hipótese “anulação da sentença no país do território onde foi prolatada” e a consequência jurídica “impossibilidade de reconhecimento e execução no Brasil” está longe de ser curta e segura, até porque depende, como se observa na própria análise do acórdão, de várias etapas, as quais, vistas separadamente, espriam-se sobre um mapa em que os atalhos não podem ser traçados sem por em risco o bom Direito.”²⁸

A premissa que fundamenta esse raciocínio é questionável. Negar a sua homologação significa, ainda que tacitamente, reconhecer a legitimidade da decisão que a anulou no país de origem. E, nesse sentido, é importante observar que o poder conferido ao árbitro no procedimento arbitral emana da própria vontade das partes, ou seja, da autonomia e do consentimento de ambas, e assim, renuncia a jurisdição estatal. Não é por acaso que a própria redação da Convenção de Nova York confere

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada. *SEC n. 5.782 - EX (2011/0129084-7)*. 782. Rel.: Ministro Jorge Mussi, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/268017953/andamento-do-processo-n-2011-0129084-7-sentenca-estrangeira-contestada-16-12-2015-do-stj>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *EDF Internacional S/A vs YPF S/A: reflexões sobre os efeitos da sentença arbitral estrangeira anulada no juízo de origem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.13, n. 48, p. 365-390, jan./mar. 2016.

²⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *EDF Internacional S/A vs YPF S/A: reflexões sobre os efeitos da sentença arbitral estrangeira anulada no juízo de origem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.13, n. 48, p. 365-390, jan./mar. 2016. p. 380.

uma margem de discricionariedade aos Estados quando da homologação das sentenças que foram anuladas na origem.

Embora muito tenha se debatido em torno de qual seria o real sentido desse dispositivo da Convenção, não se pode esquecer o fato de que, dentre as 5 versões das traduções oficiais, apenas a versão francesa traz um imperativo no sentido de impedir o reconhecimento dessas sentenças. Todavia, ainda assim, com a construção jurisprudencial e análise de casos concretos, a França reconheceu a importância de se retirar esse impedimento e criou normas internas mais benéficas.

Além disso, a própria redação do art. 38 da nossa LAB utiliza o verbo permissivo “poder”. Portanto, o STJ não pode presumir uma obrigatoriedade de negação ao pedido de reconhecimento de uma sentença arbitral tão somente por ter sido anulada onde foi prolatada.

6 Considerações finais

No caso *EDF International S/A vs. Edesa Latino America S/A e YPF S/A*, a decisão foi correta, porém, com a devida vênia, entendemos que o fundamento foi equivocado, uma vez que o mero fato de a sentença arbitral ter sido anulada no local de origem não pode, por si só, configurar, automaticamente, causa de sua anulabilidade em outro país no qual se pretenda o seu reconhecimento.

No acórdão de 02.12. 2015, em linhas gerais, o STJ decidiu que “sendo nulo na Argentina o laudo arbitral — por causa de decisão judicial prolatada naquele País, com trânsito em julgado devidamente comprovado nos autos —, nula é a sentença arbitral no Brasil que, por isso, não pode ser homologada”.

Este acórdão foi criticado, especialmente, tendo em vista a afirmação de que nenhuma sentença anulada pode ser reconhecida no Brasil estabelece um precedente rígido e categórico. Embora o art. 38 da Lei de Arbitragem brasileira permita ao STJ a possibilidade de negar a homologação nas hipóteses ali descritas, não faz disso uma regra cogente.

É importante cuidar para não se perpetuar ou concordar com uma injustiça nos casos de uma impropriedade que contamine o processo de anulação. Sabe-se que não é raro ocorrer anulação em virtude de uma

fraude, uma violação ao devido processo legal, um manifesto desrespeito à ordem pública e por motivos discricionários para defender interesses que fogem da justa medida. É o caso de decisões prolatadas por influência do governo ou de uma entidade local, como, por exemplo, no caso *République arabe d’Égypte vs. Société Chromalloy Aero Services*, a ser mais bem abordado mais adiante.

Infelizmente, há casos de países cujo poder político exerce alguma influência no Judiciário para obter sentença anulatória de decisões arbitrais. Isso geralmente ocorre por interesses políticos ou financeiros do governo quando o Estado ou uma entidade estatal ou paraestatal é parte na arbitragem.²⁹ Portanto, é importante permitir que uma sentença arbitral possa ser homologada quando a decisão que a anulou estiver contaminada por algum vício.

Com esse precedente, o STJ dificulta a possibilidade de se homologar uma sentença arbitral estrangeira, o que não condiz com a primazia pela circulação de sentenças estabelecida na Convenção de Nova York.

Referências

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Sentença Estrangeira Contestada. *SEC n. 5.782 - EX (2011/0129084-7)*.782. Rel.: Ministro Jorge Mussi, 02 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/268017953/andamento-do-processo-n-2011-0129084-7-sentenca-estrangeira-contestada-16-12-2015-do-stj>. Acesso em: 14 abr. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 2.

²⁹ WALD, Arnaldo. A reforma da lei de arbitragem: uma primeira visão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 40, n. 11, p. 17-22, jan./mar. 2014. Disponível em: http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/reforma_lei_arbitragem_primeira_visao.pdf. Acesso em: 15 maio 2016.

COSTA, José Augusto Fontoura. EDF Internacional S/A vs YPF S/A: reflexões sobre os efeitos da sentença arbitral estrangeira anulada no juízo de origem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.13, n. 48, p. 365-390, jan./mar. 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e Lex Mercatoria: horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MANGE, Flávia Foz. *Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Internacional Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SOARES, Boni de Moraes. Um réquiem ao velho juízo de delibação: homenagem póstuma à tradicional cognição no direito processual internacional brasileiro. In: RAMOS, André de Carvalho; MENEZES, Wagner. *Direito internacional privado e a nova cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

WALD, Arnaldo. A interpretação da Convenção de Nova Iorque no direito comparado. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 353–370, out./dez. 2003. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293077/mod_resource/content/0/ARNOLDO%20WALD%20-%20A%20INTERPRETA%C3%87%C3%83O%20DA%20CONVEN%C3%87%C3%83O%20DE%20NOVA%20IORQUE%20NO%20DIREITO%20COMPARADO.pdf. Acesso em: 14 abr. 2016.

WALD, Arnaldo. A reforma da lei de arbitragem: uma primeira visão. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 40, n. 11, p. 17-22, jan./mar. 2014. Disponível em: http://nc-moodle.fgv.br/cursos/centro_rec/docs/reforma_lei_arbitragem_primeira_visao.pdf. Acesso em: 15 maio 2016.

II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

International Constitutional Court: Rise and Fall of an International Debate

Tribunal Constitucional Internacional: Ascensão e Queda de um Debate Internacional

Arthur Roberto Capella Giannattasio

Taina Ometto Bezerra

Elizabeth Bannwart

Débora Drezza

Jessica Buchler

Giovanna Martins

Breno Oliveira

International Constitutional Court: Rise and Fall of an International Debate*

Tribunal Constitucional Internacional: Ascensão e Queda de um Debate Internacional

Arthur Roberto Capella Giannattasio**

Taina Ometto Bezerra***

Elizabeth Bannwart****

Débora Drezza*****

Jessica Buchler*****

Giovanna Martins*****

Breno Oliveira*****

* Recebido em 08/01/2019
Aprovado em 07/02/2019

** Professor Doutor em Tempo Integral da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FD/UPM). Professor convidado do Global Law Program da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Professor convidado do Master of Laws (LLM) da Koç Üniversitesi (Turquia). Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - Largo São Francisco (FD/USP). Pós-doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Alemanha). Email: artcapell@gmail.com

*** Mestre em História Social - Fundação Getúlio Vargas (CPDOC). Graduada em Direito - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: tainaometto@gmail.com

**** Mestranda em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FD/UPM). Email: bethbannwart@gmail.com

***** Master Candidate in International Law - Graduate Institute Geneva. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: deh_drezza@hotmail.com

***** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: jessicadbuchler@hotmail.com

***** Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FD/UPM). Email: gimartins.1998@gmail.com

***** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FD/UPM).

Email: brenosilvaoliveira91@gmail.com

Abstract

The development of an International Constitutional Court (ICoC) is an idea which received a special focus among several legal scholars worldwide. The general idea of this proposal is to create a new international public authority (IPA) with judicial powers in order to: (i) hinder local successful electoral frauds or coups d'état, and (ii) reinforce the global protection of Democracy and Human Rights. After a qualitative research based on primary sources (interviews and surveys) and secondary sources (literature review), this article examined the different ICoC proposals. We argue that the current discussion concerning the legality of this new IPA does not address legitimacy issues and, for this reason, the debate on the legal framework of an ICoC should also consider proper accountability mechanisms for international issues.

Keywords: International Constitutional Court. International Public Authority. legality and legitimacy. Horizontal accountability. Global Public Goods.

Resumo

O desenvolvimento de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI) é uma ideia que recebeu atenção especial entre vários estudiosos do direito em todo o mundo. O objetivo geral desta proposta é criar uma nova autoridade pública internacional (API) com poderes judiciais para: (i) impedir fraudes eleitorais locais e golpes de Estado nacionais, e (ii) reforçar a proteção global da Democracia e dos Direitos Humanos. Após uma pesquisa qualitativa baseada em fontes primárias (entrevistas e questionários) e em fontes secundárias (revisão de literatura), este artigo examinou as diferentes propostas do ICoC. Argumentamos que a atual discussão sobre a legalidade desta nova API não trata ainda de questões relacionadas à legitimidade dessa instituição e que, por essa razão, o debate sobre o arranjo institucional de um

TCI também deve levar em consideração a adoção de mecanismos de accountability adequados para questões internacionais.

Palavras-chave : Tribunal Constitucional Internacional. Autoridade Pública Internacional. legalidade e legitimidade. accountability horizontal. Bens Públicos Globais.

1 Introduction

There is a current discussion in international legal scholarship concerning the proposal for the creation of an International Constitutional Court (ICoC). Roughly speaking, the project concerning this new international institution frames this idea as an independent and permanent international legal mechanism of judicial nature within the United Nations (UN) and possessing advisory and contentious competences on constitutional changes and electoral procedures. The main goals of this new institution would be (i) to contain electoral frauds and unconstitutional changes, (ii) to discourage democratic ruptures, (iii) to reduce the chances of a successful spread of totalitarianism worldwide, and (iv) to avoid human rights violations in domestic arena derived from unconstitutional changes¹.

This new international organization would represent a new tool set from international legal order to deal with national self-determination of processes.

Indeed, traditional international law has nothing to say about the adoption of democracy, totalitarianism, monarchy or republic, among others (U.N.G.A. Res. 25/2625)². In this sense, even though the UN elected

democracy as common driver for developmental goals within its Millennium Declaration (U.N.G.A. Res. 55/2), and on its Sustainable Development Goals (U.N.G.A. Res. 70/1), this political regime still does not appear as a mandatory international obligation among all its member-States.

However, one cannot ignore a recent trend in international organizations in adopting democratic clauses to deal with the membership (acceptance, maintenance or suspension) of new and old member-States. African Union's Charte Africaine de la Démocratie, des Élections et de la Gouvernance (2007), Mercosur's Ushuaia Protocol, the Statute of the Council of Europe and the Interamerican Democratic Charter of the Organization of American States are just some examples of this new trend in international law³.

However, the ICoC proposal aims to present a step forward this trend. International legal arena would not only establish a legal benchmark for International Organizations to let them evaluate if a State can or cannot be suspended due to a failure to comply with an international democratic clause. According to the original proposal, this new international institution would be responsible for judging States political processes as legal or illegal and for sanctioning them in case of non-compliance to international standards.

Thus, by means of a qualitative research based on primary and secondary sources, this text discusses the proposal of ICoC and problematizes it. The idea is to understand the uniqueness of the ICoC proposal, in order to enhance alternative solutions to the international

Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law. *German Law Journal, Frankfurt*, v. 19, n. 1, p. 1-20, 2018.

³ ARRIGHI, Jean-Michel. The "Democracy Clause" in the Americas. In: D'ARGENT, Pierre; BONAFÉ, Béatrice; COMBACAU, Jean; VERHOEVEN, Joe. *Les Limites Du Droit International: Essais en L'honneur de Joe Verhoeven = The Limits of International Law: Essays in Honour of Joe Verhoeven*. Bruxelles: Bruylant, 2015. CAMINOS, Hugo. The role of the Organization of American States in the Promotion and Protection of Democratic Governance. In: COLLECTED Courses of the Hague Academy of International Law. Brill Nijhoff ed. 1998. p. 118-120. GIANNATTASIO, Arthur. A Legalidade e a Legitimidade da Autoridade Pública Internacional da OEA nos Casos Brasil e Venezuela: Do Soft Power a um Direito Político Internacional. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando; SQUEFF, Tatiana (org.). *Golpes de Estado na América Latina e Cláusula Democrática*. Curitiba: Instituto Memória, 2016b. SMITH, Peter H.; SELLS, Cameron J. *Democracy in Latin America*. Oxford: University Press, 2005.

¹ MARZOUKI, Mohamed. *Statement before the 67th General Assembly of the United Nations*. Washington: United Nations, 2012. Available at: <http://gadebate.un.org/node/453>. Access on: 1 Jul. 2016. MARZOUKI, Mohamed. *Statement before the 68th General Assembly of the United Nations*. Washington: United Nations, 2013. Available at: <http://gadebate.un.org/68/tunisia>. Access on: 1 Jul. 2016. MARZOUKI, Mohamed. *Statement before the 69th General Assembly of the United Nations*. Washington: United Nations, 2014. Available at: http://downloads.unmultimedia.org/wss/ga69/en/69_TN_en.mp3. Access on: 1 Jul. 2016.

² GIANNATTASIO, Arthur. Direito Internacional Público Contemporâneo e Tribunal Constitucional Internacional: A Radicalização da Política e a Transcendentalização da Origem dos Estatutos Jurídico-Políticos Nacionais. In: OLIVEIRA, Paulo (ed.). *Temas avançados de Direito Internacional e Direitos Humanos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Juspodivm, 2016a. GIANNATTASIO, Arthur. The Interaction between International and Domestic Legal

control of national decisions concerning democracy⁴. After all, this new international organization must also be controlled, due to the risk that its original institutional design presents to national self-determination processes.

Therefore, this text is divided into 3 (three) parts. The first one will present the materials and methods used to the elaboration of this text (2.): a qualitative research based on primary and secondary sources (2.1), which were understood within the theoretical framework provided by the concept of International Public Authority (IPA) (2.2). The second one organizes the results gathered and systematizes them according to seven common criteria (3). The third one discusses the proposals and reveals the limits of legitimacy in the institutional design of the proposal (4.).

2 Materials and methods

2.1 Qualitative Research based on Primary and Secondary Sources

The text derives from a qualitative research based on primary and secondary sources. The primary sources were semi-structured interviews - face-to-face or remote (via electronic audiovisual media) - and surveys. The interviews were conducted with academics who wrote about the issue and who presented ICoC proposals within the network built around Mohamed MARZOUKI (“Marzouki Group”). Twenty-eight scholars were invited to participate in the survey via e-mail, but only thirteen answered. Six of them did not feel comfortable to take part in the research - either via interviews, or through questionnaires. Thus, three interviews were conducted, and four electronic surveys were sent and filled.

The secondary sources consisted of scientific articles on the subject, which were collected after a cross-reference within a bibliographic review. All the texts published by this group were collected and analyzed, in order to be systematized, side-by-side with the informa-

tion gathered via the primary sources.

After collection and examination of all the information, we compared the different ICoC proposals which were found. Thus, we were able to identify three structural elements, which were more or less addressed by all proposals, namely: (i) legitimacy issues (3.1), which are related to political and social justifications for the creation of an ICoC, (ii) legality issues (3.2), which are related to the constitute regulation of the ICoC (normative basis, functions and institutional design, election of judges), and (iii) enforcement issues (3.3), which are directed related to the relationship between the ICoC and State sovereignty.

It is important to highlight that the criteria which informs the idea of the exercise of an IPA were gathered also after a close contact with specialized literature. In this sense, not only scientific articles, books and book chapters concerning the idea of IPA were read and systematized (bibliographic review), but also interviews with authors who write or wrote on the topic were conducted. Both sources were then used to present the theoretical framework below (2.2).

2.2 International Public Authorities: Legality and Legitimacy Issues while Enforcing the International Protection of Global Public Goods

The first initiative in presenting the concept of global public goods (GPG) are related to the consolidation of a global order (globalization) in 1960s⁵. By transposing the idea of national public goods (PG) to a global perspective⁶, the concept of GPG held the argument that, if nation-states are national public authorities concerned with the production and the protection of public goods within their borders, international society should also be structured to produce goods in the interest of the whole world population⁷.

⁴ GIANNATTASIO, Arthur. *Direito Internacional Público Contemporâneo e Tribunal Constitucional Internacional: A Radicalização da Política e a Transcendentalização da Origem dos Estatutos Jurídico-Políticos Nacionais*. In: OLIVEIRA, Paulo (ed.). *Temas avançados de Direito Internacional e Direitos Humanos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Juspodivm, 2016a.

⁵ KAUL, Inge; GUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999. BOURGUINAT, Henri. *Quand les ‘Biens Publics’ Deviennent ‘Globaux’*. *Repères et Tendances*, sociétal, Paris, n. 39, 2003. FREUD, Claude. *Les Biens Publics Mondiaux*. *Global Public Goods. Éditions de l'ÉHESS*, v. 50, cahier 198/200, 50 ans, p. 1067-1077, 2010.

⁶ GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. *Les Biens Publics Mondiaux et la Coopération Internationale*. *L'Économie Politique*, n. 12, p. 19-31, 2001.

⁷ CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. *Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium*. *The European Journal of International Law*, Oxford, v. 23, n. 3, p. 643-649, 2012.

In the absence of a regular international entity imbued with a public authority (world government), the exercise of a public authority related to the production of GPGs should be assumed by international actors⁸. Thus, the production of development, human rights and security, among other GPGs, should be done then within an international perspective, by means of the exercise of an international public authority (IPA).

Post-World War II period is characterized by an increase of complexity of international arena. Post-national entities – with and without legal personality - were created to promote cooperation among States, in order to enable a joint discussion between national public authorities on common interest issues, such as security, environment, migration, among others⁹. However, although their institutional roles were explicitly assigned in constitutive documents, legal scholarship identified that their Powers have progressively grown in such a way that nowadays they can influence the exercise of individual and collective freedoms within national borders¹⁰.

The exercise of a public authority is usually assigned

to an international entity through treaties¹¹, as those documents are concerned with a clear legal statement of internal bodies and their respective powers. However, beyond these legality issues, such documents care also in disclosing the mechanisms of enforcement and the justifications in the exercise of these Powers.

Thus, the exercise of an IPA presupposes: (i) a clear attribution of the mandate (legality), which shall be observed by national entities due to (ii) the possibility to resort to soft and hard power mechanisms (enforcement)¹², and (iii) a clear recognition that both the legality and the enforcement mechanisms are sufficiently justified or justifiable by the official mission (goals) of the international institution (legitimacy)¹³.

The relationship between GPG and the exercise of an IPA is easily associated to an economic perspective or to an economic strategy: promoting economic development worldwide, spreading free trade of goods, services, capital and intellectual property, and using of economic tools to strengthen environment protection or to increase the acceptance of immigrants within nation States, among others¹⁴.

However, national political issues – such as definition of democracy within national constitutions - are not immediately associated to the range of powers within international public authority¹⁵. This happens

KINDLERBERGER, Charles P. International Public Goods without International Government. *The American Economic Review*, v. 76, n. 1, p. 1-13, mar. 1986.

⁸ RAJAGOPAL, Balakrishnan. Invoking the Rule of Law in Post-Conflict Rebuilding: A Critical Examination. *William & Mary Law Review*, v. 49, issue 4, article 10, p. 1347-1376, 2008. SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 669-693, 2012. BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROSSEAU, Sandrine. Biens Communs, Biens Publics Mondiaux et Propriété: Introduction au Dossier. *Développement Durable et Territoires, Économie, Géographie, Politique, Droit, Sociologie*, dossier 10, 2008. BOURGUINAT, Henri. Quand les 'Biens Publics' Deviennent 'Globaux'. *Repères et Tendances*, sociétal, Paris, n. 39, p. 47-50, 2003. COGOLATI, Samuel; HAMID, Linda; VANSTAPPEN, Nils. *Global public goods and democracy: what role for international law?* KU Leuven Working Paper. n. 159, May 2015. Available at: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2015/159cogolatihamidvanstappen. Access on: May 07th, 2017. GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les Biens Publics Mondiaux et la Coopération Internationale. *L'Économie Politique*, n. 12, p. 19-31, 2001. KAUL, Inge; GUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999. MARING, Matthias. *Globale Öffentliche Güter in Interdisziplinären Perspektiven*. Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 2012.

⁹ FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia, 1964. SALCEDO, Juan Antonio Carrilo. *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*. Madrid: Tecnos, 1985.

¹⁰ BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger; BERNSTOFF, Jochen von; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias (ed.). *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Heidelberg: Springer, 2010.

Interview VII, 2017.

Interview IX, 2017.

¹¹ Interview V, 2017.

Interview VII, 2017.

¹² LAÏDI, Zaki. *La Norme sans la Force: L'énigme de la puissance européenne*. Paris: SciencesPo, 2008. BOGDANDY, Armin von; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 1, p. 115-145, 2017. GUZMAN, Andrew T. *How International Law Works*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

¹³ Interview VI, 2017.

Interview VIII, 2017.

Interview X, 2017.

¹⁴ GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les Biens Publics Mondiaux et la Coopération Internationale. *L'Économie Politique*, n. 12, p. 19-31, 2001. COGOLATI, Samuel; HAMID, Linda; VANSTAPPEN, Nils. *Global public goods and democracy: what role for international law?* KU Leuven Working Paper. n. 159, May 2015. Available at: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2015/159cogolatihamidvanstappen. Access on: 7 May. 2017.

¹⁵ RAJAGOPAL, Balakrishnan. Invoking the Rule of Law in Post-Conflict Rebuilding: A Critical Examination. *William & Mary Law Review*, v. 49, issue 4, article 10, p. 1347-1376, 2008. SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 669-693, 2012.

because democracy is usually associated with values¹⁶, which are differently defined - both in diachronic and spatial perspectives - within each national self-determination process¹⁷. Thus, if both national and international orders do not share objective criteria and standards on democracy and national democratic regimes¹⁸, the legal framework to assign an effectively legitimate IPA on a political GPG to an international institution should be treated with more rigorous attention.

One should not ignore that ICoC proposals deal with a discussion concerning the international protection of a political GPG. For this reason, it is important to address this discussion within a political perspective of international law¹⁹, in which not only the legal mandate and the legal enforcement of this GPG are internationally ensured, but also legitimately established. After all, no matter the importance of the goal in promoting democracy and democratic regimes worldwide in nation-States, the international control of national constitutions should not disregard the core legitimate criteria of a political life: preventing anyone from having the last word (horizontal relations)²⁰.

¹⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Editora, 2000. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008. p. 158-160.

¹⁷ ONUMA, Yasuaki. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arres, 2016. WALKER, Neil. Taking Constitutionalism beyond the State. *Political Studies*, v. 56, n. 3, p. 519-543, 2008.

¹⁸ GIANNATTASIO, Arthur. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 57-76, 2016c.

GIANNATTASIO, Arthur. La verità effettuale y la paz en el derecho de la integración europea: un análisis político del diseño jurídico-institucional de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). In: ACOSTA ALVARADO, Paola; DELPIANO LIRA, Cristián (ed.). *América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Sociedade Latinoamericana de Derecho Internacional, 2017. p. 205-238.

¹⁹ GIANNATTASIO, Arthur. Direito Internacional Público Contemporâneo e Tribunal Constitucional Internacional: A Radicalização da Política e a Transcendentalização da Origem dos Estatutos Jurídico-Políticos Nacionais. In: OLIVEIRA, Paulo (ed.). *Temas avançados de Direito Internacional e Direitos Humanos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Juspodivm, 2016a.

²⁰ WOLFF, Francis. *Aristóteles e a Política*. São Paulo: Discurso, 1999. CARDOSO, Sérgio. Que República? Notas sobre a Tradição do Governo Misto. In: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o Ideário Democrático e Republicano. In: CARDOSO, Sérgio (org.). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

Thus, if ICoC proposals are directed to create a new international institution entitled to exercise an IPA which might affect directly domestic self-determination processes, it is important to understand if such proposals are concerned with the maintenance of the horizontal relations within States while ICoC exercises its judicial roles (advisory and contentious competences)²¹.

The legal framework of the ICoC proposals will be then examined regarding, not only (i) the legal mandate or (ii) the enforcement mechanisms which each proposal presents, but mainly taking into account (iii) the way each proposal grounds the political legitimacy of such institution in the exercise of its IPA. The idea is then to strengthen the legitimacy of an ICoC proposal by pushing it far-beyond the simple broad goal of protecting democracy in national constitutions – a political GPG.

In this sense, we agree with the argument that political legitimacy lies not only on abstract and undefined legitimate ends (politics as goal), but also on a concrete institutional design in which foreseeable means seek to ensure a legitimate outcome (politics as a procedure)²². In other words, the legitimate exercise of an IPA must not only seek democracy, but also operate (decision-making procedure, enforcement of decisions) according to accountability mechanisms (vertical-horizontal and social-political)²³.

Vertical accountability is a concept which indicates the control of the legitimacy of public authorities

²¹ BOGDANDY, Armin von.; VENZKE, Ingo. *International Judicial Lawmaking*. Heidelberg: Springer, 2012.

²² CARDOSO, Sérgio. Que República? Notas sobre a Tradição do Governo Misto. In: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o Ideário Democrático e Republicano. In: CARDOSO, Sérgio (org.). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

²³ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal e Novas Poliaquias. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998. O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*. n. 11, p. 11-31, oct. 2004. For a broader distinction between horizontal and vertical accountability mechanisms. See DURAN, Camila. *A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, for the distinction between political and social accountability. Although we are aware that the concepts do not coincide equally in both authors, we understand that they conceptually complement each other in the assessment of the legitimacy in the exercise of a public authority. Thus, our analysis combines the four concepts to understand the ICoC proposals.

mainly by two mechanisms: (i) election of representatives and (ii) freedom of association and transparency. In the first one, voters are empowered by the possibility to vote against or in favor of candidates, in order to present a political sign of punishment or reward of those who stand for election. In the second one, individuals, media and members of civil society should be able to access information and to present claims before public authorities concerning their actions²⁴.

Horizontal accountability refers to the legal assignment of checks and balances opportunities to different public agencies, in order to let each of them to supervise and block the action of the other. The success of these mechanisms' rests on the effective capability and willingness of each public agency to perform these actions. In other words, it is not enough to explicitly provide such powers in legal documents: the institutional framework must assign a regular and stable source of different degrees of opportunities for autonomous and deeply intertwined possibilities of action between each public agency. To put it simple: it must provide a complex and deep interweaving of rights and duties of participation and blockage one to the other (checks and balances).²⁵

Social accountability is related to the disclosure of information from a public authority to a specific forum for public evaluation. The idea of this mechanism is to enable the public authority to present a report on its actions and to justify them in front of a specialized audience (NGOs, universities, among others) or other interest groups (media, enterprises, among others)²⁶. Such area should be legally framed in advance, in order to allow a regular and foreseeable procedure in accordance with the action of the public authority might or not be approved by the forum. In this sense, in case of disapproval, this regular provision of this arena would at least enable reputational sanctions of the authority.

Finally, there is also the political accountability²⁷, which operates as a complement of social accountabili-

ty mechanisms. After the disclosure of information within a forum, specialized and interest groups might be allowed to interfere in the political agenda by means of a regular legal procedure. Political accountability is thus related to the relationship between civil society and public authority institutions, in which citizens are entitled to take part in decision-making processes.

3 Main Structural Debates on ICoC Proposals

3.1 Legitimacy Issues: Goals as Justifications

Authors present different concrete justifications for the creation of the ICoC, but the majority of them argue that this new institution should be created to ensure a global respect of human rights, social rights, fundamental constitutional rights and duties, democracy, rule of law and respect for differences²⁸. The idea would be to give an institutional opportunity to put in practice principles of a world constitutionalism²⁹.

²⁴ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 08-09, may/aug. 2016. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 35-36, may/aug. 2016. QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 52, 2016. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 37, sep/dec. 2016. SILVEIRA, Alessandra. International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc – Feusp. IJI – Universidade do Porto, p. 74, 2016. CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 35-36, 2016. TAVARES, André Ramos. The role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its democratic principles. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 81, 2016.

²⁹ CARDUCCI, Michele. Ter sfide per una proposta rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 18, 2016. DORES, António Pedro. A defesa da democracia e dos direitos humanos pelo TCI apenas será possível numa

²⁴ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal e Novas Poliaquias. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998.

²⁵ O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal e Novas Poliaquias. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 40-43, 1998.

²⁶ DURAN, Camila. *A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 84.

²⁷ DURAN, Camila. *A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 98-102.

Indeed, for these authors, the ICoC would be created to fill an institutional gap in international legal order. If some international judicial institutions were already created to protect GPGs worldwide (Human Rights and regional protection mechanisms, prohibition of genocide and International Criminal Courts, among others), another judicial body should be created to protect also democracy, as no international authority possesses, until now, a legal and legitimate mandate to protect such GPG as a guardian of a so-called international constitutional order^{30 31}.

According to this perspective, there are already international bodies - such as the UN Human Rights Council and the Human Rights Committee - which lack judicial powers. Thus, the ICoC would be necessary to play the role of an international supervising institution for the defense of democracy within national countries³². Thus, beyond the general goals related to the protection of GPGs, it is possible to divide the arguments concerning the “international protection of democracy worldwide” in three axes:

(i) create institutional conditions of a global refusal of dictatorships and authoritarian regimes, in order to hinder the rise of new political regimes³³ and to persuade current democratic countries not to give up to its democratic institutional design³⁴;

(ii) establish an institutional alternative to supervise (a) electoral frauds, (b) breaches of democratic freedoms and (c) disrespect of national constitutions by national public authorities, as national supervision procedures (executive, legislative and judiciary powers, as well as media) are no longer reliable³⁵; and

(iii) create an international institution concerned with the enforcement of current international legal framework related to the protection of democracy, human rights and other freedoms³⁶.

3.2 Legal Issues

3.2.1 ICoC's Normative Basis: Legal Foundations and Grounding Decisions

The proposals discuss the normative basis of the IPA of the ICoC in two senses: (i) which legal instrument should be used to create this new international

conjuntura favorável a humanização de sociedades discriminatórias. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 19, may/aug. 2016.

³⁰ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 09, may/aug. 2016.

³¹ DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 02-03, may/aug. 2016.

³² MENEZES, Quênia de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 679-680, jul. 2017. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 210, 214-215, 2016. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 39-44, sep/dec. 2016.

³³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto p. 35-36, 2016. DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 02-03, may/aug. 2016.

³⁴ OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal

Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 43, may/aug. 2016.

³⁵ OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 39-44, may/aug. 2016. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado, *apud*, REIS, Cristiane de Souza. A importância do Tribunal Constitucional Internacional para a garantia dos direitos humanos dos movimentos sociais. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 52, 2016. BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 08-09, may/aug. 2016. DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 02-03, may/aug. 2016. TAVARES, André Ramos. The role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Humans Rights and it's democratic principles. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 77-78, 2016. WALLTERSTEIN, *apud*, REIS, Cristiane de Souza. A importância do Tribunal Constitucional Internacional para a garantia dos direitos humanos dos movimentos sociais. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 52, sep/dec. 2016.

³⁶ OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 39-44, may/aug. 2016. DORES, António Pedro. A defesa da democracia e dos direitos humanos pelo TCI apenas será possível numa conjuntura favorável a humanização de sociedades discriminatórias. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 20, may/aug. 2016. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 214-215, 2016.

institution and establish its competences (advisory and contentious)? and (ii) on which legal basis should this new international institution ground its legal opinions and judicial decisions?

The first question is addressed within the same perspective: an international treaty should be created in order to establish a clear legal mandate for the exercise of the IPA by the ICoC. The idea is that this constitutive document should stipulate clearly its principles, foundations and objectives by means of a modern and understandable language³⁷. It is under dispute whether the UN would be the main actor in institutionalizing the ICoC³⁸.

Be as it may, the authors agree that the political basis of this constitutive treaty would be constructed within a post-national perspective. After all, the premise for the creation of the ICoC would be the “(...) existence of an ‘international community’ personified, bearer of universal common values and of own and autonomous institutions of the politics of the States. *Res Publica*, in short”³⁹.

In this sense, considering that maybe not all States would be State-parties to this treaty and that States probably present reservations to the treaty⁴⁰, according to the proposals, the mere ratification by the States should not be regarded as enough: there should be a kind of broader global constituent power. Thus, for these authors, less relevance should be given to States and its political interests and international mechanisms should invite civil society to this international order - such as the example provided by the European Convention on Recognition of the Legal Personality of Non-Governmental International Organizations⁴¹.

³⁷ DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 03, may/aug. 2016.

³⁸ DORES, António Pedro. A defesa da democracia e dos direitos humanos pelo TCI apenas será possível numa conjuntura favorável a humanização de sociedades discriminatórias. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 23, may/aug. 2016.

³⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 53-54, 2016.

⁴⁰ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 10, may/aug. 2016.

⁴¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-

As for the second question, the answer is a little more complex. There is not an agreement between the authors, as they are not able to find a common point of view concerning the legal framework in accordance with ICoC should exercise its IPA: (i) a mixture of national and international legal standards, (ii) purely international legal standards (international constitution), such as (a) international treaties, (b) international principles, or even (c) an international common law, all of them with a prevalence over the domestic legal systems⁴². Yet it is important to highlight that there is no consensus on the necessity of an international constitution as the legal basis for the IPA of the ICoC⁴³.

Indeed, some authors argue that the national self-determination processes should be evaluated according to the countries’ own constitutional norms and to the international legal standards to which they are bound. ICoC would then apply a set of guidelines and standards that would be a parameter for resolving these national political conflicts by means of encompassing local and international legal standards⁴⁴.

However other authors understand that there is an international legal framework which should be used as a higher standard to evaluate national self-determination processes: a so-called material international constitution⁴⁵. This informal international constitution would be based on different kinds of international legal standards concerned with core values for mankind - such as human rights, universal ethical values, democracy and the fight against corruption and transnational crimes⁴⁶.

Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 38-39, 2016. QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 53-54, 2016.

⁴² OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d’Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 31-32, sep/dec. 2016.

⁴³ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 686, jul. 2017.

⁴⁴ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 09, 2016

⁴⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 36, 2016.

⁴⁶ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional

On one hand, for some authors, the international material constitution already exists and is composed by the following documents: (i) the UN Charter, (ii) the Universal Declaration of Human Rights (1948), (iii) the International Covenants on (a) Civil and Political Rights (1966) and (b) Economic, Social and Cultural Rights (1966), (iv) the Charter of the Organization of American States (1948), (v) the European Convention on Human Rights (1950), (vi) the Harare Commonwealth Declaration (1991), (vii) the Constitutive Act of the African Union (2000) and (viii) the Treaties of the European Union (2007)⁴⁷. Another author argues that simply the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) of 1948 would be a normative reference⁴⁸. Be as it may, according to this perspective, those documents would authorize implicitly the creation of an ICoC.

On the other hand, other authors argue that the material international constitution derives from international legal principles related to democracy, civil liberties, presumption of innocence, equal treatment, equality, prudence, efficiency - which are commonly shared by some international documents. According to this perspective, especially in developing countries, freedom of association and freedom of expression should be explicitly emphasized within this *corpus*. In addition, in order to comply with the objective of defending democratic elections, a special concern should be taken in all countries regarding the protection of (racial, gender, sexual) minorities, not only for voters, but also for candidates⁴⁹.

Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 683, jul. 2017. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 217, 2016. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 31-32, sep/dec. 2016.

⁴⁷ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O Tribunal Constitucional Internacional para o *Mundus Novus*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, p. 17, 2017.

⁴⁸ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 29, may/aug. 2016.

⁴⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 38, 2016. DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 02, may/aug. 2016. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*,

A third perspective on the idea of material international constitution is related to the argument that this legal standard should be constructed via an international common law. Such international constitution would not be formally declared by states or other international actors, but created case by case by ICoC itself, after an explicit and broad legal clause within its own constitutive treaty⁵⁰.

In this sense, some authors state that it is unnecessary to create a written and exhaustive document called International Constitution, since it would be enough a set of guidelines and standards to operate as applicable parameters⁵¹. The drafting of a world constitution is discarded due to practical difficulties in operating an international constituent power and to the possibility of fostering the rise of totalitarian ideals⁵².

3.2.2 ICoC's Institutional Design: Reforming the UN Charter

According to Marzouki's original proposal, the ICoC would be created similarly to the International Criminal Court (ICC), as a logical complement to its institutional mission. The ICoC should be created then as an extension of the UN mechanisms for the protection of human rights⁵³. The ICoC would thus be created by the

São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 31-32, may/aug. 2016. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 31-32, sep/dec. 2016. TAVARES, André Ramos. The role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its democratic principles. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 80, 2016.

⁵⁰ CARDUCCI, Michele. Ter sfide per una proposta rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 17, 2016. OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 41-44, may/aug. 2016.

⁵¹ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 09, 2016.

⁵² CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 35, 2016.

⁵³ NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p.

UN and other international tribunals, but at the same time would be competent to act independently⁵⁴.

According to this perspective, UN Charter should be reformed to operate as an effective international constituent power structured in accordance with a parliamentary political regime. First of all, a bicameral World Congress should be created and should be composed by (i) an Upper House (or Confederate Senate), in which each Member State would elect a senator via popular vote, and (ii) a World Democratic Parliament, in which each Member State would elect representatives according to their demographic density. The representatives elected to the bicameral World Congress would have the prerogative to elect the UN Office of Government and a Prime Minister⁵⁵.

ICoC would be then a third international court within UN's new Charter: (i) ICJ would continue to be responsible for judging States, (ii) ICC would still be competent for judging individuals responsible for committing core crimes, and (iii) ICoC would have advisory and contentious competences concerning the protection of democracy worldwide⁵⁶.

212-215, 2016.

⁵⁴ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 686, jul. 2017.

⁵⁵ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O Tribunal Constitucional Internacional para o *Mundus Novus*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, p. 18-19, 2017.

⁵⁶ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 09-10, 2016.

CARDUCCI, Michele. Ter sfide per una proposta rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 17-18, 2016. CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 38, 2016. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado, *apud*, REIS, Cristiane de Souza. A importância do Tribunal Constitucional Internacional para a garantia dos direitos humanos dos movimentos sociais. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 52, sep/dec. 2016. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016. MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 686, jul. 2017.

Besides mediation⁵⁷, arbitration or conciliation⁵⁸ powers, there is a consensus among authors to grant to the ICoC an IPA via advisory and contentious powers concerning the protection of Human Rights and democracy. However, there is no consensus on the range of such powers. Legal scholarship is roughly divided according to two main trends: (i) a mere abstract role, that is, an international power created only to tackle national norms and decisions (international judicial review), or (ii) a concrete role, that is, an international power which is not only exercised to deal with national norms and decisions (international judicial review), but also to judge individuals and national institutions (international responsibility).

In this sense, some authors⁵⁹ argue that the ICoC should possess mandatory interpretation powers to evaluate and review national norms and decisions from national judges. ICoC would then play an abstract role, as it would behave as an international judicial body directed to review national norms and decisions from any national judge - including the Supreme Court - based on the idea of international constitution⁶⁰.

⁵⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 38-39, 2016.

⁵⁸ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 10, may/aug. 2016.

⁵⁹ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 10, may/aug. 2016. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O Tribunal Constitucional Internacional para o *Mundus Novus*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, p. 19, 2017. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016. OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 43, may/aug. 2016. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 31-32, sep/dec. 2016.

⁶⁰ BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 10, may/aug. 2016. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 32-33, may/aug. 2016. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O Tribunal Con-

The judicial control of the ICoC would be abstract, as it would not focus on facts, people or States: rather, its role would be to ensure worldwide a global uniformity of national rules and decisions in accordance with the idea of international constitution⁶¹. And, in case of violation of democratic principles or fraud in elections, ICoC should be entitled with powers to invalidate them by means of a final decision⁶².

Another branch of this abstract role would be the advisory function - one of the greatest innovations of ICoC⁶³. The idea is to entitle ICoC to formulate opinions on amendments of national constitutions and of national electoral legislation - an activity that cannot be exercised by the national constitutional courts⁶⁴. Such advisory competence would be exercised in order to promote cohesion, coherence and integration between national decisions and ICoC decisions⁶⁵.

Some authors add to this abstract role of the ICoC a concrete one: this new international Court should also be entitled with powers to judge both individuals and States worldwide⁶⁶. In this sense, ICoC would then fill

the gaps of the two other courts (ICC and ICJ), as it would be allowed to exercise its judicial powers towards non-member countries of ICJ and towards nationals of non-member countries of the ICC when judging rupture of democracy and Human Rights violation⁶⁷.

Finally, there is a consensus among authors that the access to ICoC should be the most democratic as possible. In other words, the broadest range of entities should be entitled to submit a demand to the ICoC: States, international organizations, representatives of civil society⁶⁸, NGOs, political parties, international associations, trade unions and individuals⁶⁹.

3.2.3 The Election of Judges to the ICoC

Although not all the authors present a clear proposal on the election procedure of judges to the ICoC, some criteria - such as moral integrity, experience⁷⁰, legal knowledge⁷¹ and extensive interdisciplinary knowledge to be attentive to local particularities of each location⁷² - are usually emphasized among the authors. The main objective is to ensure independence⁷³ and impartiality⁷⁴

stucional Internacional para o *Mundus Novus*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, p. 19, 2017.

⁶¹ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 09, 2016. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 31-32, 43, sep/dec. 2016.

⁶² NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016.

⁶³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades - Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 38, 2016.

⁶⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades - Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 38-39, 2016. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016.

⁶⁵ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 09, 2016. MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 686, jul. 2017. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016.

⁶⁶ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional

Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 682, jul. 2017.

⁶⁷ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 695, jul. 2017.

⁶⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades - Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 38-39, 2016.

⁶⁹ NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016.

⁷⁰ NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 216-217, 2016. CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades - Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 40, 2016.

⁷¹ OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, p. 31, 43, sep/dec. 2016.

⁷² DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, n. 41, p. 03, may/aug. 2016.

⁷³ QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 52, 2016.

⁷⁴ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos hu-

among judges while deciding a case – and, for this reason, professional prerogatives, incompatibilities and impediments of judges is essential for ICoC to exercise its IPA as neutral and impartially as possible⁷⁵.

The representativeness of the States is a common concern within legal scholarship – as heterogeneity is regarded as an indispensable condition for the effectiveness⁷⁶, the neutrality and the independence of the ICoC⁷⁷. Thus, these authors argue that judges should be elected also based on an equitable representation of various legal systems⁷⁸. In essence, the idea is to ensure that countries from the five continents must be represented – but with a special concern with the representativeness of developing and emerging countries⁷⁹. The idea is to establish a legal framework of a new IPA which might not strengthen the submission of peripheral countries to the central ones⁸⁰.

There are two broad proposals concerning the election procedure of judges to the ICoC. The judges should be chosen by the UN General Assembly, (i) either based on a list previously presented by an electoral college composed by law experts, judges of the ICJ and of the ICC and members of the UN Human Rights

Committee⁸¹, (ii) or based on a list prepared by a committee – composed by ICJ and ICC judges and members from the International Law Commission, which would select candidates nominated previously by each UN member state⁸².

3.3 Enforcement Issues: The relationship between ICoC and State sovereignty

The debate concerning the effectiveness of ICoC decisions is related to the limits which its enforcement mechanisms might encounter when facing the sovereignty of States – the usual excuse for the noncompliance with international commitments.

The authors agree with the idea that the concept of sovereignty is no longer the same as before and must be re-structured according to the globalized world⁸³. According to this perspective, this concept should be regarded as playing an important role in the formulation of global constitutionalism: there would be no abolition of internal constitutional, but a wider goal of institutionalizing a global constitution defended by an international organization – ICoC⁸⁴. In other words, ICoC would not overlap the national constitutions; rather, it would work on them, based on international constitu-

manos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 686, jul. 2017.

⁷⁵ OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autônoma de Barcelona, n. 38, p. 31, 43, sep/dec. 2016.

⁷⁶ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 32-33, may/aug. 2016.

⁷⁷ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 686, jul. 2017. OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autônoma de Barcelona, n. 38, p. 31, sep/dec. 2016.

⁷⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 40, 2016.

⁷⁹ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 32-33, may/aug. 2016.

⁸⁰ GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 36, may/aug. 2016.

MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 691, jul. 2017.

⁸¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 40, 2016.

⁸² NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 215, 2016.

⁸³ CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 26, 31-32, 2016. GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 30, 34, may/aug. 2016.

OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 41, may/aug. 2016. PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O Tribunal Constitucional Internacional para o *Mundus Novus*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, p. 16-17, 2017.

RANGEL, *apud*, SILVEIRA, Alessandra. International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc – Feusp. IJI – Universidade do Porto, p. 72, 2016.

⁸⁴ OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autônoma de Barcelona, n. 38, p. 29, 41, sep/dec. 2016.

tional principles, precisely to affirm and refine national constitutions⁸⁵.

In this sense, these authors argue that sovereignty will not be violated through the actions of ICoC. After all, if the UN Charter represents the development of international law towards a global constitutionalism, ICoC would not interfere with State sovereignty - rather, it would ensure respect for a freely ratified international commitment⁸⁶. This common constitutional jurisdiction would be then an international tool to reinforce States willingness towards a truly global life. The consequence would be, not the breakdown of State sovereignty, but the increase of an international public sense.

In any case, there is a consensus among authors concerning the impossibility of a direct action by the ICoC against States. Many authors emphasize the need to exhaust the available internal judicial appeals⁸⁷ before resorting to the ICoC⁸⁸. In this sense, ICoC would function as an *ultima ratio* tool endowed with supranational competence⁸⁹. It is also argued that the ICoC will only have jurisdiction when the State is not able to solve the issue by itself⁹⁰.

However, it should be emphasized that one author states that ICoC should have its own enforcement mechanisms via hard power resources. According to this ar-

gument, the only tool which would ensure effectiveness to its decisions would be the direct use of force by the ICoC. For this reason, this author argues that the reform of the UN Charter should create also an independent and exclusive military body to the UN, which could be used by ICoC - especially against totalitarian regimes⁹¹. Still, many authors do not agree with this idea⁹².

4 Discussion

Although the scholars of the ICoC state that the proposal was presented to the International Law Commission, the empirical research revealed that the document does not exist and is not even being discussed in this body. There is a difficulty of effective access to the exact terms of the debate, since there is no condition to promote an effective open discussion in the public sphere - an interesting contradiction for a project that seeks to promote democracy across the globe. At the same time, there are several numbers of ICoC proposals - and authors do not appear to be in consensus.

Apart from these first conclusions, after the results presented above, it is possible to perceive that few ICoC proposals are concerned with its legitimacy according to the four dimensions of accountability mechanisms (horizontal, vertical, political and social). Although some proposals develop arguments for transparency mechanisms and representativeness criteria for the election of judges, those proposals do not fit entirely the whole conditions to ensure a broader legitimacy of an IPA: after all, not only a final and precise ICoC proposal does not exist, but also none of the ones above examined address the complexities of accountability mechanisms.

5 Conclusion

Former Tunisian President Mohamed MARZOUKI proposed in 2012, 2013 and 2014 to the General As-

⁸⁵ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 08-09, 2016.

⁸⁶ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 682-684, jul. 2017.

⁸⁷ OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, n. 41, p. 41, may/aug. 2016. NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, p. 221-222, 2016.

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. The role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its democratic principles. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 79, 2016.

⁸⁹ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI - Universidade do Porto, p. 09, 2016.

⁹⁰ MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 691, jul. 2017.

⁹¹ Interview XII, 2017

⁹² Interview XIII, 2017

CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. Le Projet de Cour Constitutionnelle: Un Espoir de Garantie Internationale pour les Mouvements Sociaux Porteurs de Démocratie. In: SAHIL, Fatiha; EL OUAZZANI, Abdelmalek; PETERS, Anne (dir.). *Droit et Mouvements Sociaux: Quelles Interactions? Le Cas des Revoltes dans le Monde Arabe*. Toulouse: Université Toulouse Capitole, 2014. p. 9-17.

sembly of the UN the creation of ICoC. The draft of its Statute - not effectively presented to the International Law Commission of the UN - would theoretically provide for its competence to judge whether national constitutions are in conformity with democratic and human rights.

The creation of an ICoC is a discourse that follows a public paradigm of International Law - International Public Law. And in this perspective, international entities - such as International Courts - are constituted by international law as International Public Authorities (IPAs). This means that they are established as authorities with a mission to globally protect sensitive public goods for international relations - and, for this, they have impact on the dimensions of individual and collective freedoms.

From a theoretical and empirical qualitative research based on the contemporary discussions about the ICoC (primary and secondary sources), it was possible to evaluate the proposals originally formulated by the Marzouki Group and to criticize its limits. It was possible to perceive that they do not address effectively legitimacy issues while they try to formulate a legal structure to the mandate of this IPA.

Thus, although the idea of an ICoC is interesting, we argue that the current proposal is incomplete, as it lacks democratic participation in its public discussion before the ILC and in its institutional design. Despite a legitimate purpose (preservation of Human Rights and Democracy) the creation of an ICoC does not seem to follow procedures that meet the criteria of democratic legitimacy.

References

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes; RIBEIRO, Talvanni Machado. *Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional*. International Studies on Law and Education, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2016.

ARRIGHI, Jean-Michel. The “Democracy Clause” in the Americas. In: D’ARGENT, Pierre; BONAFÉ, Béatrice; COMBACAU, Jean; VERHOEVEN, Joe. *Les Limites Du Droit International*. Essais en L’honneur de Joe Verhoeven = The Limits of International Law: Essays

in Honour of Joe Verhoeven. Bruxelles: Bruylant, 2015.

BANDEIRA, Gonçalo S. de Melo. Tribunal Constitucional Internacional – auto de ciência. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, may/aug. 2016.

BOGDANDY, Armin von.; VENZKE, Ingo. *International Judicial Lawmaking*. Heidelberg: Springer, 2012.

BOGDANDY, Armin von.; GOLDMANN, Matthias; VENZKE, Ingo. From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority. *European Journal of International Law*, v. 28, n. 1, p. 115-145, 2017.

BOGDANDY, Armin von.; WOLFRUM, Rüdiger; BERNSTOFF, Jochen von.; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias (ed.). *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Heidelberg: Springer, 2010.

BOIDIN, Bruno; HIEZ, David; ROSSEAU, Sandrine. Biens Communs, Biens Publics Mondiaux et Propriété: Introduction au Dossier. *Développement Durable et Territoires, Économie, Géographie, Politique, Droit, Sociologie*, dossier 10, 2008.

BOURGUINAT, Henri. Quand les ‘Biens Publics’ Deviennent ‘Globaux’. *Repères et Tendances*, sociétal, Paris, n. 39, 2003.

CAFAGGI, Fabrizio; CARON, David D. Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium. *The European Journal of International Law*, Oxford, v. 23, n. 3, 2012.

CAMINOS, Hugo. The role of the Organization of American States in the Promotion and Protection of Democratic Governance. In: COLLECTED Courses of the Hague Academy of International Law. Brill Nijhoff ed., 1998.

CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o Ideário Democrático e Republicano. In: CARDOSO, Sérgio (org.). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

CARDOSO, Sérgio. Que República? Notas sobre a Traição do Governo Misto. In: BIGNOTTO, Newton (org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CARDUCCI, Michele. Ter sfide per una proposta rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto,

- CEMOrc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2016.
- CHEMILLIER-GENDREAU, Monique. Le Projet de Cour Constitutionnelle: Un Espoir de Garantie Internationale pour les Mouvements Sociaux Porteurs de Démocratie. In: SAHIL, Fatima; EL OUAZZANI, Abdelmalek; PETERS, Anne (dir.). *Droit et Mouvements Sociaux: Quelles Interactions? Le Cas des Revoltes dans le Monde Arabe*. Toulouse: Université Toulouse Capitole, 2014.
- COGOLATI, Samuel; HAMID, Linda; VANSTAPPEN, Nils. *Global public goods and democracy: what role for international law?* KU Leuven Working Paper. n. 159, May 2015. Available at: https://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/2015/159cogolatihamidvanstappen. Access on: 7 May. 2017.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Dos soberanismos às interconstitucionalidades – Por uma Corte Constitucional Internacional. *International Studies on Law and Education*. São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2016.
- DALLARI JÚNIOR, Hélcio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, may/aug. 2016.
- DORES, António Pedro. A defesa da democracia e dos direitos humanos pelo TCI apenas será possível numa conjuntura favorável a humanização de sociedades discriminatórias. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, may/aug. 2016.
- DURAN, Camila. *A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- FREUD, Claude. Les Biens Publics Mondiaux. *Global Public Goods. Éditions de IÉHESS*, v. 50, cahier 198/200, 50 ans, p. 1067-1077, 2010.
- FRIEDMANN, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia, 1964.
- GABAS, Jean-Jacques; HUGON, Philippe. Les Biens Publics Mondiaux et la Coopération Internationale. *L'Économie Politique*, n. 12, p. 19-31, 2001.
- GIANNATTASIO, Arthur. A juridificação de conflitos políticos no direito internacional público contemporâneo: uma leitura política da paz pelo direito de Hans Kelsen a partir do pensamento político de Claude Lefort. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 57-76, 2016c.
- GIANNATTASIO, Arthur. A Legalidade e a Legitimidade da Autoridade Pública Internacional da OEA nos Casos Brasil e Venezuela: Do Soft Power a um Direito Político Internacional. In: GOMES, Eduardo; XAVIER, Fernando; SQUEFF, Tatiana (org.). *Golpes de Estado na América Latina e Cláusula Democrática*. Curitiba: Instituto Memória, 2016b.
- GIANNATTASIO, Arthur. Direito Internacional Público Contemporâneo e Tribunal Constitucional Internacional: A Radicalização da Política e a Transcendentalização da Origem dos Estatutos Jurídico-Políticos Nacionais. In: OLIVEIRA, Paulo (ed.). *Temas avançados de Direito Internacional e Direitos Humanos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Juspodivm, 2016a.
- GIANNATTASIO, Arthur. La verità effettuale y la paz en el derecho de la integración europea: un análisis político del diseño jurídico-institucional de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). In: ACOSTA ALVARADO, Paola; DELPIANO LIRA, Cristián (ed.). *América Latina y el Orden Mundial Contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Sociedade Latinoamericana de Derecho Internacional, 2017. p. 205-238.
- GIANNATTASIO, Arthur. The Interaction between International and Domestic Legal Orders: Framing the Debate according to the Post-Modern Condition of International Law. *German Law Journal, Frankfurt*, v. 19, n. 1, p. 1-20, 2018.
- GRILLO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 31-32, may/aug. 2016.
- GUZMAN, Andrew T. *How International Law Works*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- KAUL, Inge; GUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999.
- KINDLERBERGER, Charles P. International Public Goods without International Government. *The American Economic Review*, v. 76, n. 1, p. 1-13, mar. 1986.
- LAÏDI, Zaki. *La Norme sans la Force. L'énigme de la*

- puissance européenne. Paris: SciencesPo, 2008.
- MARING; Matthias. *Globale Öffentliche Güter in Interdisziplinären Perspektiven*. Karlsruhe: KIT Scientific Publishing, 2012.
- MARZOUKI, Mohamed. *Statement before the 67th General Assembly of the United Nations*. Washington: United Nations, 2012. Available at: <http://gadebate.un.org/node/453>. Access on: 1 Jul. 2016.
- MARZOUKI, Mohamed. *Statement before the 68th General Assembly of the United Nations*. Washington: United Nations, 2013. Available at: <http://gadebate.un.org/68/tunisia>. Access on: 1 Jul. 2016.
- MARZOUKI, Mohamed. *Statement before the 69th General Assembly of the United Nations*. Washington: United Nations, 2014. Available at: http://downloads.unmultimedia.org/wss/ga69/en/69_TN_en.mp3. Access on: 1 Jul. 2016.
- MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 2, jul. 2017.
- NASRAWIN, Laith K. An International Constitutional Court: future roles & challenges. *Digest of Middle East Studies*, v. 25, n. 2, 2016.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal e Novas Poliaquias. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998.
- O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política. *Revista Española de Ciencia Política*, n. 11, p. 11-31, 2004.
- OLIVEIRA, Frederico Batista de. Tribunal Constitucional Internacional: uma proposta hermenêutica. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, sep/dec. 2016.
- OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. *Notandum*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, n. 41, p. 43, may/aug. 2016.
- ONUMA, Yasuaki. *Direito Internacional em Perspectiva Transcivilizacional*. Belo Horizonte: Arres, 2016.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O Tribunal Constitucional Internacional para o *Mundus Novus*. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 13, p. 57-74, 2017.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, 2016.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. Invoking the Rule of Law in Post-Conflict Rebuilding: A Critical Examination. *William & Mary Law Review*, v. 49, issue 4, article 10, p. 1347-1376, 2008.
- REIS, Cristiane de Souza. A importância do Tribunal Constitucional Internacional para a garantia dos direitos humanos dos movimentos sociais. *Revista Internacional d'Humanitats*, CEMOrOc-Feusp, Universidade Autònoma de Barcelona, n. 38, sep/dec. 2016.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrilo. *El Derecho Internacional en un Mundo en Cambio*. Madrid: Tecnos, 1985.
- SHAFFER, Gregory. International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World. *The European Journal of International Law*, v. 23, n. 3, p. 669-693, 2012.
- SILVEIRA, Alessandra. International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc – Feusp. IJI – Universidade do Porto, 2016.
- SMITH, Peter H.; SELLS, Cameron J. *Democracy in Latin America*. Oxford: University Press, 2005.
- TAVARES, André Ramos. The role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its democratic principles. *International Studies on Law and Education*, São Paulo/Porto, CEMOrOc-Feusp, IJI – Universidade do Porto, p. 81, 2016.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- WALKER, Neil. Taking Constitutionalism beyond the State. *Political Studies*, v. 56, n. 3, p. 519-543, 2008.
- WOLFF, Francis. *Aristóteles e a Política*. São Paulo: Discurso, 1999.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Game theory and the legitimacy
of international adjudicative
bodies**

**Teoria dos jogos e a
legitimidade de órgãos
adjudicatórios internacionais**

Janaína Gomes Garcia de Moraes

Patricio Alvarado

Game theory and the legitimacy of international adjudicative bodies*

Teoria dos jogos e a legitimidade de órgãos adjudicatórios internacionais

Janaína Gomes Garcia de Moraes**

Patricio Alvarado***

Abstract

Traditional legal approaches assume that a court is legitimate when its decisions are faithful to the text that expresses the mandate for which it was created (the Constitution, in the case of domestic courts; and the treaty, in the case of international courts). However, studies employing game theory, especially the Hawk-Dove game, show that judges of international courts cannot always be faithful to this mandate and provide the single right legal answer to the cases brought before them for it would risk the stability of the whole system. In light of these findings, the objective of this paper is to sketch the foundations of a new theory of legitimacy that justifies the authority of international adjudicative bodies and provides a framework to assess their activity. The paper hypothesizes that the role of international courts is not (and cannot be) solely to provide the unique right legal answer on a case-to-case basis in an approach that focuses on individual rights. Instead, their role is to advance and sustain a “legitimate state of affairs” that is in line with the normative goals that motivated the creation of the international organization. Employing an analytical methodological approach, the authors take as a starting point game theory models and findings by Dyevre and Loth, and use the theory of the “objective dimension of fundamental rights” advanced by Robert Alexy and the theory of the “unconstitutional state of affairs” advanced by the Colombian Constitutional Court in order to rebuild a coherent theory of the legitimacy of international adjudicative bodies.

Keywords: Hawk-Dove game. Legitimacy. International courts.

Resumo

Abordagens jurídicas tradicionais presumem que uma corte é legítima quando suas decisões são fiéis ao texto que expressa o mandato para o qual foram criadas (a Constituição, no caso de cortes domésticas; e o tratado, no caso de cortes internacionais). No entanto, estudos empregando teoria dos jogos, especialmente o jogo do Gavião-Pombo, mostram que os juízes de cortes internacionais não podem ser sempre fiéis a esse mandato e dar a única resposta jurídica certa para os casos que lhe são trazidos, pois isso arriscaria a estabilidade de todo o sistema. À luz desses achados, o objetivo

* Recebido em 11/02/2019
Aprovado em 08/05/2019

** Janaína Gomes Garcia de Moraes has a Research Master degree in Law from Tilburg University and KU Leuven University and a master degree in procedural law from Universidade Federal do Espírito Santo, a post-graduation in constitutional law from Faculdade de Direito Damásio de Jesus, and is an auditor at the Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Email: janaggm@gmail.com

*** Patricio Alvarado has a masters degree in Constitutional Law and he is studying a research master in law from Tilburg University and KU Leuven University. He has taught Constitutional Law, legal philosophy and legal argumentation in Ecuador. He also worked at the Ecuadorian Customs Office where he was the National Director of Customs Policy and Legislation. Email: p.a.alvaradoluzuriaga@tilburguniversity.edu

deste artigo é traçar as fundações de uma nova teoria de legitimidade que justifique a autoridade de órgãos adjudicatórios internacionais e ofereça um parâmetro para avaliar sua atividade. A hipótese é de que o papel das cortes internacionais não é (e não pode ser) apenas dar a resposta jurídica certa com base no caso a caso e com uma abordagem que foque em direitos individuais. Ao contrário, seu papel é avançar e sustentar um “estado de coisas legítimo” alinhado com os objetivos normativos que motivaram a criação da organização internacional. Empregando uma metodologia analítica, os autores tomam como ponto de partida modelos da teoria dos jogos e os achados de Dyevre e Loth, e usam a teoria da “dimensão objetiva dos direitos fundamentais” elaborada por Robert Alexy e a teoria do “estado de coisas inconstitucional” da Corte Constitucional Colombiana para reconstruir uma teoria da legitimidade dos órgãos adjudicatórios internacionais.

Palavras-chaves : Jogo Gavião-Pombo. Legitimidade. Cortes internacionais.

1 Introduction

Lawyers usually think of judgments in strictly legal terms, that is, the applicable legislation, the correct invocation of case law, the appropriateness of this or that principle. For them, this is how adjudication is and should be done since the law is an autopoietic system¹, whereby all economic, political and other external influences are filtered out when they enter the legal realm. Rarely, lawyers, especially judges, explicitly admit that outside factors played a crucial role in an adjudication outcome. Even more rarely, they will explicitly posit that these aspects *should* play any role. The professional ethos – and the belief in the explanatory power of the law that comes with it – hinders lawyers from incorporating into legal theory the many power relationships outside the law involved in a judgment. Therefore, when they actually have an influence more significant than the strictly legal reason, it is seen as a failure to achieve the right answer², a disruption in the system, but not as something inherent to and compatible with the law.

This tendency to try to explain adjudication exclusively in legal terms has been decreasing though. Many studies show that things such as gender, age, political preference, tiredness affect judgments³. For legal theory, yet, these are human flaws that must be overcome, but that do not affect the very foundations of the law, understood as a system with an internal coherence that can be protected from these biases. Amongst these recent studies, however, there is one field that challenges traditional jurisprudence, namely, that of judicial dialogues between heterarchical courts. The lack of hierarchical superiority of international courts poses a difficulty to legal theory because there is no supremacy of the constitution to explain their legitimacy, and consequently neither why national courts should comply with their decisions nor why they do so when there is no punishment at stake.

Departing from purely doctrinal approaches, a range of recent studies has tried to grasp the peculiar relationship between courts in non-hierarchical international settings. Relying on empirical data, studies show that not only seeking the right answer motivates the dialogue between national and international courts, but also exogenous factors, such as the country’s involvement in transnational economic activity⁴. Moreover, empirical findings show that resistance towards the international court’s decision has varied reasons: some relate to legal issues, such as the preservation of national identity, others are simply policy or personal preferences of the judges⁵. The support of the legislative and executive also seems to influence adjudication, pushing judges into strategical behavior when they face political constraints, i.e., threats of non-compliance or legislative override⁶. Politics indeed appears to be a major power influencing the behavior of international courts. In this

³ For example, BOYD, C.; EPSTEIN, L.; MARTIN, A. Untangling the Causal Effects of Sex on Judging. *American Journal of Political Science*, v. 54, n. 2, p. 389–411, Apr. 2010; HANGARTNER, D.; LAUDERDALE, B. E.; SPIRIG, J. *Refugee Roulette Revisited: Judicial Preference Variation and Aggregation on the Swiss Federal Administrative Court 2007-2012*. Available at: <http://benjaminlauderdale.net/files/papers/SwissAsylumPanels.pdf>

⁴ CARRUBBA, C. J.; MURRAH, L. Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union. *International Organization*, v. 59, p. 399-418, 2005.

⁵ HOFMANN, A. *Resistance against the Court of Justice of the European Union*. Copenhagen, iCourts - The Danish National Research Foundation’s Centre of Excellence for International Courts, 2018.

⁶ CARRUBBA, C. J.; GABEL, M.; HANKLA, C. Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice. *American Political Science Review*, v. 102, n. 4, p. 435-452, 2008.

¹ LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

² DWORKIN, R. No Right Answer. *New York University Law Review*, v. 53, n. 1, p. 1-32, 1978.

regard, Helfer and Alter⁷, by comparing cases before the Court of Justice of the European Union, the Andean Tribunal of Justice, and the Economic Community of West African States Court of Justice, found that the legitimacy of international courts before national governments is not affected by their activism or constraint, but by political and contextual traits of the system.

Similarly, game theory has displayed interesting insights. Trying to understand why domestic systems comply or not with international decisions, Carrubba and Gabel⁸ modeled a game of the interaction between international courts and national governments. They found that governments comply with decisions when they anticipate being sanctioned by peers (other governments) or when the decision is not too harsh; moreover, courts are more likely to rule against states when they have government's support. Focusing on dialogues between courts (i.e., excluding the government), Loth⁹ and Dyevre¹⁰ argue that courts' advances and setbacks can be understood as a Hawk-Dove game. According to them, when tensions escalate, one player/court refrains from being assertive in order to avoid an insurmountable conflict, consequently keeping the dialogue going on. Despite both authors use of the Hawk-Dove game as an explanatory tool, Dyevre takes a more descriptive emphasis, whereas Loth reflects on the implications of recognizing the existence of the game, specifically regarding the legitimacy and effectiveness of the European system. Overall, what these studies show is that courts act strategically, considering other factors than just the law. This is not a novel claim though. For instance, Kelemen¹¹ listed a number of works that suggest

that courts adjust their precedents as a reaction to political pressures. Likewise, Bailliet¹² suggests that the Inter-American Court of Human Rights refrains from issuing advisory opinions in controversial cases to prevent countries from withdrawing from the Inter-American system, which as a strategic move.

Notwithstanding Loth's contribution, the *normative* implications of these studies – especially his and Dyevre's – remain undertheorized insofar there are no exhaustive discussions in this regard. As we do not want to dismiss these findings by labeling them as mere exceptions or abstractions, we are left with a puzzle since legal theory seems to be incompatible with them. On the one hand, legal theory tells us that there is a single right answer to each case, that *ubi eadem ratio ibi idem jus* (where there is the same reason, there is the same law), and that *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (where there is the same reason, there is same reason to decide). On the other hand, empirical and game-theoretical works show us that, in practice, cases alike are being decided differently, depending on circumstances that have nothing to do with the cases themselves. Framed like this, legal theory and the empiric findings seem irreconcilable because, unlike theory, the practice of international courts is akin to a political game in which serving the law is not necessarily the leading rule.

In face of these challenges to legal scholarship, and aiming at not having a theory that is completely detached from reality, we propose incorporating Loth's and Dyevre's game-theoretical models into normative legal theory. To this end, we will answer the ensuing question: *in international non-hierarchical judicial dialogues, how could it be legitimate for international courts to privilege the maintenance of the system over purely legal arguments related solely to the case?* In order to answer this question, we will focus on the concept of legitimacy, following a discussion that was initiated by Loth¹³ (although with significant conceptual differences). Furthermore, we will rely on a range of theoretical models that have been elaborated to tackle the issues that arise from problematic decision settings, namely theories of legal and moral justifiability, cons-

⁷ HELFER, L. R.; ALTER, K. J. Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 479-503, 2013.

⁸ CARRUBBA, C. J.; GABEL, M. J. Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 505-543, 2013.

⁹ LOTH, M. Who has the last word: On judicial lawmaking in European private law. *European Review of Private Law*, p. 45-70, 2017.

¹⁰ DYEYRE, A. Domestic judicial defiance and the authority of international legal regimes. *European Journal of Law and Economics*, v. 44, p. 453-481, 2017. Available at: <https://doi.org/10.1007/s10657-016-9551-2>; DYEYRE, A. *The Future of Legal Theory and the Law School of the Future*. Intersentia: Antwerp, 2016. ISBN 978-1-78068-374-4; DYEYRE, A. *Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon?* 2012. Unpublished paper. From the Selected Works of Arthur Dyevre. Available at: http://works.bepress.com/arthur_dyevre1/7/.

¹¹ KELEMEN, D. The Limits of Judicial Power: Trade-Environment Disputes in the GATT/WTO and the EU. *Comparative Political*

Studies, v. 34, n. 6, p. 623, 2001.

¹² BAILLIET, C. M. The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018.

¹³ LOTH, M. Who has the last word: On judicial lawmaking in European private law. *European Review of Private Law*, p. 45-70, 2017.

titutional state of affairs, institutional and substantive principles.

The intended contribution of this paper is to provide a solid normative justification for these strategic behaviors. For a normative justification to be possible, we must rely on some assumptions since legitimacy does not work in all scenarios (for instance, when judges act strategically to keep their salaries). As said before, our goal is to bring the strategic behavior that courts engage in, like in a Hawk-Dove game, to the legal realm, so that the strategy would be lawful. To do so, we assume that judges are in fact constrained by the law, i.e., the law effectively limits their possible answers to cases, despite external circumstances. This means either adhering to the single right answer or admitting varied right answers, but that judges will not choose legally inadmissible answers. Another assumption is that the legitimacy of international courts is more endangered than that of domestic courts if one acknowledges that judges behave strategically. Given that, generally, they do not have coercive enforcement mechanisms, they need to appear more legitimate, which means, in practice, relying on other mechanisms (not legal in nature) to increase the costs of not complying with their decisions and enhance their practical power. These mechanisms turn them from a court of law that (in principle) acts as an unconditional counterweight to political power to secure the rights of the people to an institution that must work strategically to try to accomplish its mandate.

Employing an analytical methodological approach, we take as a starting point game theory models and findings by Dyevre and Loth, and use the theory of the “objective dimension of fundamental rights” advanced by Robert Alexy and the theory of the “unconstitutional state of affairs” advanced by the Colombian Constitutional Court in order to rebuild a coherent theory of the legitimacy of international adjudicative bodies. According to Alexy, rights should not only be considered in their individual dimension but also in their objective dimension, which means that they are guiding principles that infuse the whole legal activity. This conception of rights as principles entails that they should be advanced *to the largest extent possible*¹⁴. In turn, the extent to which a principle should be developed depends on the constraints faced by the legislators and adjudicators. As we

¹⁴ ALEXY, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, 2000.

will argue in this paper, adjudicators face strong political constraints, which *ought to* be considered in order to avoid what the Colombian Constitutional Court called an “unconstitutional state of affairs”¹⁵, such as the collapse of the international adjudicative body.

To answer the proposed research question, this paper is divided as follows. Following this introduction, we will flash the serious implications that game theory poses to legal theory by fostering a dialogue between Loth and Dyevre with positivist and post-positivist decision theory (section 2). Afterward, we will present theories on the legitimacy of courts, and how they render patent the issue of courts’ strategic behavior (section 3). Subsequently, we will proceed to try to reconcile game theory and normative legal theory, focusing on courts’ legitimacy (section 4). Finally, some concluding remarks will summarize the main points made throughout the paper (section 5).

2 Game theory vs. legal theory

Thinking of courts in terms of game theory gives a different outlook from the perspective provided by legal theory, which focuses on how they should work. This difference and the problems it entails might not be self-evident though. To explain the repercussions of the game theory to jurisprudence, we will elaborate on what the Hawk-Dove game teaches us about judicial dialogue in international non-hierarchical settings. Then, we will expose its implications to traditional legal theory.

According to Loth¹⁶ and Dyevre^{17,18}, the Hawk-Dove game is a useful tool to understand how international and national courts interact. Dyevre models a game that considers the political bargaining capital of the national and international courts before one another and before the general political setting (for an international court, this means the support of member countries for being

¹⁵ QUINTERO, J.; NAVARRO, A.; MESA, M. El Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable de Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, v. 3, n. 1, p. 69–80, 2011.

¹⁶ LOTH, M. Who has the last word: On judicial lawmaking in European private law. *European Review of Private Law*, p. 45-70, 2017.

¹⁷ DYEYRE, A. Domestic judicial defiance and the authority of international legal regimes, *European Journal of Law and Economics*, v. 44, p. 453–481, 2017.

¹⁸ Given that their works were the inspiration for this paper, we will focus only on their writings.

assertive; for national courts, this means the support of their legislatures and executives to their non-compliance with the international decision). His model also considers the repetition of the dialogue, which eventually steers the dialogue in the direction of cooperation, neutralizing the advantage of being the first mover. In summary, his Hawk-Dove game asserts that depending on whether one or another is assertive (or both or neither), the final result (i.e., the decision issued and the compliance with it) is different.

Likewise, Loth uses the Hawk-Dove game to explain why, within the European system, courts claim to have the final word on conflictual matters. This way, a court poses like a hawk in order to force the other to be the dove. Most of the times, Loth argues, the courts do not actually act like hawks, for that would be costly. On the contrary, they both act like doves, refraining from imposing itself over the other, thus, sharing the jurisdiction. Nevertheless, this dynamic is a sort of strategic behavior on the part of the courts, which could be contended as detrimental. For Loth, however, the strategy is justified because it promotes the courts' legitimacy. The legitimacy, or "good reasons"¹⁹, for strategically engaging in dialogue rather than installing one court with authority over the other is twofold. First, the continuous dialogue promotes institutional balance since courts function as checks and balances of one another. Second, it might foster substantive equilibrium because both the national and international interests are realized to some extent. For these institutional and substantive equilibria to be effective, Loth reasons, domestic courts must provide a counterweight to the European court through detailed information and good reasoning.

Although undeniably useful for understanding courts' interactions, this Hawk-Dove explanation has a challenging implication to legal theory. Legal theory is concerned with issuing decisions in accordance with statutes, case-law, established doctrines, and the facts of the case. Game theory, on the other hand, seems not to worry about the actual case at hand, but mostly with the courts in and of themselves and the costs they face²⁰. In

this regard, the absence of a variable for the case in the models is telling. Given that decisions involve the courts *and* the case that started the dialogue in the first place, we are left with the following question: is the outcome that resulted from the strategic conduct compatible with the legal answer that considers only the facts of the case in face of the legal order? To better illustrate the question, let us problematize one of Dyevre's assertions. In a passage, he states that "weak [international] regimes [...], anticipating non-compliance [from the national courts], *restrictively* interpret the provisions enshrined in the international agreement"²¹. This statement bears an implicit repercussion. Namely, were the international regime strong, the international agreement would have been interpreted *extensively*, and consequently, the decision for that same case would have been different, even though the difference is in the court itself, not in the case. In this hypothetical, abstract example, which decision would be right, that of the strong regime or of the weak one? Is it possible that both are right? Does it matter? And for whom?

At some level, we are reviving an old positivist and post-positivist discussion, here represented only by two emblematic authors, Hart and Dworkin. According to Hart²², the law does not and cannot provide adjudicators with a single right answer. Instead, in hard cases, in which legal language is ambiguous or vague, judges have discretion in choosing among the possible solutions that law indicates which one they think is the most appropriate. For Hart, then, both decisions referred to in the paragraph above could be valid, as long as they were within the judges' discretion. Dworkin would be dissatisfied with such a solution. For him, cases have a unique right answer²³. Despite changes in this theory over time²⁴, Dworkin maintained that law, viewed as integrity, provides one right answer. For him, neither the

authority of international legal regimes, *European Journal of Law and Economics*, v. 44, 2017, p. 460.

¹⁹ DYEVRE, A. Domestic judicial defiance and the authority of international legal regimes, *European Journal of Law and Economics*, v. 44, p. 462, 2017.

²⁰ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd Edition ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

²¹ DWORKIN, R. No Right Answer. *New York University Law Review*, v. 53, n. 1, p. 1-32, 1978. DWORKIN, R. How Law is Like Literature. In: *LAW'S Empire*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986. p. 146-166. DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

²² BIX, B. Ronald Dworkin's Right Answer Thesis. In: *LAW, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 77-132.

¹⁹ LOTH, M. Who has the last word: On judicial lawmaking in European private law. *European Review of Private Law*, p. 55, 2017.

²⁰ "Fig 1 Jurisdictional dispute as one-shot game. J denotes the value of the jurisdictional resource at stake for the domestic court and α the value attached by the international court to the same jurisdictional resource. C and b represent the cost arising from a constitutional crisis for, respectively, the domestic court and the international court". DYEVRE, A. Domestic judicial defiance and the

ambiguity, open-texture, or vagueness of language hinders its existence, nor does the fact that two reasonable people might find two equally reasonable, though divergent, answers²⁵. Conscientiously, patiently, and prudently, judges could find what the right answer, all things considered, would be. This answer would maintain the coherence and integrity of the law as if each decision were part of a chain novel²⁶.

When combined with the Hawk-Dove game, both legal theories present grave complications though. An example will help to illustrate the matter. Suppose that an international court receives a new case about the use of religious symbols in public spaces. The national court forbade the use of a symbol in its sentence A. In this particular situation, the international court has two options²⁷: *i*) override A, and replace it with B, in which the person can use the symbol, because religious freedom is assured in the international commitments of this country; *ii*) sustain A because it is a domestic issue, which is also secured by the treaty. Outside the case, the situation is problematic. In the past interactions between these international and domestic courts, the former has been prevailing. Because of this, the domestic court has been signaling its dissatisfaction for having to disregard its own solutions, and the national executive and legislative have been threatening to leave the system for what they see as an unduly invasion in the country's sovereignty. The international court knows that, given the context, the threat is real. The domestic court is amongst the powerful ones (though not the most powerful). Evaluating these elements, the international court chooses to uphold the domestic court's decision. Translating this situation to that Hawk-Dove model, it means that the international court acted as a dove, whereas the domestic court got to be the hawk. Now, let us combine it with positivism²⁸ and post-positivism to elaborate on

the normative implications.

According to Hartian positivism, there are easy cases, whereby the literal wording of the law applies clearly to solve the dispute, and there are hard cases, in which law provides more than one possible solution, which is the situation above. In that hard case, the law points to two equally possible solutions, A or B. Given they are both valid decisions (and reasonable interpretations), judges have the discretion to choose the one they believe to be the most appropriate. Choosing either A or B is, then, equivalent, for both are valid solutions within the discretionary power of the judge to *make* the law²⁹. Adding now what we have learned from game theory, we can conclude that the relevant factor for the decision, in the end, is then the courts' dynamic. If judges can decide either way, then, the true weighty element to be considered is the judicial dialogue (considering power and convenience). Under Hartian positivism, the law can equally justify both decisions. However, the political consequences are not equal, so one strategy will be better than others (law just follows the decision). Accepting that judges do act strategically, the implication of game theory within Hartian positivism in the context of international judicial dialogues is that decisions are more political than legal. The reasons that would make judges pick answer A over B³⁰ are not necessarily connected to their supposed willingness to make the best legal choice (though legally correct), but would be politically motivated (in that case, keep the dialogue going on). If it is so, adjudicator organs only differ from purely political institutions in terms of vocabulary.

Post-positivism, its turn, also poses an embarrassment when combined with game theory. In the case above, only A or B can be the right answer, not both, not neither. Supposing that, considering the facts of the case and the legal order, B is the right answer. So, if there is indeed a single right answer that is attainable to judges, and if they are rational agents (as game theory presupposes), it follows that, sometimes, they *deliberately* choose to sacrifice the right answer to the individual case for the sake of the continuity of the judicial dia-

²⁵ DWORKIN, R. No Right Answer. *New York University Law Review*, v. 53, n. 1, p. 1-32, 1978. DWORKIN, R. How Law is Like Literature. In: *LAW'S Empire*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986. p. 146-166. DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.

²⁶ DWORKIN, R. How Law is Like Literature. In: *LAW'S Empire*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986. p. 146-166.

²⁷ We are dealing with only two options to facilitate the point we want to make. It is not to confuse the international court with a court of cassation nor to say that there are always only two options.

²⁸ For another type of analysis that takes into consideration strategic courts' behavior and judges' discretion see DOTAN, S. How International Courts Enhance Their Legitimacy. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 455-478, 2013, who considered how courts can use legal reasoning to mask discretion and their policy preferences.

²⁹ HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994. p. 273.

³⁰ Of course, there is always the possibility that the political constraints take judges to select a legally inadmissible answer C, but that is not an immediate implication of game-theory to positivism, and that is also a problem present in Dworkin's post-positivism.

logue, which is a utilitarian type of reasoning. This is at odds with Dworkinian theory. As Mackie³¹ summarizes Dworkin's position: "if they [judges] let policy outweigh principle, they will be sacrificing someone's rights in order to benefit or satisfy others, and this is unjust". Therefore, if solution B was the right answer to the case above, a game theory scheme that displays the right answer would show that there is only one outcome in which it is actually applied, as our table below illustrates:

Table – Hawk-Dove Game and the Right Legal Answer

	International Court Assertive	International Court Restraint
National Court Restraint	Right answer prevails	Right answer (s) disregarded
National Court Assertive	Right answer prevails in the decision, but is disregarded in practice	Right answer disregarded

So far, we have shown the consequences of game theory to decision-making based on our assumption that judges are, in fact, constrained by the law. However, it is to notice that, since in game theory there is no variable for the case, even completely wrong answers are admissible because the case does not count for anything, putting it closer to the Scandinavian form of realism. Therefore, the disregard for the right answer and the political weight are rendered more patent.

In these three situations (positivism, post-positivism, and game theory), the question whether the international court acted legitimately arises since its primary function is to apply the law (political considerations are supposed to be dealt with by political organs). However, this question remains unanswered. Dyevre³² was not concerned with the legitimacy of the courts; therefore, he did not elaborate on anything in this regard in the paper mentioned above. However, in *The future of legal theory and the law school of the future*³³, he indicates not adhering to the unique right answer thesis. For him, when Dworkin denies that judges have discretion, but find the right answer, he was actually conducting

"a masterful exercise in defence of the US Supreme Court's civil rights revolution"³⁴. According to Dyevre³⁵, Dworkin's influence as a scholar is attributable, in large part, to his rhetorical abilities in framing his ideas sympathetically rather than in establishing a coherent and practical jurisprudence. Therefore, Dyevre seems to reject the possibility of existing a unique right answer for all the cases, but he does not explicitly endorse positivism either. Although, as stated above, Loth asserts that the legitimacy of the Hawk-Dove interaction is to provide a means for checks and balances and to foster a balanced development of law, this understanding of legitimacy is not extensively developed in his paper since it was beyond its scope. Moreover, it does not address the lawfulness of solving cases primarily considering the system in the long run, instead of the case alone.

These implications (equating an adjudicator organ to a political one and disregarding the right answer) are seemingly serious threats that game theory presents to the legitimacy of courts. As adjudicatory bodies that are (and should be) mostly concerned with the law, their legitimacy cannot depend only on the power they wield (or the effectiveness of their decisions, to employ a juristic terminology), but on how they manage to apply the law correctly. Legitimacy is, thus, at the core of the reconciliation between game and legal theory.

3 Legitimacy

So, when is an institution (legislature, court, administrative agency) legitimate? Unfortunately, legitimacy is an evasive concept. Since it is not used to refer to something that has a physical existence in reality, there is vast disagreement over the features it encompasses. In general, legitimacy is the abstract concept that supports (theoretically and practically) the existence of the law. Other than that common trait, there are disagreements between scholars. Given these differences, and for conceptual clarity, we will briefly summarize the main positions.

To this end, we will rely on the distinction drawn by Fallon³⁶, according to which legitimacy is understood in

³¹ MACKIE, J. The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs*, v. 7, n. 1, p. 5, 1977.

³² DYEYRE, A. Domestic judicial defiance and the authority of international legal regimes, *European Journal of Law and Economics*, v. 44, p. 453–481, 2017.

³³ DYEYRE, A. *The Future of Legal Theory and the Law School of the Future*. Intersentia: Antwerp, 2016.

³⁴ DYEYRE, A. *The Future of Legal Theory and the Law School of the Future*. Intersentia: Antwerp, 2016. p. 38.

³⁵ DYEYRE, A. *The Future of Legal Theory and the Law School of the Future*. Intersentia: Antwerp, 2016. p. 38.

³⁶ FALLON, R. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, p. 1787, 2005.

three meanings: a) legal, b) moral, and c) sociological. This distinction is analogous to the well-established analytical framework advanced by Bobbio, who distinguished three different criteria to analyze the legal norms, namely, validity, justice, and efficacy, respectively³⁷. Indeed, according to Bobbio, a norm is valid if it exists as a legal rule, it is just if it goes in accordance with the higher moral values (that ought to inspire law) and it is efficacious if it is accepted and followed by the people to which it is addressed (or enforced by the authorities otherwise)³⁸. Relying on this distinction, we contend, based on Fallon, that legitimacy (as does any legal command) also has three different dimensions: a legal, a moral and a social (factual) one. In short, an international adjudicative body is legitimate in the legal sense if it (generally) follows the applicable law; it is legitimate in the moral sense if their decisions are (generally) fair; and it is legitimate in the sociological sense if it is supported (in practice) by its constituencies (the people and the political authorities)³⁹.

These three dimensions are independent of one another. It is possible for a norm to be issued in accordance with the legal parameters for its validity, but can be unjust and efficacious at the same time. In the same manner, it can be invalid but just and efficacious; or invalid, unjust but efficacious nevertheless; and so on⁴⁰. A similar relation can be observed with the three different dimensions of legitimacy. The overall activity of an adjudicative body can generally be legitimate in the legal sense; however, it might be perceived as illegitimate (sociologically) by its constituencies; or vice versa, can be perceived as legitimate (sociologically), even when it generally acts in violation of its founding law.

Ideally, however, the three dimensions vary in accordance with one another. That is to say: if an international adjudicative body (generally) acts in violation of the law, then it must be the case that their decisions are also unjust, and its sociological legitimacy must be extremely weak to the point of its imminent collapse. On the other hand, if its decisions (generally) follow the binding law, then they must be just, and its sociological legitimacy should be extremely strong.

That threefold classification (legal, moral, and sociological) does not encompass all the possible approaches to legitimacy. For instance, Carrubba and Gabel⁴¹ researched whether national compliance depends on the legitimacy of the international court. They do not, however, provide a definition of legitimacy, leaving it implicit that it is more of a sentiment that people and states have towards a court that mixes its legal mandate, its principled action, and the public support. Either way, for the sake of clarity, we will present those three approaches below. Afterward, we will explain the difficulty in assigning only one of these concepts of legitimacy to international courts.

3.1 The (purely) legal approach

From the legal sense, legitimacy refers to an abstract idea that connects the decisions of a court with its original mission that was established in its constitutive act. This could be either a Constitution of a specific country or an international treaty to which some States have agreed. This act has charged adjudicatory bodies with a primary obligation, which is, essentially, the enforcement of a set of rules, principles, and values that we know, simply, as law. The fulfillment of this obligation justifies the courts' authority. It follows that a decision from a court is legitimate when it is faithful to the terms of its mandate expressed in its constitutive act. In Hartian terms, judges enjoy legal legitimacy as long as they abide by whichever norm that is produced by a hierarchical normative system whose origin is a rule of recognition⁴². Therefore, the fact that a law has been issued, a Constitution enacted or an international treaty ratified, justifies in and of itself the activity of a court.

There is an essential formalist trait underpinning this definition of legitimacy. The fact that a law has been issued, a Constitution enacted or an international treaty ratified, validates in and of itself the activity of a court. As long as the court acts within the confines of the positive law, which is the reason a court exists in the first place, then, it is legitimate. Legitimacy becomes, thus, the mere obedience to the law supported only by the fact that a law has been enacted. Put bluntly, the con-

³⁷ BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. 5th ed. Bogotá: Temis, 2016.

³⁸ BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. 5th ed. Bogotá: Temis, 2016.

³⁹ FALLON, R. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, 2005.

⁴⁰ BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. 5th ed. Bogotá: Temis, 2016.

⁴¹ CARRUBBA, C. J.; GABEL, M. J. Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 505-543, 2013.

⁴² HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. (G. Carrió, Ed.). Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1963.

tent of the law is irrelevant. Because substance matters, purely legal legitimacy has been deemed insufficient by other strands.

3.2 The moral (normative) approach

Incorporating part of the legal approach, the normative adds another element to the compliance with enacted norms, namely, a moral justification. Under this strand, the idea of legitimacy as being solely connected to the obedience of law cannot be considered complete. Human actions cannot be justified merely on facts. The obedience to a system of norms needs further justification, that is, it needs elements of substantive normativity, which means an underlying *moral* reason that justifies acting according to those legal documents⁴³. For these authors, to *justify* something is to provide sound moral reasons in its favor; it is to argue why we *ought to do* something⁴⁴. Such moral standards are the source of judges' moral legitimacy. There are two sorts of moral basis that justify the courts' existence: the rights-based approach and the procedural legitimacy approach⁴⁵.

According to the rights-based approach, the main duty of judges is to enforce the rights of the individuals. This normative goal is what justifies any government action, and it is also what sets its limits. Hence, we can speak of the two dimensions of rights: they provide legal standards to assess governmental actions, and they justify the exercise of the authority vested in the judiciary. If judges have the power to overturn laws enacted by institutions with democratic legitimacy (like the parliament), it is because of the justificatory dimension implied in the protection of rights⁴⁶. The *telos* of the judiciary is to make sure that government action does not violate such rights. Proponents of this theory place a strong emphasis on the notion of rights because they conceive of them as expressions of basic moral principles, whose protection and expansion serve to advance the autonomy of human beings, which is our most

fundamental value⁴⁷. There are some discussions with regard to the nature of the aforementioned moral principles. A legal positivist may argue that their selection is a political matter⁴⁸. The drafters of a Constitution select a particular moral principle for its importance on society (say, free speech, for example). Once enacted by law, it is the judges' obligation to enforce them. Others, like Finnis⁴⁹, may argue that rights are necessary normative premises that are deducted from a fundamental unde-rived moral principle (the achievement of the common good). Whatever their origin, the relevant point for this branch is that rights constitute the foundation of the authority of judges. If judges have a legitimate authority, it is because they are supposed to enforce the rights of the people. That normative goal is so important as to justify the existence of a non-democratic institution that has the power to oversee the other branches of the State.

The second approach is procedural, rather than substantive. It considers that the role of the judiciary that legitimizes its authority is to oversee the exercise of public powers. This more procedural approach focuses on matters related to authority, power, and competences for which issues related to the form of the decisions are as important as issues related to its substance⁵⁰.

A common element underlying these two theories is that they both give legitimacy to a normative foundation. A court's decision is justified when it abides by its primary moral duty to obey the law; not any law, but a law that has been issued according to certain objective moral standards (e.g., human rights, substantive and formal democracy)⁵¹. So, moral justifiability is the most fundamental form of legitimacy that actually supports legal legitimacy at the abstract level⁵². However, they are both intrinsically connected since ordering human relations requires more than abstract fundamental moral principles. The subjects of law require certain formal principles, like certainty, transparency and predictability to get the best out of the interactions with one ano-

⁴³ CARACCILOLO, R. Democracia y Obediencia al Derecho: El Argumento de Nino. *Análisis Filosófico*, v. 35, n. 1, p. 81–110, 2015.

⁴⁴ NINO, C. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULLYGIN, E. (ed.). *El lenguaje del Derecho: Homenaje a Genaro Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 339–370.

⁴⁵ POOLE, T. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697–725, 2005.

⁴⁶ POOLE, T. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697–725, 2005.

⁴⁷ PRIETO SANCHÍS, L. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Madrid: Trotta, 2013.

⁴⁸ RAZ, J. *Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press, 1986.

⁴⁹ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁵⁰ POOLE, T. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697–725, 2005.

⁵¹ NINO, C. La justificación de la democracia: entre la negación de la justificación y la restricción de la democracia. réplica a mis críticos. *Análisis Filosófico*, v. 2, p. 103–114, 1986.

⁵² NINO, C. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós, 1984.

ther; and they get that from a structured legal system of rules and principles. Hence, the moral obligation of the judges can be construed as the imperative to abide by a legal system whose existence and enforcement is further justified by the substantial values of democracy and human rights.

3.3 The sociological approach

In the realm of political sciences, the concept of legitimacy acquires a descriptive sense. Descriptive approaches to legitimacy try to explain what makes the activity of courts sustainable over time. This is what Fallon calls the sociological legitimacy of the courts⁵³. Sociological legitimacy is an empirically-rooted (contingent) concept that refers to the approval of a number of relevant actors in the judicial lawmaking process. That approval depends on how those constituencies perceive the activity of the institution; and it is that approval what sustains, *politically*, the institution over time. Some authors in political science define legitimacy as a collective belief in the adequacy of the existing political institutions. Lipset defines it as: “the capacity of a political system to engender and maintain the belief that existing political institutions are the most appropriate and proper ones for the society”⁵⁴.

As Grossman states, the sociological legitimacy is “agent-related,” which means that it is created by the different stakeholders⁵⁵. In the case of international adjudicative bodies, the member states, of course, play a crucial role, but they are not the only actors. National political parties, nongovernmental organizations, elites, and even voters help to shape the *capricious political support* towards an international court which has come to be known as sociological legitimacy. The conflicting interests of many stakeholders shape each State’s preferences, and, in turn, it is each State’s preferences what affects the stability of the transnational adjudicative system directly. This is the sense employed by Douthan⁵⁶, for whom international courts’ legitimacy is the community perception that they are just, correct, and

unbiased so that their judgments will be accepted even though some actors might disagree with them.

It is important to notice that there is no necessary connection between the normative and sociological legitimacy. It is true that, in principle, if people (as a collective) accept law as a legitimate enterprise, it is because they *believe* that judges decide cases (in an unbiased and impartial manner) according to objective parameters of procedural and material justice (these parameters are usually expressed in written documents that constitute the legal framework to be enforced by courts)⁵⁷. However, the fact that people *believe* that an institution is legitimate (sociological), does not make it legitimate (normative). And the other way around: an institution can be legitimate (in the normative sense) even when people believe that it is not (it lacks sociological legitimacy). So, the fact that a court generally acts in a legitimate legal way (assuming the thesis of the unique right legal answer) will not necessarily make it be perceived as legitimate in the sociological sense by all the constituencies.

3.4 The dilemma of international courts

Now, this work focuses on the normative legitimacy of international courts, which is different from the normative legitimacy of domestic courts. For one thing, for domestic courts, the sociological legitimacy is not as critical as it is for international courts. Of course, domestic courts are constrained by the power held by national elites and local political groups, but (at least in consolidated democracies) they do not have the power to do away with the institution of the judiciary, nor does any of the branches of the State. The situation with international courts is different. They must accommodate the interests (legitimate or not) of all the stakeholders in order to survive. If they do not, the whole transnational system of law could be dismantled. Furthermore, national courts have as their immediate public a country, a nation, whose people tend to share core values; international courts dialogue with varied countries, whose people often have different values. This means that normative legitimacy is also trickier for international courts. In addition, Grossman⁵⁸ also points out that the legal

⁵³ FALLON, R. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, p. 1787, 2005.

⁵⁴ LIPSET, S. M. *Political Man: The Social Bases of Politics*. 2nd ed. London: Heinemann, 1983. p. 64.

⁵⁵ GROSSMAN, N. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, v. 41, p. 107, 2009.

⁵⁶ DOTHAN, S. How International Courts Enhance Their Legitimacy. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 455-478, 2013.

⁵⁷ GROSSMAN, N. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, v. 41, p. 107, 2009.

⁵⁸ GROSSMAN, N. The Normative Legitimacy of International Courts. *Temple Law Review*, v. 86, p. 61, 2013.

document that gives them their authority arises from the consent of the contracting member states, but their decisions have deep impact on natural and legal persons that did not enter into the agreement (such as non-contracting states, non-governmental organizations, businesses located outside the region). Furthermore, the rulings affect directly people who did not get the chance to take part in the process⁵⁹. A ruling from the ECtHR against Italy, for example, may affect citizens from France or Germany. So, the consent of the contracting member States is neither a sound legal nor moral reason to justify the authority that, in practice, they bear.

The three types of legitimacy clash when it comes to international courts. Their dilemma can be stated as follows: If they are to maintain the stability of the system and be effective, they must, sometimes, disregard the single right legal answer and be indulgent to the interests of the most powerful nations of the transnational system. Acting like this may preserve the stability of the system from the political perspective but at the cost of undermining its *normative foundations*, i.e., the moral reasons that support the obedience to their rulings. The normative foundations of an international court rely on the consent of the Member States. The court exists because a group of States agreed to create a transnational court to which they would surrender (part of) their sovereignty, presupposing that the court would use its power to enforce the terms of a specific treaty, not the interests of the powerful nations. So, if the courts are not faithful to the consent of the States expressed in the text of the treaty, their authority would not be justified; that is, the institution as such would lose its legal legitimacy. Given this complicated situation, international courts must adopt strategies that are seemingly at odds with the law in order to enhance their sociological legitimacy and be effective; in doing so, they lose their normative legitimacy. So, normative legitimacy seems to be something that international courts, by their very nature, cannot afford. All that international courts seem to have is sociological legitimacy. But, if their mission is not to secure the rights of the individuals, what is their function and what justifies their existence and activity? Do they have any normative legitimacy whatsoever? An even more fundamental question would be, can an international court of law exist without normative legitimacy that justifies its authority?

We believe that, theoretically, an international court of law without normative foundations is not coherent for it would entail either to deny the legal character of the international court or to deny the normative nature of law. The problem lies in the way in which legal and political scholars have framed the issue. We believe that it is possible to build a theory of the normative legitimacy of international courts that reconciles both the legal character of the international court, the normative nature of law, and strategic behavior. This is not a mere thought experiment. Reframing the theory of the normative legitimacy of international courts have practical implications. Indeed, we need an appropriate theoretical framework to assess the activity of an international court to determine if it is achieving its normative goals and to design the necessary reforms to the specific transnational system of law. That is what we will proceed to do in the next section.

4 A new theory of the normative legitimacy of international courts

To redefine the theory of normative legitimacy of international courts, we must find what truly makes their authority justified, independently of the perceptions of the different stakeholders. We argue that this ‘something’ is its crucial function in creating, maintaining and advancing a “constitutional state of affairs.” In this section, we will sketch the foundations of a new theory of the normative legitimacy of international adjudicative bodies.

Our theory of the normative legitimacy of international courts also relies on the justificatory power of rights. However, we take on a new approach that departs from the traditional understanding of rights as devices of protection for the subjects of law. Under the traditional understanding, rights are seen as *subjective rights* (subjective in the sense that they protect a specific subject, be it a person or a determined group of persons) that were devised by the constituent power to protect the citizens from the power of the State; and, later in history, to give the citizens certain privileges and claims against the State. This position was summarized by the German Federal Constitutional Court, in its decision BVerfGE 7, 198 (Lüth case): “There is no doubt that the main purpose of basic rights is to protect the

⁵⁹ GROSSMAN, N. The Normative Legitimacy of International Courts. *Temple Law Review*, v. 86, p. 61, 2013.

individual's sphere of freedom against encroachment by public power: they are the citizen's bulwark against the state". The most relevant feature of this *subjective dimension* of rights is that they follow the structure subject – right – claim:

Subject A has the *right* to R, which can be enforced against subject B;

Subject B violated the right R;

Subject A has a *claim* against subject B.

In the context of constitutional and international law, the subjects will usually be a citizen or a member State. So, a citizen may have a claim against a member State (not the other way around); and a member State may have a claim against another member State, but a citizen does not have a claim against another citizen. Using Hohfeld's⁶⁰ classification, the right may involve a claim (that involves a duty to do or not to do something enforceable against the other party), a privilege (meaning that party A does not have a right to demand party B to abstain from performing certain activity), an immunity (meaning that party A cannot be affected by certain legal power vested – by the law or a contract – on party B) or a power (meaning that party A has a certain ability to change the legal status of party B without his acquiescence)⁶¹. Under this conception, the courts' normative legitimacy stems from their function to hear the claims of the plaintiffs and enforce only the valid ones, which is a way to materialize justice. This approach is inapplicable in the context of international courts. For the reasons stated above, they simply cannot afford to act as a court of a fourth instance to decide individual claims, understood in Hohfeldian way. Therefore, a different approach is needed as the foundation of the normative legitimacy of international courts.

A better-suited conception for international settings entails that *rights are commands to achieve an objective value-laden "state of affairs"* directed towards the authorities, not legal devices that guarantee the efficacy of what the law promises to the subjects. This approach relies on the theory of the double dimension of fundamental rights which was initiated originally by the Federal Constitutional Tribunal of Germany in the aforementioned Lüth case:

⁶⁰ HOHFELD, W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Legal Reasoning. *Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913.

⁶¹ HOHFELD, W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Legal Reasoning. *Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 16-59, 1913.

But far from being a value-free system the Constitution erects an *objective system of values* in its section on basic rights, and thus expresses and reinforces the validity of the basic rights. This system of values, centering on the freedom of the human being to develop in society, must apply as a constitutional axiom throughout the whole legal system: it must direct and inform legislation, administration, and judicial decision.

(Bundesverfassungsgericht, 1958)

This ruling (later followed by decisions No. 53/1985 and 69/1995) galvanized a whole new line of reasoning that was later developed by legal scholars like Zagrebelsky and Robert Alexy. The basic insight into the new approach is that rights are not only devices of legal protection of individuals against unjustified state interventions, but an *objective system of values* that constitute the very foundations of all the State activity. As such, they ought to inspire the production, interpretation and the enforcement of the law, plus they ought to orient public policy⁶².

From this line of reasoning, Robert Alexy developed a new theory of rights as legal principles. He conceptualized principles as: "Norms commanding that something be realized *to the highest degree that is actually and legally possible*"⁶³. He further states that: "Principles are therefore *optimization commands*. They can be fulfilled in different degrees. The mandatory degree of fulfillment depends not only on facts, but also on legal possibilities. The field of legal possibilities is determined by countervailing principles and rules"⁶⁴. What Alexy argues convincingly is that legal principles constitute provisions of legal nature (not merely political declarations of goodwill) from where concrete duties are generated. What a legal principle establishes with a sufficient degree of determinacy is "an ideal '*ought*' that is not yet relativized to the actual and legal possibilities"⁶⁵.

Following Alexy, what principles offer is a normative orientation with regard to a broad set of circumstances (like the ones that make up for the right to freedom of expression or the right to privacy). The concrete duties depend on the conditions that limit the ability of the State to advance the ideal declared by the legal prin-

⁶² ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*. 2nd ed. Madrid: Trotta, 2011.

⁶³ ALEXY, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 295, 2000.

⁶⁴ ALEXY, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 295, 2000.

⁶⁵ ALEXY, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 300, 2000.

principle. In other words, the extent to which a principle should be developed in reality is a function of the constraints faced by the branches of the State (adjudicators, legislature, the executive branch, and agencies). So, the key takeaway in Alexy's theory is that adjudicators are obliged to advance rights *to the largest extent possible*. If this holds, and we acknowledge that the need for political support is a substantial constraint of international courts, then the need for political support constitutes a significant limitation to their ability to advance the normative content of the rights. Indeed, not considering the different interests of the stakeholders of international politics and failing to "disregard" positive law when it is necessary to maintain the cohesion of the transnational legal system will bring about a *state of affairs* that is contrary to the obligation to optimize the content of the rights "to the greatest extent possible"⁶⁶.

What we argue here is not that international adjudicators must always satisfy the interests of the most powerful nations, for that would also delegitimize the transnational system and bring about its eventual collapse. Rather, we posit that judges – *to avoid the advent of a reality that is contrary to rights in their objective dimension* – must consider in their balancing exercise for each case exogenous factors (omnipresent political forces) that might affect the effectiveness of the decision and the sociological legitimacy of the court in the short and long term. Taking into consideration the exogenous political factors in their decisions is not only legitimate, but also necessary to consolidate the effectiveness of the system. This way, international courts can materialize the state of affairs envisaged by the law (and which they are required to enforce).

In the context of the aforementioned balancing exercise, we must bear in mind that what we balance are legal principles. We find two relevant types of legal principles, namely, substantive and institutional principles. Substantive principles refer to what the different subjects of law (e.g. natural and legal persons, groups of people, States) owe to one another as a matter of fairness, while institutional principles are the ones that the law gives to itself, to secure the effective functioning of the system (e.g., the principle of *res judicata*, non-retroactivity of the law and the internal hierarchy of the different

laws). Atienza and Ruiz Manero⁶⁷ argue that institutional principles are naturally heavier than any substantive principles. Hence, they are virtually impossible to be defeated when they are involved in any given balancing exercise. In practice, this means that, in strict rationality, we should almost never break the non-retroactivity of the law to favor a substantive principle, like the right to life⁶⁸ – save extraordinary circumstances, like the crimes committed by the Nazi regime during World War II. We posit that sociological legitimacy (which is the basis of the effectiveness of any given legal system) is one of such institutional principles. This makes perfect sense, after all, if we allow the institutional principles to be defeated with relatively high frequency, the sociological foundations of law would be severely undermined and the stability of the whole system would be compromised⁶⁹. This means that the material (factual) political constraints faced by international adjudicators translate into legal and moral reasons that authorize to sacrifice the fairness of the decision of a given individual case for the sake of the attainment of a greater extent of materialization of rights in their objective dimension.

Now, this idea should not come as a surprise for there are well-established instances of such reasoning throughout the different global adjudicative systems. The Colombian Constitutional Court pioneered the thesis of the "unconstitutional State of affairs" whose theoretical foundations relied on the objective dimensions of rights. According to this thesis, rights are conceived of not so much as individual claims, but as guiding principles that determine (in a binding way) what realities should be constructed by means of State action. In this line of reasoning, the Colombian Constitutional Court has declared that it has the duty to intervene not only to restore justice in individual claims, but also to restore the constitutionality of reality. A reality is unconstitutional when a group of people is forced by circumstances to be harmed in ways that substantially deviate from the state of affairs envisaged by the constituent power⁷⁰. Romero describes the doctrine of

⁶⁶ ALEXY, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 300, 2000.

⁶⁷ ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, v. 24, p. 115–130, 2001.

⁶⁸ ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, v. 24, p. 115–130, 2001.

⁶⁹ ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, v. 24, p. 115–130, 2001.

⁷⁰ QUINTERO, J.; NAVARRO, A.; MESA, M. El Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable de Colombia. *Revista Ju-*

the “unconstitutional state of affairs” as: “A solution that the constitutional judge adopts when it verifies that the causes of the generalized violation of fundamental rights are structural, in light of which, the court must issue commands towards the administrative authorities with the purpose of remedying the unconstitutional situation”⁷¹. According to this doctrine, it is the duty of the highest tribunals to tackle unconstitutional realities. From this, we can infer the correlative duty of not to create an “unconstitutional state of affairs.” We can also relate this to international courts. As we have said, in the context of international adjudicative bodies, failing to preserve the sociological legitimacy of the courts is a way to create an “unconstitutional state of affairs”, which is characterized as the absolute lack of a transnational system of justice that is able to address acute social problems that threatens the materialization of fundamental rights in reality.

In the context of the European Court of Human Rights (ECtHR), a similar doctrine was developed to transform the nature of the court. Originally, scholars thought of the court as an adjudicative institution whose function was to bring justice to individuals who had suffered a violation of their human rights in the hands of the State members. Given the practical difficulties that the court faces when trying to deliver individual justice to millions of citizens, the institution underwent substantial structural changes that transformed it into a transnational organization of judicial nature whose function is to advance the prevalence of human rights in the region, not to bring individual justice on a case-by-case basis⁷². The new approach to the role of the ECtHR can be explained as the prevalence of the general development of rights over the individual claims of justice. This doctrine is rooted on the premise that whenever choices need to be made in the transnational context, the general interest must prevail over the particular ones (no matter how unfair the individual result turns out to be).

Bringing these discussions to the Hawk-Dove game that courts play, we can envisage compatibility between

strategic behavior and legitimacy. The strategy is only legally justified when it can be explicitly justified as part of the objective system of values and the necessity of maintaining a constitutional state of affairs (or avoiding an unconstitutional state of affairs, at least). In our previous example (section 2), the right answer for the international court would be A, all things considered, but not because of the strategy as such. Rather, A would be the right answer because the other options, including B, would bring about an unconstitutional state of affairs (with the withdrawal of the country from the system). Therefore, in international-national interactions, the right answer must do away with individualist approaches to the notion of ‘right’ to favor the sustainability of an objective system of values. In other words, what we argue is that behaving strategically can be legitimate for the international court as long as it is in compliance with its higher obligation to advance rights to the largest extent possible. As posited in section 3, a solid conception of normative (legal + moral) legitimacy does not entail the blind application of the law solely, but needs to be justified by moral standards. The moral standards that, according to our theory, justifies disregarding the legally correct (in the sense employed by Dworkin) claim of individual right, in the case of international courts, are rights in their objective dimension, which compel the international courts to act strategically in order to create and maintain constitutional state of affairs. To achieve normative legitimacy, the judge must counterweigh that right legal answer with higher moral standards that are not expressed in the text of the treaty, namely, rights in their objective dimension (from which the theory of the constitutional state of affairs is derived).

Despite our use of the Dworkinian expression ‘right answer’ above, these conclusions also affect positivism. Acknowledging the legal dimension of the strategy also means that there cannot be two equally valid answers within the law. In positivism, the strategy would be extra-legal, and the law would provide two answers. But this is because positivism is rooted in an individualist conception of rights. When we consider the collective aspect of human interaction and the objective dimension of law, a strategy can be something legal. As a consequence, there are not any more valid answers, but only one. Therefore, what would be deemed as political (due to positivism individualistic traits) is actually legal in nature because it is part of the constitutional state of affairs and the objective system of values that ought to be sustained.

ridica Mario Alario D’Filippo, v. 3, n. 1, p. 69–80, 2011.

⁷¹ ROMERO, N. La doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia novedades del neoconstitucionalismo y “La inconstitucionalidad de la realidad.” *Derecho Público Iberoamericano*, v. 1, p. 244, 2012.

⁷² CHRISTOFFERSEN, J. Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed? In: *INDIVIDUAL and Constitutional Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

A final consideration must be highlighted about our understanding of the legitimate use of strategy by international courts: the consideration and weight given to the constitutional state of affairs must be explicit. Following Fuller's⁷³ account of transparency as one of the constituents of the *internal morality of law*, any strategy would only be admissible if the international court explicitly includes the exogenous variables (political, economic, cultural or otherwise) as part of the balancing exercise that constitutes the body of the ruling. As our understanding of legitimacy encompasses normative grounds, publicity of all the elements at play is an indispensable aspect for admitting strategic behavior into the legal realm.

5 Conclusions

This paper started from a puzzle that stemmed from game theory in face of traditional jurisprudence. As developed in section 2, game theory suggests that courts disregard the law in favor of political aspects, acting strategically. However, this is not the role assigned to courts in any system. Thus, why could it be legitimate for international courts to disregard the right answer in a case to give way to strategic political calculations that tend to maintain the stability of the system, but seemingly do not relate to the case at hand? After reviewing three approaches to legitimacy, we highlighted why none of the three alone was suited for understanding the situation of international courts (section 3). Therefore, the legitimacy of international courts must be understood as a combination of the three, which is only possible when we wield a non-individualist conception of rights, rather one that encompasses an objective system of values in order to achieve a constitutional state of affairs (section 4).

Based on this objective system of values understanding, we find that it is legitimate, in the sense herein described, for international adjudicative bodies to follow the strategic patterns of behavior derived from game theory. That is, it is legitimate to enact judicial dialogues as a Hawk-Dove game: being assertive or refraining from it to avoid the escalation of tensions to the point where the conflict is insurmountable. It follows that in-

ternational adjudicative bodies *ought to* act in a strategically (not entirely principled) to keep the dialogue going on. The last assertion, which, at first glance, looks like a utilitarian maneuver, translates into a legal obligation that the courts are obliged to follow: the obligation to preserve the system, as a matter of binding law.

We contend so for two reasons. First, because institutional principles (of which effectiveness is a powerful one) generally trump substantial principles; and that could be the situation of the case at hand, if and only if the balancing exercise, which courts must explicitly perform in a case-to-case basis, shows that it is necessary to disregard the correct individual claim of rights for the sake of maintaining the effectiveness of the transnational system of law. The second reason is that the courts' moral obligation to maximize the constitutional state of affairs requires international courts to privilege the maintenance of the system over specific individual claims. When rights are understood as part of an objective system of values that serves as a set of guiding principles for authorities, *overriding what could be thought of as the right answer considering the individual* is exposed as a form of normative legitimacy.

For future studies, it can be tested whether international courts follow the theoretical framework proposed here. That is, if they privilege institutional principles, aiming at improving or maintaining a constitutional state of affairs while making explicit all the variables in the balancing exercise. With this assessment, game theory will be able to include a normative perspective in its discussions.

References

- ALEXY, R. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, 2000.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, v. 24, p. 115–130, 2001.
- BAILLIET, C. M. The strategic prudence of The Inter-American Court of Human Rights: rejection of requests for an advisory opinion. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 254-276, 2018.
- BIX, B. Ronald Dworkin's Right Answer Thesis. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Oxford Univer-

⁷³ FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven; London: Yale University Press, 1969.

- sity Press, 1993.
- BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*. 5th ed. Bogotá: Temis, 2016.
- BOYD, C.; EPSTEIN, L.; MARTIN, A. Untangling the Causal Effects of Sex on Judging. *American Journal of Political Science*, v. 54, n. 2, p. 389–411, Apr. 2010.
- CARACCILO, R. Democracia y Obediencia al Derecho: El Argumento de Nino. *Análisis Filosófico*, v. 35, n. 1, p. 81–110, 2015.
- CARRUBBA, C. J.; GABEL, M.; HANKLA, C. Judicial Behavior under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice. *American Political Science Review*, v. 102, n. 4, p. 435–452, 2008.
- CARRUBBA, C. J.; MURRAH, L. Legal Integration and Use of the Preliminary Ruling Process in the European Union. *International Organization*, v. 59, p. 399–418, 2005.
- CHRISTOFFERSEN, J. Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed? In: INDIVIDUAL and Constitutional Justice. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- DOTHAN, S. How International Courts Enhance Their Legitimacy. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 455–478, 2013.
- DWORKIN, R. How Law is Like Literature. In: LAW'S Empire. Cambridge, London: Harvard University Press, 1986. p. 146–166.
- DWORKIN, R. No Right Answer. *New York University Law Review*, v. 53, n. 1, p. 1–32, 1978.
- DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- DYEVRE, A. Domestic judicial defiance and the authority of international legal regimes, *European Journal of Law and Economics*, v. 44, p. 453–481, 2017.
- DYEVRE, A. *Judicial Non-Compliance in a Non-Hierarchical Legal Order*: Isolated Accident or Omen of Judicial Armageddon? 2012. Unpublished paper. From the Selected Works of Arthur Dyevre. Available at: http://works.bepress.com/arthur_dyevre1/7/.
- DYEVRE, A. *The Future of Legal Theory and the Law School of the Future*. Intersentia: Antwerp, 2016.
- FALLON, R. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 118, p. 1787, 2005.
- FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven; London: Yale University Press, 1969.
- GERMANY. *Bundesverfassungsgericht*. BVerfGE 7, 198, 1958.
- GROSSMAN, N. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, v. 41, p. 107, 2009.
- GROSSMAN, N. The Normative Legitimacy of International Courts. *Temple Law Review*, v. 86, p. 61, 2013.
- HANGARTNER, D.; LAUDERDALE, B. E.; SPIRIG, J. *Refugee Roulette Revisited: Judicial Preference Variation and Aggregation on the Swiss Federal Administrative Court 2007–2012*. Available at: <http://benjaminlauderdale.net/files/papers/SwissAsylumPanels.pdf>.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HELPER, L. R.; ALTER, K. J. Legitimacy and Lawmaking: A Tale of Three International Courts. *Theoretical Inquiries in Law*, v. 14, p. 479–503, 2013.
- HOFMANN, A. *Resistance against the Court of Justice of the European Union*. Copenhagen, iCourts - The Danish National Research Foundation's Centre of Excellence for International Courts, 2018.
- HOHFELD, W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied to Legal Reasoning. *Yale Law Journal*, v. 23, n. 1, p. 16–59, 1913.
- KELEMEN, D. The Limits of Judicial Power: Trade-Environment Disputes in the GATT/WTO and the EU. *Comparative Political Studies*, v. 34, n. 6, p. 623, 2001.
- LIPSET, S. M. *Political Man: The Social Bases of Politics*. 2nd ed. London: Heinemann, 1983.
- LOTH, M. Who has the last word: On judicial lawmaking in European private law. *European Review of Private Law*, p. 45–70, 2017.
- LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- MACKIE, J. The Third Theory of Law. *Philosophy and Public Affairs*, v. 7, n. 1, p. 5, 1977.
- NINO, C. El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica. In: BULLYGIN, E. (ed.). *El lenguaje del Derecho: Homenaje a Genaro Carrió*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983. p. 339–370.

- NINO, C. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Paidós, 1984.
- NINO, C. La justificación de la democracia: entre la negación de la justificación y la restricción de la democracia. réplica a mis críticos. *Análisis Filosófico*, v. 2, p. 103–114, 1986.
- POOLE, T. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697–725, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, L. *El Constitucionalismo de los Derechos*. Madrid: Trotta, 2013.
- QUINTERO, J.; NAVARRO, A.; MESA, M. El Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable de Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n. 1, p. 69–80, 2011.
- RAZ, J. *Morality of Freedom*. New York: Oxford University Press, 1986.
- ROMERO, N. La doctrina del Estado de Cosas Inconstitucional en Colombia novedades del neoconstitucionalismo y “La inconstitucionalidad de la realidad.” *Derecho Público Iberoamericano*, v. 1, p. 244, 2012.
- ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*. 2nd ed. Madrid: Trotta, 2011.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade

Historical research of the Decent Work content in ILO ambit and an analysis of its justiciability

Silvio Beltramelli Neto

Julia de Carvalho Voltani

Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade*

Historical research of the Decent Work content in ILO ambit and an analysis of its justiciability

* Recebido em 08/01/2019
Aprovado em 15/04/2019

** Professor Titular Categoria A1 da PUC-Campinas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”, grupo de pesquisa Direito num Mundo Globalizado (CNPQ/PUC-Campinas). Pós-doutorando em Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, integrando o Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho - CESIT. Doutor em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre (2007) em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Especialista (2001) em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas (2001). Graduado pela PUC-Campinas em 1999. Membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho). Dedicase, precipuamente, à investigação das relações de trabalho sob a ótica dos direitos humanos, desenvolvendo, atualmente, plano de pesquisa intitulado “O marco teórico da concepção de Trabalho Decente da OIT: as relações laborais na perspectiva do desenvolvimento social segundo Amartya Sen”. Na graduação da Faculdade de Direito da PUC-Campinas, ministra as disciplinas “Direitos Humanos”, “Estágio Supervisionado em Prática de Direitos Humanos”, “Direito do Trabalho Aplicado” e “Metodologia Jurídica”. Autor de artigos científicos e dos livros “Limites da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas” (Ed. LTR, 2008), “Direito fundamental à moradia do trabalhador migrante” (Ed. Leopoldianum, 2015) e “Direitos Humanos” (Ed. Juspodivm, 5. ed., 2018). Integrante de conselhos editoriais e parecerista “ad hoc” de revistas científicas. Editor-Chefe da Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano - Revista Jurídica da Procuradoria do Trabalho da 15ª Região (ISSN 2595-9689). Email: silviobeltramelli@gmail.com

*** Graduanda do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Bolsista de Iniciação Científica pelo Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP - Processo n. 2017/15618-0), atualmente desenvolve pesquisa sob a temática “Investigação histórica da construção da concepção de Trabalho Decente adotada pela OIT”, com linha de pesquisa: Cooperação jurídica internacional, sob orientação do Professor Dr. Silvio Beltramelli Neto. Email: silviobeltramelli@gmail.com

Silvio Beltramelli Neto**

Julia de Carvalho Voltani***

Resumo

Em sua primeira parte, este estudo analisa o tratamento histórico dado pela OIT ao conteúdo da concepção do Trabalho Decente, desde seu advento, em 1999. O faz comparando as menções contidas em documentos oficiais produzidos por ocasião das Conferências Internacionais do Trabalho entre os anos de 1999 e 2018, com vistas a identificar se, ao longo da história, consolidou-se, no contexto da própria OIT, um conceito preciso que designe o termo Trabalho Decente. Na segunda parte, com base no exame documental antes empreendido e em referências teóricas sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito ao Desenvolvimento Social, examinar-se-á se a concepção de Trabalho Decente consubstancia o substrato de uma norma jurídica que, por sua vez, fundamenta um direito subjetivo, portanto justiciável. Em conclusão, sustenta-se que, a despeito da recusa da OIT em formular um conceito preciso que designe Trabalho Decente, existem elementos conceituais dotados das características necessárias para o reconhecimento de uma norma jurídica que fundamenta um direito subjetivo ao Trabalho Decente, portanto justiciável nos âmbitos nacional e internacional. O estudo vale-se da metodologia indutiva de abordagem e da metodologia procedimental bibliográfica de cunho histórico-comparativo, posto que suas conclusões derivam do exame e sistematização de documentos oficiais da OIT e de textos bibliográficos que se revelaram essenciais para o cumprimento do objetivo de se contribuir para uma compreensão conceitual da concepção de Trabalho Decente e de sua justiciabilidade.

Palavras-chave: Cooperação Internacional — OIT — Trabalho Decente — Desenvolvimento Social — Justiciabilidade

Abstract

In its first part, this study examines the historical treatment given by the ILO of the content of the Decent Work concept since its inception in 1999. It compares it with the mentions contained in official documents produced at the International Labor Conferences between the 1999 and

2018, seeking to identify if, in the context of the ILO itself, a precise definition of the term Decent Work has been established throughout history. In the second part, based on the documentary examination previously undertaken and theoretical references on the justiciability of economic, social and cultural rights and the right to Social Development, it will be examined whether the concept of Decent Work embodies the substrate of a legal norm which, in turn, establishes a subjective right, which is therefore justiciable. In conclusion, it is argued that, in spite of the ILO's refusal to formulate a precise concept of Decent Work, there are conceptual elements with the necessary characteristics for the recognition of a legal norm that establishes a subjective right to Decent Work, therefore justiciable at national and international levels. The study uses the inductive methodology approach and the bibliographic procedural methodology of historical-comparative nature, since its conclusions derive from the examination and systematization of official ILO documents and bibliographic texts which were essential for the fulfillment of the goal of contributing for a conceptual understanding of the concept of Decent Work and its justiciability.

Keywords: International Cooperation - ILO - Decent Work – Social Development – Justiciability.

1 Introdução

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), defensora dos valores, direitos e princípios do trabalho digno em âmbito internacional, experimentou alterações em sua orientação institucional ao longo da história, no mais das vezes tendo por escopo a reversão de contextos adversos ao seu protagonismo internacional em matéria de regulação eficaz das relações laborais.

No período da mais recente dessas alterações — provocadas pela metamorfose estrutural do capitalismo em termos globais, a partir da década de setenta do século XX e impulsionadora da financeirização transnacional do capital e da conseqüente disseminação de uma política econômica neoliberal, com impacto direto na morfologia das relações laborais —, deu-se a adoção da concepção de Trabalho Decente como eixo temático central de abordagem e desenvolvimento das atividades da Organização, a partir de então.

Este estudo pretende, primeiramente, analisar a con-

cepção do Trabalho Decente apresentada à comunidade internacional, em 1999, pelo então Diretor-Geral da OIT à 87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, comparando-a com as menções contidas em outros documentos oficiais produzidos pela OIT, por ocasião das Conferências Internacionais do Trabalho subsequentes, entre os anos de 2000 e 2018, com vistas a identificar se, ao longo da história, elementos conceituais se consolidaram a ponto de se poder identificar uma delimitação precisa do conteúdo do termo Trabalho Decente, exclusivamente no contexto da própria OIT.

Em um segundo momento, com base nas percepções captadas do exame documental empreendido, analisar-se-á se a concepção de Trabalho Decente consubstancia o substrato de uma norma jurídica que, por sua vez, fundamenta um direito subjetivo, portanto, justiciável. Tal análise será levada a efeito tendo por referência reflexões teóricas mais atuais sobre a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, e, em especial, do direito ao Desenvolvimento Social, notadamente na perspectiva da teoria do Desenvolvimento Humano.

Para tanto, como fonte de pesquisa, examinaram-se inúmeros documentos oficiais da OIT, principalmente aqueles tornados públicos por ocasião das Conferências Internacionais do Trabalho, porquanto se parte da premissa segundo a qual tais documentos contemplam reflexões submetidas ao crivo do tripartismo característico das deliberações da Organização. Dentro desse arcabouço documental, deu-se ênfase ao exame das Memórias do Diretor-Geral da OIT, que são comunicações e reflexões submetidas ao debate das comitativas tripartites dos Estados Membros da OIT e ao conhecimento de toda comunidade internacional, e que, bem por isso, não raras vezes consubstanciam ponto de partida das principais discussões realizadas em cada Conferência Internacional, do que é evidente exemplo a construção da ideia de Trabalho Decente.

Para desenvolvimento desta investigação, adotaram-se a metodologia indutiva de abordagem e a metodologia procedimental bibliográfica de cunho histórico-comparativo, posto que suas conclusões derivam do exame e sistematização de documentos oficiais da OIT e de textos bibliográficos que se revelaram essenciais para o cumprimento do escopo de se contribuir para uma compreensão conceitual do Trabalho Decente e de sua justiciabilidade.

2 Primeiros contornos do Trabalho Decente

A OIT surgiu em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, e tem como mandato a promoção da justiça social e dos direitos humanos e trabalhistas fundamentais para a paz universal e permanente. A Organização é estruturada em três principais órgãos: o Conselho de Administração, a Conferência Internacional do Trabalho e a Repartição Internacional do Trabalho (art. 2º da Constituição da OIT).

A Conferência Internacional do Trabalho opera de forma tripartite, como um parlamento mundial do Trabalho, em que representantes das organizações patronais, obreiras e governos dos Estados Membros se reúnem de forma ordinária, em Genebra, ao menos uma vez ao ano, para discutir e deliberar assuntos de interesse do Trabalho em níveis global e nacional, tratando-se do órgão supremo da Organização e de fundamental importância para o planejamento de suas diretrizes¹.

Na Memória do então Diretor-Geral da OIT, Juan Somavia (mandato 1999 a 2012), dirigida à Conferência de 1999, com a proposta de um novo enfoque integrado de atuação da Organização, é apresentada a concepção balizadora de um marco programático denominado Trabalho Decente, aspirado como a unificação da atuação da OIT sob a perspectiva de uma finalidade comum e de um interesse compartilhado entre os Estados Membros e a própria Organização de melhorar a situação dos seres humanos em todo o mundo do Trabalho.²

O advento do Trabalho Decente insere-se no processo de reforma e modernização da OIT em face da perda do protagonismo de suas ações voltadas à regulação das relações de trabalho em nível global, decorrente das transformações estruturais do capitalismo do final do século passado, que ensejaram significativas alterações da morfologia das relações de trabalho³.

¹ OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. *A Organização Internacional do Trabalho: Aspectos Institucionais, Poder Normativo e Atuação*. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2012.

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 05. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

³ HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. Trad. Adail U. Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13 ed. São Paulo: Loyola, 2004, p. 135-162; ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletari-*

Novas estratégias de atuação institucional são, então, engendradas pela OIT, que, deixando de priorizar sua intensa atividade normativa, passa a, de modo proativo, enfatizar a cooperação internacional com os Estados em torno da promoção do Trabalho Decente. Nesta linha, a Organização condensa seus 39 principais programas em quatro objetivos estratégicos vinculadas à noção de Trabalho Decente, quais sejam: a proteção dos princípios e direitos fundamentais do Trabalho nas relações laborais, a geração de emprego de qualidade, a ampliação da proteção social e a adoção do diálogo social⁴. Ao tempo da apresentação da então nova concepção, afirmou a OIT que o Trabalho Decente, promovido como uma meta global com desafios regionais, tem como finalidade principal alcançar o trabalho produtivo, em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana, em completa equivalência ao mandato da Organização estauído na Declaração de Filadélfia (art. II, a), consubstanciando ponto de convergência destes quatro objetivos estratégicos⁵.

Acerca dos quatro objetivos estratégicos, a Memória de 1999 do Diretor-Geral enuncia cada um deles em suas respectivas funcionalidades para a promoção do Trabalho Decente e os toma como um meio para tal

ado de serviços na era digital. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 65-85. Segundo diagnóstico do Diretor-Geral da OIT de 1999: “La mundialización ha traído consigo prosperidad y desigualdades, que están sometiendo a dura prueba el imperativo de una responsabilidad social colectiva. Para la OIT, cuyo campo de actuación se sitúa en la intersección de la sociedad, la economía y las vidas de los seres humanos, tales cambios han revestido proporciones de cataclismo, pero están sentando también las bases para su misión futura. Las mismas fuerzas que transformaron el antiguo orden están engendrando nuevas exigencias y nuevas oportunidades de acción social (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 04. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019).

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 01. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 06. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

promoção⁶, não tendo sido, à época e no documento de apresentação da nova ideia, apresentada para essa uma definição ou um tipo ideal de sua representação.

O primeiro objetivo estratégico, intitulado “Os direitos humanos e o trabalho”, foi dividido em três prioridades: promover a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998⁷, intensificar a luta contra o trabalho infantil e renovar as atividades relativas às normas da OIT, todas com o desígnio de preservar os princípios e direitos do trabalho⁸.

O segundo objetivo ata-se à criação e acesso a novos postos de empregos, medida compreendida como premissa para o desenvolvimento social, econômico e pessoal pleno do indivíduo. Todavia, segundo a OIT, é fundamental que os novos postos de empregos tenham

qualidade aceitável, isso significa serem dignos, remunerados, sem distinção de sexos, com a proteção necessária e com igualdade de condições de ingresso. A criação de empregos produtivos é pugnada pela OIT como um modo de reduzir a pobreza⁹.

O terceiro objetivo estratégico orienta-se ao fortalecimento da proteção social e da segurança social, sobretudo em face das crises econômicas¹⁰, entendida essa proteção como oportunidade de fruição de serviços básicos à sobrevivência humana pelos que, de modo permanente ou transitório, não têm condição de manter seu autossustento, sem em razão da indaptidão para o trabalho, seja em virtude do desemprego¹¹.

O incremento do diálogo social resume o quarto objetivo estratégico e reproduz a conformação institucional da OIT baseada no tripartismo. Busca-se privilegiar deliberações consensuadas que resultem soluções perenes¹².

Muito embora a Memória do Diretor-Geral de 1999 tenha sido um documento de notável importância para o delineamento da nova base estratégica sobre a qual seriam fundadas as atividades da OIT para o século

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 14. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

⁷ A Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 compila e torna exigíveis dos Estados Membros da OIT, independentemente de ratificação, direitos cuja proteção já consta mais ampla e detalhadamente das chamadas “convenções fundamentais”, quais sejam: Convenção n.º 29 sobre o Trabalho forçado, 1930; Convenção n.º 87 sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, 1948; Convenção n.º 98 sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, 1949; Convenção n.º 100 sobre igualdade de remuneração, 1951; Convenção n.º 105 sobre a abolição do Trabalho forçado, 1957; Convenção n.º 111 sobre discriminação (emprego e ocupação), 1958; Convenção n.º 138 sobre a idade mínima, 1973; Convenção n.º 182 sobre a proteção às piores formas de Trabalho infantil, 1999. Diz o art. 2º da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 que “todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de Trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do Trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019. p. 02).

⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 14. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

⁹ “No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe disociar la cantidad del empleo de su calidad. Todas las sociedades tienen su propia idea de lo que es un trabajo Decente, pero la calidad del empleo puede querer decir muchas cosas. Puede referirse a formas de trabajo diferentes, y también a muy diversas condiciones de trabajo, así como a conceptos de valor y satisfacción” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 14. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019).

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 32. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹¹ MERINO, Lucyla Tellez. *A eficácia do conceito de trabalho decente nas relações trabalhistas*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. p. 138-139.

¹² “Para el diálogo social se requiere la participación y la libertad de asociación, de ahí que sea un fin en sí mismo en las sociedades democráticas. Resulta igualmente fecundo con fines de resolución de conflictos, de justicia social y de aplicación real de la política (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 7. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

XXI, resta clara a sua condição de abordagem inaugural sujeita a aperfeiçoamento, como alertado, à partida: “Precisamos promover uma reflexão que aprofunde a noção de Trabalho Decente, que estabeleça os vínculos entre os quatro objetivos estratégicos e sirva como um guia conceitual e operacional para a formulação de políticas”¹³.

3 Um olhar descritivo e analítico do desenrolar dos debates sobre o conteúdo do Trabalho Decente no âmbito da OIT

Nos quatro anos subsequentes à 87ª Conferência Internacional do Trabalho, verificou-se o momento mais produtivo na elaboração de documentos dedicados à novel concepção orientadora das ações da OIT.

A Memória do Diretor-Geral à 88ª Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida no ano de 2000, apontou que o Trabalho Decente, além de significar uma atividade que se desempenha em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana, também deveria ser compatível com os direitos básicos consagrados pela Constituição e Declaração da OIT. Tal abordagem, com viés nitidamente ampliativo da percepção do conteúdo da ideia de Trabalho Decente, imprime-lhe feição multidimensional, porquanto conjuga sob o termo aspectos de distintas naturezas, como o são direitos, emprego, proteção social e diálogo social, aptos a assim constituírem um marco integrador para a definição e a implementação de políticas públicas¹⁴. Em mais um movimento ampliativo de percepção, no mesmo ano de 2000, consta em Ata Provisória daquela 88ª Conferência Internacional que a formação profissional também deveria ser um elemento central do conceito

de Trabalho Decente, dada sua contribuição para a organização do trabalho, bem como para o crescimento econômico e a criação e novos empregos¹⁵.

Já a Memória do Diretor-Geral à 89ª Conferência de 2001, intitulada “Reduzir o Déficit do Trabalho Decente: um desafio global”, refere-se, pela primeira vez de forma expressa, ao Trabalho Decente como um objetivo em desenvolvimento, uma meta móvel que sofre alterações de acordo com as possibilidades, circunstâncias e prioridades de cada sociedade¹⁶. Segundo se apreende da compreensão média dos Estados Membros registrada na ata intitulada “Discussão do Relatório do Presidente do Conselho de Administração”, não existem critérios objetivos para dimensionar o Trabalho Decente, e, usando de referência direta à Memória do Diretor-Geral do mesmo ano, admite que Trabalho Decente é um conceito sobremaneira subjetivo, já que incumbe a cada país definir e interpretar a concepção de acordo com suas expectativas e nível de desenvolvimento¹⁷. Desde esta perspectiva, o Trabalho Decente, conquanto multidimensional, assume o atributo da maleabilidade, experimentada pela alegada dinamicidade de suas diferentes dimensões, sujeitas à evolução com o passar do tempo.

Não obstante as linhas explicativas, até então adotadas em boa medida sem maiores celeumas, registradas no seio das comitivas dos Estados Membros da OIT, na Conferência Internacional do Trabalho de 2001 eclode exatamente uma disputa sobre o horizonte conceitual do Trabalho Decente, porquanto vem à tona embate entre representantes obreiros e patronais, os primeiros defendendo que o conceito de Trabalho Decente

¹³ Tradução livre de: “Necesitamos promover una reflexión que profundice la noción de trabajo Decente, que establezca los nexos entre los cuatro objetivos estratégicos y pueda servir de guía conceptual y operativa para la formulación de políticas” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Respuesta del Secretario General a la discusión de su Memoria*. Ginebra, OIT, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/a-dgrehp.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019).

¹⁴ SANTILLÁN, Elizabeth G.; GARZA, Esthela G.; PALENCIA, Esteban P. El trabajo Decente: nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales. *Revista mexicana de sociología*, v. 73, n. 1, p. 73-104, 2011. p.80.

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 88ª reunión. *Actas Provisionales Octogésima octava reunión*. Quinto punto del orden del día: Desarrollo de recursos humanos: orientación y formación profesionales. Ginebra: OIT, 2000, p. 4. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc88/pdf/pr-21.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Reducir el Deficit del Trabajo Decente: un desafío global*. Ginebra: OIT, 2001, p. 31. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-i-a.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración Y De La Memoria Del Director General (Cont.)*. Ginebra: OIT, 2001, p. 27 e 31. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-5s4.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

é um enfoque integrado de desenvolvimento de recursos humanos, e, portanto, possui significado universal e com padrões mínimos aplicáveis para todo e qualquer país¹⁸, enquanto os últimos concentraram suas energias na qualificação da concepção como flexível e adaptável, portanto, sem definição de cunho universal¹⁹.

A disputa prossegue até 2002, quando, durante a 90ª Conferência Internacional do Trabalho, a despeito da confessada “maleabilidade conceitual”, admitiu-se que o conceito de Trabalho Decente não está bem definido, tão pouco possui parâmetros evidentes para a aplicabilidade²⁰. No mesmo evento, na ata denominada “Promoção das Cooperativas”, a fala de distintos representantes de diferentes Estados Membros deixa evidente que a concepção de Trabalho Decente resta indefinida, não se podendo, de forma prática e duradoura, estipular quais seus elementos conceituais²¹.

Ocorre que, a partir de 2003, arrefece o embate sobre o conceito de Trabalho Decente, especialmente pela consolidação da prática recorrente de associação de seu conteúdo àqueles quatro objetivos estratégicos, nos moldes da época do advento do slogan, em 1999. Por outro lado, a percepção de uma ideia sujeita a adaptação segundo a realidade de cada Estado permaneceu incólume. Entretanto, problematizações pontuais continuaram a se fazer presentes acerca da inexistência de uma definição precisa de Trabalho Decente e da conve-

niência de havê-la, demonstrando que o debate ainda é latente.

Estudo publicado pela Revista Internacional do Trabalho (publicação oficial da OIT dedicada à veiculação de artigos doutrinários), exatamente no ano de 2003, intitulado “A medição do Trabalho Decente com indicadores estatísticos”, propõe a segmentação da concepção de Trabalho Decente em seis facetas²², que, à toda evidência, apresentam clara correlação com os objetivos estratégicos relacionados pela OIT ao Trabalho Decente.

A primeira faceta atine à oportunidade de trabalho, respeitante à necessidade de trabalhar *vis-à-vis* a quantidade de oportunidades de emprego disponíveis no mercado, uma vez que não é possível qualificar o trabalho como decente se este não existe. A segunda refere-se à ideia de labor em condições de liberdade, isto é, todos devem ter o direito de escolher livremente o trabalho, bem como de se filiarem a organizações sindicais, sem discriminação de qualquer jaez. A terceira faceta corresponde ao trabalho produtivo, em que a atividade laboral deve oferecer meios de subsistência mínima para o trabalhador e seus familiares. A quarta faceta é a igualdade no trabalho, que permita o desfrute de um trabalho justo, sem qualquer discriminação no ato da contratação e durante a consecução da atividade profissional. A quinta faceta é a segurança do trabalho, importante para preservar a saúde, pensões e meios de subsistência a quem trabalha, oferecendo proteção financeira em caso de doenças e invalidez. O sexto e último ponto é a dignidade no trabalho, a exigir que os trabalhadores sejam tratados com respeito e que possam participar das decisões referentes as condições laborais.

A 92ª e 93ª Conferências Internacionais do Trabalho, de 2004 e 2005, respectivamente, não dedicaram apontamentos relevantes sobre o conteúdo da expressão Trabalho Decente, o que voltaria a acontecer em 2006, quando a Memória do Diretor-Geral contempla uma definição diferente do até então visto, ao afirmar que o Trabalho Decente é o resumo das aspirações que todos temos em nossa vida profissional: oportunidades e renda direitos, participação e reconhecimento; esta-

¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Actas Provisionales 16 Octogésima novena reunión*. Sexto punto del orden del día: Seguridad social: temas, retos y perspectivas. Ginebra: OIT, 2001, p. 08. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-16.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

¹⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración Y De La Memoria Del Director General (Cont.)*. Ginebra: OIT, 2001, p. 27. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-5s4.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 90ª reunión. *Promoción de las cooperativas*: Informe IV. Cuarto punto del orden del día. Ginebra: OIT, 2002, p. 28. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-iv-2b.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

²¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 90ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración y de la Memoria Del Director General (Cont.)*. Ginebra: OIT, 2002. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-12s6.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

²² ANKER, Richard, et al. *La medición del trabajo Decente con indicadores estadísticos*. Revista Internacional del trabajo. Ginebra, v. 122, n. 2, p. 161-195, 2003. Disponível em: <http://guia.oitinterfor.org/sites/default/files/experiencias/La_medicion_del_TD_con_indicadores_estadisticos.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

bilidade familiar e desenvolvimento pessoal, e justiça e igualdade de gênero²³.

Em sua amplitude, a definição apresentada em 2006 parece querer sintetizar as diversas propostas conceituais discutidas e publicadas até então, tentando condensar todas as perspectivas dos atores do tripartismo da OIT.

Na 96ª Conferência Internacional do Trabalho de 2007 emerge uma preocupação com relação à capacidade analítica e ao modo como a OIT define Trabalho Decente em face de países com diferentes níveis de desenvolvimento. Isso porque, de acordo com o registro de debates de atores do tripartismo na 23ª Ata Provisória (documento específico da referida Conferência), o termo e seu conteúdo, segundo o representante do governo indiano, poderiam ser objeto de apropriação e controle pelos ministérios da economia dos Estados, deixando os interlocutores, como operários e empregadores, às margens da estipulação dessas compreensões particulares do termo²⁴. A despeito de tal preocupação, pouco foi acrescentado na busca de um conceito preciso para o Trabalho Decente, perpetuando-se a ideia inaugural, que o associa aos seus quatro objetivos estratégicos.

Neste mesmo compasso, houve um lapso, entre 2007 e 2013, em que as Conferências Internacionais do Trabalho pouco ou quase nada se ocuparam do conceito de Trabalho Decente, o qual, quando mencionado, permanecia associado aos quatro objetivos estratégicos ou, genericamente, a um trabalho em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana.

Em 2013, a Memória do Diretor-Geral à 102ª Conferência Internacional do Trabalho lança um compromisso da OIT com as pessoas mais vulneráveis do mundo do Trabalho, que sob a perspectiva da Organização são aquelas que vivem na pobreza e trabalham em condições abusivas, para as quais são negados os direitos

fundamentais²⁵. Sendo assim, é reconhecido pela OIT que pessoas que se encontram socialmente excluídas pela pobreza, sem o acesso a mecanismos de serviços sociais e proteções básicas, não possuem condições mínimas de obterem Trabalho Decente.

Os debates sobre a concepção do Trabalho Decente voltam a ganhar fôlego em setembro de 2015, quando a Organização das Nações Unidas (ONU) aprova o documento intitulado “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, que estabelece 17 objetivos e 169 metas a serem alcançadas pelos seus Estados Membros até 2030, de modo a erradicar a pobreza e promover uma vida digna. Dentre os 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o oitavo trata do Trabalho Decente e do crescimento econômico²⁶.

Na perspectiva de Carvalho & Barcellos, a contemplação na Agenda 2030 do Trabalho Decente como objetivo não passa, na realidade, de uma declaração de intenções, dada a vagueza das metas alusivas ao mote, se comparadas com a precisão das metas estabelecidas para outros objetivos²⁷.

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 95ª reunión. *Memoria del Director General. Cambios en el mundo del trabajo*. Ginebra: OIT, 2006, p. 02. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-c.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

²⁴ Dentre as metas relacionadas ao Objetivo 8 da Agenda 2030, destacam-se: “promover políticas orientadas para o desenvolvimento, que apoiem as atividades produtivas, a geração de emprego decente, o empreendedorismo, a criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros. [...] até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e Trabalho Decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para Trabalho de igual valor; [...] tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas; [...] proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas com emprego precário [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Brasil, 2015, p. 22-23. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019).

²⁷ CARVALHO, Paulo G. M. de; BARCELLOS, Frederico C. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio-ODM: Uma avaliação crítica. *Sustentabilidade em Debate*, v. 5, n. 3, p. 222-244, 2014. p.228.

²³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 95ª reunión. *Memoria del Director General. Cambios en el mundo del trabajo*. Ginebra: OIT, 2006, p. 02. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-c.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

²⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 96ª reunión. *Actas Provisionales 23*, 2007. p. 23. Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/pr-23.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

O Trabalho Decente, a partir da Agenda 2030 da ONU, passa a ser tratado como um meio eficaz para se alcançar o desenvolvimento sustentável e, segundo o documento publicado a propósito da 105ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, a OIT passa a suscitar-lo como instrumento de superação de situações crônicas e restabelecimento da coesão social, como no caso da situação dos trabalhadores em territórios árabes ocupados²⁸. Na mesma direção há o informe “Emprego e Trabalho Decente: para a paz e a resiliência”, também aprovado na 105ª Conferência Internacional do Trabalho, no qual a criação de empregos é destacada dentre os quatro objetivos estratégicos associados ao Trabalho Decente enquanto fator de superação de crises econômicas. A tendência da abordagem do Trabalho Decente como medida de enfrentamento de crises econômicas se estende para o ano de 2017²⁹.

O trajeto histórico do conteúdo da concepção de Trabalho Decente, no seio da OIT, é, portanto, marcado por nuances e pela proposital ausência de dedicação à construção de uma definição precisa, observando-se o arrefecimento de uma disputa pelo caráter universal da ideia em face da prevalência de uma percepção do Trabalho Decente como um termo cujo conteúdo está sujeito a vicissitudes nacionais e deve ser compreendido sobretudo pelos objetivos estratégicos enunciados como instrumentos de sua consecução.

4 Algumas interpretações externas a OIT sobre o conteúdo do Trabalho Decente

A avaliação de Vosko pode ajudar a explicar o apaziguamento dos debates internos da OIT em torno do conceito de Trabalho Decente, pois, sob sua ótica, tal

²⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 105ª reunión. *La situación de los trabajadores en los territorios árabes ocupados*: Memoria del Director General Anexo. Ginebra: OIT, 2016. p. 36. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_484307.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

²⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 106ª reunión. *La situación de los trabajadores en los territorios árabes ocupados*. Ginebra: OIT 2017. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_554741.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

concepção exprime um espaço hábil de mediação das próprias tensões da OIT³⁰.

Já pela perspectiva da Subsecretaria de Programação Técnica de Estudos Laborais da Argentina, consensual é apenas o uso do termo Trabalho Decente, mas seu conteúdo valorativo permanece objeto de constantes disputas. Sustenta a Subsecretaria argentina que, apesar do consenso na adoção do Trabalho Decente como diretriz central das ações da OIT, as perspectivas de cada uma das partes (empregadores, operários e governo) sobre o termo não são idênticas, lembrando que, em 2002, a Organização Internacional dos Empregadores pronunciou-se no sentido de que o Trabalho Decente não representa um *standard* uniforme e definido, variando de acordo com a realidade de cada país em que efetivamente é aplicado, à vista da economia, cultura e política nacionais. Ainda segundo o estudo argentino, os representantes patronais consideram os parâmetros dos objetivos estratégicos do Trabalho Decente muito arrojados e buscam, a todo custo, alterar o conteúdo valorativo da concepção, a fim de fazer preponderar os interesses corporativistas, criando concepção vulgar de difícil aplicabilidade e medição, o que necessariamente resulta na redução da proteção dos direitos dos trabalhadores³¹.

O entendimento do termo Trabalho Decente por parte da doutrina especializada independente da OIT também não é consensual. A este propósito, encontram-se estudos que simplesmente reproduzem o padrão discursivo da OIT, outros que procuram superar a referida indeterminação conceitual pela proposição de definições pessoais e outros ainda que preferem afirmar a inexistência de um conceito preciso, alguns o fazendo às vezes de modo crítico.

Laís Abramo, ex-Diretora do Escritório da OIT no Brasil, sumariando os objetivos estratégicos associados à concepção, sustenta, tal como a Organização que representara, que o Trabalho Decente refere-se ao emprego de qualidade, em que há proteção social, voz e

³⁰ VOSKO, Leah F. Decent Work' The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice. *Global Social Policy*, v. 2, n. 1, p. 19-46, 2002, p. 20.

³¹ ARGENTINA. MINISTERIO DEL TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Trabajo decente: significados y alcances del concepto*. Indicadores propuestos para su medición. Buenos Aires: Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2005, p. 116-117, p. 116. Disponível em: <http://trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_estadisticas/toe03_07trabajo-decente.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2018.

representação³².

Na mesma linha de proximidade com a OIT, Crivelli afirma que o Trabalho Decente associa o direito do trabalho à proteção de direitos básicos, à igualdade no trabalho, à segurança social e à representação dos interesses dos trabalhadores³³.

Levaggi, de seu turno, adota uma definição “negativa”, mas também em boa medida atrelada à retórica da OIT, pois, partindo dos objetivos estratégicos do Trabalho Decente, assevera que não será decente o trabalho em cuja execução não haja observância dos princípios e direitos fundamentais, não contemple remuneração justa e proporcional, não observe a igualdade de gênero, tampouco afronte a proteção social e diálogo social³⁴.

Por outro lado, Brito Filho, desde uma crítica ao padrão conceitual da OIT, propõe que se tome por Trabalho Decente um conjunto mínimo de direitos que corresponda à existência de trabalho com igualdade, em condições justas (a incluir a remuneração), que preserve a saúde e segurança, com proteção dos riscos sociais e liberdade sindical³⁵.

Também Azevedo Neto inova ao desenhar uma concepção complexa para o Trabalho Decente, sugerindo que o termo seja analisado sob duas dimensões, quais sejam, a negativa, que se lança nos planos individual e coletivo, e a positiva, que propõe o reconhecimento de pressupostos endógenos essenciais e complementares à concepção. Fazem parte do plano individual da dimensão negativa do Trabalho Decente a eliminação do trabalho forçado, a erradicação do trabalho infantil e o fim da discriminação em matéria de emprego e ocupação; já no plano coletivo, vislumbra-se a observância da liberdade sindical e o reconhecimento da negociação coletiva. São pressupostos positivos endógenos essenciais ao Trabalho Decente a dignidade, a liberdade, a igualdade, a saúde e a segurança; e endógenos complementares são a remuneração justa e atividade lícita³⁶.

³² ABRAMO, Laís. O trabalho decente como resposta à crise mundial do emprego. REIS, Daniela M.; MELLO, Roberta D.; COURA, Solange B. C. (Coord.). *Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: LTr, 2013. p. 367.

³³ CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010. p.175.

³⁴ LEVAGGI, Virgílio. O que é o Trabalho Decente. *Revista da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho*, 2007. p. 34.

³⁵ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do Trabalho: Trabalho forçado e outras formas de Trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004. p. 52.

³⁶ AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O Trabalho Decente como*

No campo da crítica, Maeda, valendo-se do marco teórico marxiano, ataca a lacuna conceitual existente nas expressões utilizadas em referência ao conceito Trabalho Decente, argumentando que tal vazío favorece a correlação frequente entre Trabalho Decente e trabalho produtivo³⁷.

Já sob a perspectiva de Uriarte — não propriamente crítica, mas orientada por uma constatação —, a noção de Trabalho Decente, sob os moldes apresentados em 1999, possui conteúdo indefinido, não sendo possível dota-lo de elementos conceituais precisos³⁸.

O que se percebe é que as nuances da produção doutrinária sobre o tema reproduzem ou buscam suplantam exatamente o que os documentos oficiais da OIT evidenciam até mesmo como um propósito institucional: não se está diante de uma concepção dotada de precisão conceitual.

5 A concepção de Trabalho Decente sob a perspectiva teórica do que seja um conceito

O cotejo de diversos documentos oficiais produzidos por ocasião das Conferências Internacionais do Trabalho e boa parte de sua compreensão pelos agentes externos à Organização demonstra que a explicação inaugural da concepção de Trabalho Decente — associada à consecução dos quatro objetivos estratégicos (proteção dos direitos fundamentais na relação de trabalho, geração de empregos de qualidade, ampliação da proteção social e diálogo social) — é a mais recorrente, a despeito das tantas outras cogitadas aos longos de mais de uma década de meia de assembleias gerais de Estados Membros. Ainda assim, nos documentos oficiais examinados, a referida associação dos objetivos estratégicos à ideia não é admitida, explicitamente, como uma definição oficial ou um conteúdo preciso do Trabalho Decente. Diferentemente, refuta-se a adoção de uma definição peremptória, consoante revela a produ-

um direito humano. São Paulo: LTr, 2015. p.64-65.

³⁷ MAEDA, Patrícia. *A Era dos Zeros Direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora*. São Paulo: LTr, 2017. p. 61.

³⁸ URIARTE, Oscar Ermida. Trabajo Decente y formación profesional. Ginebra: *Boletín Cinterfor*, 2001, p. 9. Disponível em: <https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/erm.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ção oficial da OIT subsequente a 1999, sobretudo aquela havida na 90ª Conferência Internacional do Trabalho (2002), momento em que se afirmou a inexistência de um conceito determinado para a diretriz em questão. Não obstante essa posição, cabe indagar: é possível que um conteúdo preciso ou um conceito que identifiquem o que seja Trabalho Decente seja inferido de seus posicionamentos e das manifestações da OIT? Esta indagação demanda uma outra, que a deve preceder: afinal, o que é um conceito?

Segundo Ferraz Júnior³⁹, tende o senso comum a admitir que a construção de um conceito ou termo possa ocorrer por definição real ou nominal. A primeira busca a representação linguística da realidade correspondente ao conceito, fazendo com que definições reais sejam verdadeiras ou falsas, a depender da fidedignidade da captação integral da realidade explicada pelo conceito. Exatamente a dificuldade de captação integral da realidade abre espaço para a figura da definição nominal, que “delimita o conceito pelo uso (natural ou técnico), dentro de uma comunidade linguística”⁴⁰. As manifestações oficiais da OIT sobre a noção de Trabalho Decente que não aludem a seus objetivos estratégicos mas, por exemplo, a situações de preservação de liberdade, igualdade e dignidade parecem se aproximar de um conceito real, a despeito do caráter não exaustivo do rol de posições protegidas. Por outro lado, uma definição de Trabalho Decente construída pela conjugação de seus objetivos estratégicos, na medida em que se naturaliza pela recorrência, parece estar mais próxima da ideia de definição nominal.

No campo da linguística, admite-se que tanto em uma definição real quanto nominal, o sentido do vocábulo pode ser definido pelo conjunto de objetos que constitui a sua extensão ou pela sua relação com um rol de propriedades que revelam seus predicados particulares. No primeiro caso, tem-se uma definição por denotação, já no segundo por conotação. “Assim, definir, denotativamente, é apontar qual o conjunto de objetos e, conotativamente, é determinar os atributos do termo”⁴¹.

³⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 254.

⁴⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2011 .p. 254.

⁴¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2011. p.

Um termo é denotativamente vago, diz Ferraz Junior, quando a ele se atribui muitos significados distintos entre si; por outro lado, dizê-lo conotativamente ambíguo significa reconhecer não ser possível delimitar as propriedades que devam constar em todos os usos, sendo inviável uma única definição que abarque todos os sentidos possíveis de atribuições ao termo⁴².

Considerando-se o apanhado descritivo e analítico de documentos oficiais da OIT que mencionam o Trabalho Decente, pode-se afirmar que, com mais recorrência, essa concepção tem seu conteúdo delimitado a partir da associação dos quatro objetivos estratégicos implicados na consecução da promoção da ideia, em termos práticos. Neste caso, está-se diante de um signo linguístico cuja definição correspondente é de tipo nominal, mas denotativamente vaga, considerando-se a tal “maleabilidade” na implementação dos objetivos estratégicos pelos Estados⁴³.

Todavia, pensa-se que o debate histórico, dentro da OIT, em que pese tenha se recusado a formular um conceito de Trabalho Decente, oferece elementos de conteúdo que permitem seja vislumbrado, a partir desses, um conceito, notadamente a partir da consagrada associação entre o termo e seus quatro objetivos estratégicos.

A concepção de Trabalho Decente está historicamente vinculada a um conteúdo que congrega um feixe de claras diretrizes que orientam no sentido de que há que se respeitar os direitos fundamentais nas relações de trabalho, não se praticando trabalho escravo ou trabalho infantil, há que se tomar as medidas necessárias para a geração de empregos de qualidade, há que se ampliar a proteção social e há que observar o diálogo social na construção de deliberações alusivas a políticas públicas e práticas privadas para que os demais objetivos sejam alcançados. Sob esta perspectiva, é possível afirmar: o Trabalho Decente enseja um conceito nominal denotativo, conformado por ações direcionadas a certos ob-

254.

⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 15.

⁴³ Não inteiramente identificada com as conclusões aqui expostas, mas com aprofundamento acerca da natureza denotativa ou conotativa do conceito de Trabalho Decente, cf. BELTRAMELLI NETO, Silvio; VOLTANI, Julia de Carvalho. A Indeterminabilidade do Conceito de Trabalho Decente: Breve análise semântica desde documentos oficiais da OIT. In: COSTA, Felipe Vasconcellos Benicio et al (Org.). *Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social*. Brasília: Rtm, 2018, p. 153-165.

jetivos.

Resta saber se estas ações, para além de um conceito, assumem o papel de conteúdo de uma norma jurídica ordenadora de comportamento e, por isso, passível de reivindicação sob a ótica do direito subjetivo, portanto justificável.

6 Há um direito subjetivo ao Trabalho Decente?

Só haverá norma jurídica, explica Teixeira da Cunha⁴⁴, quando a diretriz de comportamento enuciada ostentar, cumulativamente, três características: coercibilidade, heteronomia e bilateralidade atributiva. Coercível é a norma com a vocação de manter determinada ordem, seja descartando um ato contra ela praticado, seja obrigando o autor de sua afronta a reestabelecer o *status quo ante* à violação, seja adotando qualquer outra providência para a reconstituição da ordem cuja manutenção é objeto do comando normativo. Heterônoma é a norma cuja obrigatoriedade é estabelecida por autoridade externa aos titulares e obrigados. A bilateralidade atributiva identifica o poder conferido ao prejudicado pela violação da norma de recorrer ao Estado — ou, aqui se complementa, aos órgãos internacionais com atribuição para tutelar os interesses protegidos por norma de direito internacional —, a fim de que se restaure sua ordem subjacente, seja pela coerção estatatal do autor, seja por providências substitutivas.

Nestes termos, a coercibilidade do Trabalho Decente parece evidente, considerando-se tanto seu conteúdo, quanto o âmbito institucional de onde emanou. Do ponto de vista de conteúdo, os quatro objetivos estratégicos associados ao Trabalho Decente estabelecem uma ordem de comportamentos orientada à preservação de um certo estado de coisas, qual seja, um cenário mundial de preservação do que a comunidade internacional aquiesceu ser um patamar mínimo de dignidade nas relações de trabalho. Cada um dos quatro objetivos estratégicos estabelecem um comportamento orientado a certos resultados. Do ponto de vista institucional, a existência da OIT, como visto, é desde o início fundamentada na necessidade de regulação da relação labo-

ral em termos transnacionais⁴⁵, haja vista sua intensa e histórica atividade normatizadora, sobretudo mediante centenas de convenções e recomendações, a maioria das quais ainda em vigor.

A heteronomia da norma que tem por objeto o Trabalho Decente tem por pressuposto o poder de regular da OIT, estabelecido na Constituição da Organização, a qual, em diversos de seus artigos, prevê o poder da Conferência Internacional do Trabalho para, mediante processo legislativo previamente definido, aprovar declarações, convenções e recomendações, que são modalidades de normas jurídicas de direito internacional público.

Sobre este ponto, convém lembrar que a teoria hodierna sobre as fontes formais do direito internacional público, a partir sobretudo da centralidade transversal das normas e organizações internacionais dedicadas aos direitos humanos, ampliou o rol da teoria clássica para além das figuras previstas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (promulgado, no Brasil, pelo Decreto n.º 19.841/45) — tratados internacionais, costume internacional, princípios gerais do direito, jurisprudência internacional, doutrina e equidade — de modo a pontuar que também compõem tal rol os atos

⁴⁵ A realidade da vigência de um sistema jurídico transnacional, construída também a partir de espaços especializados de deliberação interestatal com caráter normativo (o que se pensa ser o caso da OIT), a ser observada nacionalmente é assim explicitada por BARZA & GALVÃO: “Uma das consequências da globalização é a ruptura com os paradigmas tradicionais do Direito. Apesar de ainda ser cedo para se prospectar sobre o futuro das ditas ordens especializadas e a sua relação com os ordenamentos internos, já afirmam alguns autores ser possível vislumbrar-se uma ordem universal ou global ou, ao menos, um atual estágio de mutação para tal. (...) À medida que as ordens especializadas se desenvolvem e se imiscuem nas mais diversas situações jurídicas, principalmente sob o paradigma da globalização, há a tendência das redes normativas se interconectarem gerando a necessidade de coesão e cooperação intersistêmica. (...) Assim, considera-se que, com base na organização sistêmica, ou do conjunto de normas coordenadas, que possibilitam a existência e funcionamento destas, surja um ordenamento jurídico transnacional. Esse sistema global surgiria com base na emergência de novos espaços públicos que efetivariam as estratégias de governança, regulação e intervenção das questões transnacionais. Tal contexto seria reflexo da progressiva ‘desterritorialização’ e ‘desestatização’ jurídicas, insurgindo cada vez mais as situações apostas como transnacionais. Todavia, deve-se ressaltar que tal ordenamento não anularia o direito nacional, mas, na realidade, haveria a coabitação entre estes e a consequente cooperação” (BARZA, Eugênia C. N. R.; GALVÃO, Jéssyca M. N. A galáxia lex e a construção de um sistema jurídico transnacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2019, p. 446. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5686>>. Acesso em: 12 abr. 2019).

⁴⁴ CUNHA, Renan S. Teixeira da. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Campinas: Alínea, 2017. p. 248-250.

jurídicos unilaterais dos Estados e as resoluções das organizações internacionais.

A teoria clássica das fontes formais do direito internacional público, sobretudo à luz da importância historicamente dedicada aos tratados internacionais e ao costume internacional na construção da ordem jurídica internacional, lançava luzes ao consentimento dos Estados como cerne e exigência formal da normogênese, afinal, com fulcro no art. 38.1, “a” e “b”, do Estatuto da CIJ (Corte Internacional de Justiça), a obrigação estatal aos termos de um tratado exige o ato de consentimento da ratificação, enquanto que o costume internacional obriga pelo consentimento coletivamente considerado, manifestado pela recorrência da prática geral dos Estados, associada à convicção de sua juridicidade (*opinio juris*).

Como defende de há tempos Cançado Trindade, a compreensão contemporânea das fontes do direito internacional público, a partir da centralidade dos direitos humanos justificada pelos motivos de sua afirmação histórica, vai além do referido incremento do rol de fontes formais, reconhecendo o protagonismo das fontes materiais de produção das normas daquele ramo do direito, quais sejam, “as crenças, os valores, a moral, as ideias, as aspirações humanas”⁴⁶. Neste contexto, as normas também emergem de um respositório de poder que tem seu fundamento em uma “consciência jurídica universal” sobre a obrigatoriedade jurídica de determinados comportamentos comungada pela convicção da comunidade internacional composta pelos Estados, elevando, portanto, a *opinio juris* à condição de elemento autônomo de formação da norma jurídica de direito internacional público, na qualidade de fonte material. Vive-se, assim, o tempo da prevalência da “consciência jurídica universal” sobre o consentimento enquanto substratos da normogênese internacional⁴⁷.

Desde este prisma, se é certo que não há um tratado, convenção internacional ou declaração específica sobre Trabalho Decente oponível aos Estados que, pela via do consentimento, decidiram, individualmente, a eles se vincular, é, por outro lado, seguro afirmar que, após duas décadas mantido como vetor central das atividades da OIT, com o devido respaldo dos Estados Membros,

o Trabalho Decente, compreendido como a determinação de comportamento orientado à consecução de seus quatro objetivos estratégicos, configura norma jurídica heterônoma absolutamente respaldada pela *opinio juris* da comunidade internacional para além da própria OIT, já que contemplado, desde 2015, pela ONU como o oitavo dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (“Agenda 2030”).

Resta, por fim, perquirir acerca da bilateralidade atributiva da cogitada norma relativa ao Trabalho Decente, exame que, naturalmente, acolhe a seguinte indagação: há um direito ao Trabalho Decente que fundamente sua reivindicação pelo indivíduo perante o Estado, ou seja, dotado de justiciabilidade?

A chamada bilateralidade atributiva pode ser compreendida como o cerne do direito subjetivo, na medida em a violação de certa norma suscita o poder de se recorrer à autoridade competente estatal ou transnacional, a fim de que a ordem subjacente à norma violada seja restaurada. Reconhecendo a multiplicidade de noções acerca do que seja um direito subjetivo e a despeito dela, Ferraz Júnior⁴⁸ afirma que o uso dogmático do conceito de direito subjetivo só pode ser percebido em razão de sua função operativa, a qual, por sua vez, se concretiza nas seguintes condições: uma situação jurídica que possa ser “considerada da perspectiva de um sujeito a quem ela favorece”, embasada em normas que restringem o comportamento dos outros e que implica ao favorecido um poder ou uma faculdade de fazer valer sobre o violador as consequências da violação orientadas à restauração da ordem objeto da norma descumprida. Esse poder e essa faculdade denotam o que se costuma denominar justiciabilidade.

Importante alerta faz o autor, ao pontuar ser equivocado pensar, desde estes parâmetros, que o direito subjetivo é indivisível e simples, porquanto é possível que, em certas circunstâncias legalmente admitidas, haja dissociação entre o titular do direito e titular do poder/faculdade de reivindicar o cumprimento da norma⁴⁹. São exemplos de situações tais, pensa-se, os direitos tutelados por ação civil pública (Lei 7.347/85) ou ação civil coletiva (L. 8078/90, art. 81 e seguintes).

⁴⁶ TRINDADE, A. A. Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Dell Rey, 2006, p. 82-83.

⁴⁷ TRINDADE, A. A. Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Dell Rey, 2006, p. 83-96.

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão e dominação. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 122.

⁴⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão e dominação. 6. ed. São Paulo : Atlas, 2011. p. 122.

A questão da justiciabilidade do direito ao Trabalho Decente remete à problemática da justiciabilidade dos direitos sociais, na medida em que parte relevante dos comportamentos direcionados pelos quatro objetivos estratégicos demandam a adoção de ações estatais, circunstância que assemelha a proposta de promoção do Trabalho Decente ao fomento do Desenvolvimento Social.

A relação entre Trabalho Decente e teoria do Desenvolvimento Social restou explicitada na já citada Memória do Diretor-Geral da OIT inaugural sobre o tema, dirigida à 87ª Conferência Internacional do Trabalho. Consta do documento que a Declaração e Programa de Ação de Copenhague de 1995, aprovada pela Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, havida no marco da ONU, inspirou a construção da noção de Trabalho Decente⁵⁰.

A corrente de pensamento do Desenvolvimento Social nasce da crítica à teoria econômica do desenvolvimento, que a essa imputa a pecha de reducionista, na medida em que suas análises e propostas consideravam, essencialmente, apenas indicadores atrelados à acumulação de capital e ao crescimento econômico, como o Produto Interno Bruto e a renda *per capita*. A teoria do Desenvolvimento Social, em especial sua vertente do Desenvolvimento Humano, capitaneada pelo economista e filósofo Amartya Sen, propõe a consideração de outros critérios que revelem a melhora da qualidade de vida equitativamente distribuída⁵¹.

A OIT valeu-se, assim, para a formulação da concepção de Trabalho Decente do pensamento de Amartya Sen, à época já enormemente prestigiado pela ONU, haja vista sua importante ascensão intelectual sobre as bases teóricas que alicerçaram a idealização, no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e dos Relatórios de Desenvolvimento Humano (RDHs), bem como as influenciaram na confecção da Declaração e Programa de Ação de Copenhague de 1995 e na aprovação das resoluções da ONU sobre os

Objetivos do Milênio (2000) e sobre os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – Agenda 2030 (2015)⁵². Não por outro motivo, foi justamente Sen convidado a discursar à 87ª Conferência Internacional do Trabalho⁵³.

Sen preceitua que só há Desenvolvimento Humano onde há condições para a expansão das liberdades humanas, o que exige a remoção das principais fontes de privação dessas liberdades, quais sejam, pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos⁵⁴. Em consequência, o Desenvolvimento Humano requer uma ação do Estado que promova o acesso equitativo e democrático à saúde, educação e trabalho, como instrumento de expansão das capacidades, orientadas ao incremento das liberdades, revelando, portanto, sua natureza programática⁵⁵.

⁵² SENGUNPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, vol. 24, n. 4, nov. 2002, p. 837-889. [disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents>](https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents), acesso em: 2 jan. 2019. ⁵³ SENGUNPTA, Arjun, On the Theory and Practice of the Right to Development on JSTOR, disponível em: https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents, acesso em: 2 jan. 2019. ⁵⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16. ⁵⁵ Interessante é a sistematização de BENTES & BRÍGIDA sobre uma espécie de tipologia das liberdades que compõem a ideia geral de liberdade a ser expandida: “Para Sen, a liberdade global se subdivide em liberdades instrumentais que possuem cunho político direitos políticos associados à democracia; cunho econômico, relativo às oportunidades para realizar o consumo, produção e trocas; cunho social, como a garantia da vida saudável, sem mortes prematuras, ou a participação política das pessoas por meio da capacidade de se comunicar com os outros indivíduos pelo conhecimento da leitura e de informação; aspectos da garantia de transparência, que é a liberdade de ter relações com garantia de dessegredo e clareza (a busca por segurança de informação, para evitar a corrupção fácil, transações ilícitas); e a segurança protetora, qual seja, a segurança social como o auxílio fixo ao desemprego, bem como os auxílios

⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999, p. 15. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>. Acesso em: 05 jan. 2019.

⁵¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28-29.

De se perceber que, em boa medida, os objetivos estratégicos do Trabalho Decente refletem os desafios propostos por Sen, porquanto estabelecem comandos que visam a remoção das nominadas barreiras. A geração de empregos com qualidade, a proteção dos direitos fundamentais nas relações laborais e a ampliação da proteção social fomentam o acesso ao trabalho e à saúde, enquanto que o diálogo social intenta propiciar um ambiente decisório que propicie um acesso implementado de forma democrática e equitativa.

É plausível que se pense, pois, que esta reconhecida inspiração teórica também justifica o fato de a implementação do Trabalho Decente haver sido iniciada pela OIT com a realização prioritária de programas alusivos a temas afetos a cada um dos quatro objetivos estratégicos, a serem desenvolvidos junto aos Estados nacionais, observadas as vicissitudes e o nível de desenvolvimento de cada país. Tais programas foram denominados “InFocus” e versaram sobre negociação coletiva; promoção da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e o seu acompanhamento; erradicação do trabalho infantil; investimentos em conhecimentos teóricos e práticos e empregabilidade; intensificação do emprego mediante a criação de pequenas empresas; resposta a crises e reconstrução, segurança social e econômica no século XXI; trabalho sem risco; e fortalecimento do diálogo social⁵⁶.

Muito já se debateu e ainda se debate sobre a real justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) em face de seu suposto caráter programático. A controvérsia atinge, em virtude de seu caráter programático, também o chamado direito ao Desenvolvimento, consagrado pela ONU em sucessivas declarações: Declaração do Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas de 1986, Declaração e Programa de Ação de Copenhague da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social de 1995 e Declaração do Milênio das Nações Unidas de 2000.

a situações emergenciais, como crises coletivas” (BENTES, Natalia M. Simões; BRÍGIDA, Yasmim S. S. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2019, p. 113. Disponível em: <<https://www.publicacoescadematicas.uniceub.br/rdi/article/view/5596>>. Acesso em: 12 abr. 2019).

⁵⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

A propósito da análise teórica e prática do direito ao Desenvolvimento, Sengunpta afirma que tal direito enseja um processo de aperfeiçoamento com características próprias de orientação ao desenvolvimento humano, e que pode ser implementado de modos diferentes pelos países⁵⁷, faceta que não lhe retira o caráter de norma jurídica, a ensejar obrigados pela sua consecução.

Uma vestuta visão acerca de um direito justiciável exige, para seu reconhecimento como tal, a perfeita identificação dos obrigados contra quem se pode reivindicar o cumprimento do comando contido na norma jurídica. Todavia, explica Sen, apoiado na distinção kantiana entre “obrigações perfeitas” e “obrigações imperfeitas”, que os direitos não se fundamentam apenas em normas que estabelecem, *prima facie*, o titular e o obrigado junto a quem se deve obter o objeto normatizado (“obrigações perfeitas”), mas podem igualmente estar alicerçados em comandos dirigidos a uma gama inicialmente não personalizada de devedores, como é o caso dos direitos humanos, caracterizados pelo fato de que “as pretensões podem ser dirigidas de modo geral a todos os que estiverem em condições de ajudar”, característica típica das “obrigações imperfeitas”, como pensadas por Kant⁵⁸. Nesta linha, em princípio, o direito ao Desenvolvimento, enquanto norma, obriga pessoas, instituições, Estados e a comunidade internacional, podendo ser reivindicados, conforme a norma processual

⁵⁷ SENGUNPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, vol. 24, n. 4, nov. 2002, p. 837-889. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents>, acesso em: 2 jan. 2019.,”noteIndex”:55,”citationItems”:[{“id”:271,”uris”:[“http://zotero.org/users/local/zV0BX-lzb/items/HK3DP94W”],”uri”:[“http://zotero.org/users/local/zV0BX-lzb/items/HK3DP94W”],”itemData”:{“id”:271,”type”:"webpage”,”title”:"On the Theory and Practice of the Right to Development on JSTOR”,”URL”:"https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents”,”author”:[{“family”:"Sengunpta”,”given”:"Arjun"}],”accessed”:[{“date-parts”:[["2019",1,2]]}],”schema”:"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}] p. 848.

⁵⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 296. Esclarece, ainda, o autor: “Evidentemente pode ocorrer que, assim formulados, os direitos acabem às vezes por não se cumprir. Mas sem dúvida somos capazes de distinguir um direito que uma pessoa tem e que não se cumpriu e um direito que uma pessoa não tem” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 296-297).

e sobre jurisdição vigentes, junto aos órgãos nacionais e internacionais competentes, sendo que o caso concreto permitirá a constatação dos componentes do polo passivo da obrigação a ser adimplida⁵⁹.

No mais, as obrigações relativas ao direito ao Desenvolvimento têm a particularidade de não assegurarem certos resultados, mas de determinar a diversos obrigados ações corretivas e incremento de providências orientadas a uma alta probabilidade de sucesso de que o direito seja fruído pelos seus titulares. Neste sentido, cuida-se de um direito de viés processual. Em suma, há uma obrigação pautada por um agir em determinado sentido e não por um resultado⁶⁰. Por certo, a despeito da amplitude do polo passivo incumbido da promoção do direito ao Desenvolvimento, é inconteste que o Estado é e sempre será o primeiro obrigado pela adoção das medidas com este intento.

Um DESC caracterizado pela natureza processual, demanda, portanto, ações sobretudo estatais em direção

à implementação das medidas que visam oportunizar a sua consecução e respeito pelos particulares, o que não significa sua dependência exclusiva de incremento de recursos. Trata-se do conhecido argumento da reserva do possível, que atrela a existência de orçamento disponível ao cumprimento da obrigação. Sem deixar de reconhecer a necessidade da existência de recursos financeiros como parte importante da viabilização da promoção de um DESC, a compreensão global já está formada no sentido de que tal argumento não pode ser aceito como impeditivo para o cumprimento das obrigações correlatas a direitos deste jaez.

É o que corrobora o estudo adotado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, capitaneado pela Comissão Internacional de Juristas e intitulado “Princípios de Limburg sobre a Aplicação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, que versa sobre o dever jurídico de implementação dos DESC, tendo como referência dispositivos do Pacto de 1966 da ONU sobre o tema (PIDESC). Em apertada síntese, este estudo, apoiado na interrelação e na interdependência, sem hierarquia, entre direitos civis e políticos e os DESC (*vg.* como estabelecido no art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993), compreende, entre outras tantas conclusões, que: os Estados obrigados por normas de DESC estão juridicamente impelidos a começar, de imediato e com rapidez, a adotar medidas de promoção do direito social contemplado, que podem ser de cunho administrativo, legislativo e judicial, a critério do Estado, contanto que adequadas ao objetivo final; o termo “progressivamente”, usado em disposições de normas relativas a DESC não pode ser interpretado no sentido de autorização para atrasar, indefinidamente, a adoção das ações necessárias; os recursos a serem utilizados nas medidas de implementação dos DESC não são apenas novos recursos, mas sobretudo os já disponíveis, a serem empregados mediante realocação em razão da prioridade exigida pelo compromisso jurídico com os DESC, além daqueles passíveis de serem obtidos junto à comunidade internacional, pela via da cooperação internacional⁶¹.

⁵⁹ SENGUNPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, vol. 24, n. 4, nov. 2002, p. 837-889. [disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents>](https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents), acesso em: 2 jan. 2019.”; plainCitation”:”SENGUNPTA, Arjun, On the Theory and Practice of the Right to Development on JSTOR, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents>, acesso em: 2 jan. 2019.”; noteIndex”:55;”citationItems”:[{“id”:271,”uris”:[“http://zotero.org/users/local/zV0BXlzb/items/HK3DP94W”],”uri”:[“http://zotero.org/users/local/zV0BXlzb/items/HK3DP94W”],”itemData”:{“id”:271,”type”:"webpage”,”title”:"On the Theory and Practice of the Right to Development on JSTOR”,”URL”:"https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents”,”author”:[{“family”:"Sengunpta”,”given”:"Arjun"}],”accessed”:[{“date-parts”:[["2019",1,2]]}],”schema”:"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}] p. 845 e 855.

⁶⁰ SENGUNPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, vol. 24, n. 4, nov. 2002, p. 837-889. [disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents>](https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents), acesso em: 2 jan. 2019.”; plainCitation”:”SENGUNPTA, Arjun, On the Theory and Practice of the Right to Development on JSTOR, disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents>, acesso em: 2 jan. 2019.”; noteIndex”:55;”citationItems”:[{“id”:271,”uris”:[“http://zotero.org/users/local/zV0BXlzb/items/HK3DP94W”],”uri”:[“http://zotero.org/users/local/zV0BXlzb/items/HK3DP94W”],”itemData”:{“id”:271,”type”:"webpage”,”title”:"On the Theory and Practice of the Right to Development on JSTOR”,”URL”:"https://www.jstor.org/stable/20069637?seq=1#page_scan_tab_contents”,”author”:[{“family”:"Sengunpta”,”given”:"Arjun"}],”accessed”:[{“date-parts”:[["2019",1,2]]}],”schema”:"https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"}] p. 857.

⁶¹ UNITED NATIONS. OFFICE THE HUMAN RIGHTS HIGH COMMISSIONER. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nova Iorque, s.d. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

Admite-se, portanto, que caberá ao Estado a definição das medidas, do gerenciamento e alocação dos recursos necessários para sua implementação e até mesmo da opção acerca de quais dos DESC a que se obriga poderão ter atenção prioritária, o que, em hipótese alguma, significa que a implementação de algum direito possa ser olvidada em face de outros, tratando-se apenas do estabelecimento de níveis de preferência, de acordo com a situação de cada país⁶².

Acredita-se que todas essas ponderações relativas ao direito ao Desenvolvimento Humano e Social e aos DESC aplicam-se ao conteúdo do Trabalho Decente, de modo a afirmar sua bilateralidade atributiva ou, dito de outro modo, sua justiciabilidade. O exame separado da possível existência de um direito subjetivo para cada um dos objetivos estratégicos que conformam a concepção de Trabalho Decente corrobora esta impressão.

A justiciabilidade da proteção dos direitos fundamentais nas relações de trabalho é clara, à vista da identificação precisa das obrigações que constam da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 e, por via reflexa, das normas estatuídas nas oito “convenções fundamentais” relacionadas a essa Declaração, oponíveis pelos indivíduos detentores do direito subjetivo afrontado ou por quem os possa representar ao particular violador (de origem nacional ou internacional), e ao Estado, quando o agente estatal for o autor da violação ou quando o Estado sonegar a proteção administrativa, legislativa ou jurisdicional adequada em face de violação perpetrada de terceiros. Esta percepção evidencia, ainda, a obrigação estatal de observar e por em marcha um comportamento administrativo, legislativo e judiciário sempre em favor da proteção dos direitos humanos previstos naquelas normas da OIT para as relações de trabalho, conjunto normativo esse que se convencionou chamar *Core Labor Standards* (CLS)⁶³. Tem-se, pois, um direito subjetivo universalmente protegido que tem por con-

teúdo o exercício de toda atividade laboral sob a observância integral dos direitos previstos naquela Declaração de 1998 e nas convenções fundamentais da OIT, que não envolva trabalho escravo ou infantil.

Com a mesma orientação, Estado e particulares, cada qual dentro de sua esfera de atuação — o primeiro como administrador, legislador, julgador e empregador, e o segundo sobretudo como empregador e contribuinte com o regime de seguridade social —, estão obrigados à manutenção, ampliação (jamais retrocesso) e à garantia de acesso dos indivíduos a um sistema eficaz de proteção social em face das circunstâncias temporárias ou permanentes de privação da atividade laboral por razões alheias à sua vontade, *vg.* desemprego, agravo à saúde e avanço da idade. Há, via de consequência, direito subjetivo à proteção social, manejável pelos titulares em face de Estado e particulares.

Já quanto à criação de empregos de qualidade, sustenta-se a existência de um direito oponível pelo cidadão ou mesmo por entes legitimados à tutela de direitos metaindividuais frente ao Estado, com vistas ao adimplemento da obrigação estatal de implementar ou corrigir políticas públicas, sobretudo no campo econômico, verdadeiramente orientadas à geração estável de empregos de qualidade, necessariamente adstritas a três condições afetas aos outros três objetivos estratégicos: observância dos CLS, salvaguarda do acesso à proteção social e formulação mediante observância do diálogo social tripartite. Neste caso, há que se observar a advertência no sentido de que a natureza processual deste dever o desvincula seus incumbidos dos resultados, conquanto que evidentemente com esses compatíveis as medidas implementadas.

Por fim, o diálogo social deve ser contemplado em todos os espaços deliberativos relacionados às medidas estatais e privadas que digam respeito ao adimplemento dos comandos alusivos aos outros três objetivos estratégicos. Em caso de inobservância dessa obrigação, é viável imaginar-se que os entes aliados do necessário diálogo poderão suscitar, nas instâncias decisórias competentes, o respeito ao seu direito subjetivo a tanto.

Ainda sob prisma da referida teoria da justiciabilidade dos DESC, não cabe aos possíveis obrigados em face da norma do Trabalho Decente tomar medidas para implementar apenas parte de seu conteúdo, ou seja, parte dos objetivos estratégicos, sendo imperiosa a contemplação de todos esses, conquanto se possa admitir variação em

⁶² UNITED NATIONS. OFFICE THE HUMAN RIGHTS HIGH COMMISSIONER. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Nova Iorque, s.d. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1Global/INT_CESCR_GEC_4758_S.doc>. Acesso em: 05 jan. 2019.

⁶³ ALSTON, Philip. “Core labour standards” and the transformation of the international labour rights regime. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 3, p. 457-521, 2004.

níveis de preferência, justificada pelas circunstâncias peculiares de cada Estado. Do mesmo modo, não é dado ao Estado, em todas as suas instâncias administrativas, legislativas e judiciárias olvidar a justiciabilidade de quaisquer das facetas do direito ao Trabalho Decente⁶⁴.

Ademais, o poder e a faculdade inerentes à bilateralidade atributiva da norma que fundamenta o direito ao Trabalho Decente empoderam seu titular da prerrogativa de reivindicá-los tanto perante os órgãos jurisdicionais nacionais, quanto, na falha desses, junto aos órgãos internacionais habilitados a tanto, conforme as regras próprias de submissão dos Estados à jurisdição internacional.

7 Considerações finais

A história registrada nos documentos oficiais da OIT permite afirmar que a Organização não se preocupou em formular um conceito preciso que se correlacione com o termo Trabalho Decente, adotado, desde 1999, como designativo da diretriz primacial das ações da Organização para o século XXI, repensadas para fazer face a uma perda histórica de protagonismo, no que se refere ao estabelecimento de padrões internacionais civilizatórios para a exploração do Trabalho.

A pesquisa bibliográfica por documentos institucio-

⁶⁴ Não está entre os escopos deste artigo tratar sobre qual a abrangência e os limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário, no exercício da jurisdição relativa à justiciabilidade dos DESC em geral e do Trabalho Decente em particular. Não se olvida a delicadeza do tema. A respeito, contudo, à guisa de registro, convém a percepção de Lima Lopes: “Como nunca, está em jogo, perante o Poder Judiciário, a questão fundamental da justiça distributiva no Brasil. [...] Com a devida atenção ao fato de que o Judiciário subordina-se à lei de um lado, e de outro precisa estar preparado para reconhecer os limites e os avanços legais no que diz respeito aos direitos subjetivos à distribuição dos recursos sociais, e com a devida atenção ao que já se pode saber dos efeitos perversos que decisões judiciais podem trazer, seja negando reiteradamente a justiça distributiva, seja reforçando posições adquiridas sob um regime iníquo econômica e politicamente, há um papel problemático em sua função natural. [...] Ao Judiciário incumbe, pois, para desempenhar hoje seu papel histórico num Estado democrático, dar-se conta do modelo de Estado, de sociedade e de conflitos em que está imerso, escapar da ilusão liberal mais simples de que sua missão se reduz à proteção da propriedade privada e que as reformas sociais de que necessitamos virão por si, sem a sua participação” (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 142-143).

nais da OIT franqueia acesso a diversas descrições do que se deve compreender por Trabalho Decente, trazidas à baila em diferentes momentos históricos. Não obstante, é a associação inaugural do termo aos quatro objetivos estratégicos que enunciam as medidas promotoras do Trabalho Decente que se perpetua como a sua mais recorrente descrição.

Pode-se asseverar, ainda, que os atores do tripartismo da OIT, ao invés de empreenderem esforços para o aprimoramento conceitual do Trabalho Decente, a partir de uma disputa que emergiu no seio da Organização, conformaram-se com uma situação de repetição de uma designação associada à conjugação dos objetivos a serem buscados para a sua promoção, em uma espécie de fusão entre uma realidade idealizada e os caminhos para o alcance dessa realidade, na qual a primeira se explica pelos últimos.

Diante desta percepção, não parece despropositado cogitar que a imprecisão conceitual de que se cuida tornou-se exatamente o fator de longevidade do uso do termo Trabalho Decente como slogan das ações da OIT e, conseqüentemente, como um instrumento retórico de linguagem catalizador de políticas públicas nacionais orientadas por movimentos de cooperação internacional, por sua vez levada a efeito de maneiras distintas, considerando-se as vicissitudes sociais, políticas e econômicas de cada país que se abre àquelas ações.

É preciso refletir, contudo, se a conveniência política dessa imprecisão impede que se avance para além da mobilização retórica, assim impactando de modo substancial na efetividade das ações nacionais de implementação do Trabalho Decente, em especial pela ausência de um patamar seguro designativo da realidade que se pretende alcançar, o que, por conseguinte, dificulta sobremaneira (senão verdadeiramente obsta) um monitoramento eficaz das medidas de promoção. Tal impressão aplica-se, inclusive, ao campo jurídico.

Como proposta de superação deste quadro e com vistas à intensificação do grau de efetividade da promoção do Trabalho Decente, é possível concluir que, a despeito da recusa da OIT em adotar uma definição precisa para o Trabalho Decente e da opção pela ênfase de seu caráter programático e maleável junto aos Estados convocados à cooperação internacional, o conceito de Trabalho Decente tal como internacionalmente admitida oferece elementos de conteúdo e detém as características de coercibilidade, heteronomia e bilateralidade.

de atributiva suficientes a permitir o reconhecimento da existência de uma norma jurídica que fundamenta o direito subjetivo, portanto justificável, ao Trabalho Decente.

Referências

- ABRAMO, Laís. O trabalho decente como resposta à crise mundial do emprego. REIS, Daniela M.; MELLO, Roberta D.; COURA, Solange B. C (Coord.). *Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado*. São Paulo: Ltr, 2013. p.367.
- ANKER, Richard, et al. La medición del trabajo Decente con indicadores estadísticos. *Revista Internacional del trabajo*. Genebra, v. 122, n. 2, p.161-195, 2003.
- ANTUNES, Ricardo. ANTUNES, R. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ARGENTINA. MINISTERIO DEL TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. *Trabajo decente: significados y alcances del concepto. Indicadores propuestos para su medición*. Buenos Aires: Ministerio del Trabajo, Empleo y Seguridad Social, 2005. Disponível em: <http://trabajo.gob.ar/downloads/biblioteca_estadisticas/toe03_07trabajo-decente.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.
- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. O Trabalho Decente como um direito humano. São Paulo: LTr, 2015.
- BARZA, Eugênia C. N. R.; GALVÃO, Jéssyka M. N. A galáxia lex e a construção de um sistema jurídico transnacional. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5686>>. Acesso em: 12 abr. 2019.
- BELTRAMELLI NETO, Silvio; VOLTANI, Julia de Carvalho. A Indeterminabilidade do Conceito de Trabalho Decente: Breve análise semântica desde documentos oficiais da OIT. In: COSTA, Felipe Vasconcelos Benicio et al (Org.). *Anais do I Congresso Internacional de Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social*. Brasília: Rtm, 2018, p. 153-165.
- BENTES, Natalia M. Simões; BRÍGIDA, Yasmim S. S. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5596>>. Acesso em: 12 abr. 2019
- BRITO FILHO, José Claudio M.de. *Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do Trabalho: Trabalho forçado e outras formas de Trabalho indigno*. São Paulo: LTr, 2004.
- CARVALHO, Paulo G. M. de; BARCELLOS, Frederico C. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio-ODM: Uma avaliação crítica. *Sustentabilidade em Debate*, v. 5, n. 3, p. 222-244, 2014.
- CRIVELLI, Ericson. *Direito internacional do Trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2010.
- CUNHA, Renan S. Teixeira da. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. Campinas: Alínea, 2017.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 6 ed. São Paulo : Atlas, 2011.
- HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. Trad. Adail U. Sobral e Maria Stela Gonçalves. 13 ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- LEVAGGI, Virgílio. O que é o Trabalho Decente. *Revista da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho*, 2007.
- MAEDA, Patrícia. *A Era dos Zeros Direitos: Trabalho Decente, Terceirização e Contrato zero-hora*. São Paulo: LTr, 2017.
- MERINO, Lucyla Tellez. *A eficácia do conceito de trabalho decente nas relações trabalhistas*. 2011. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto. *A Organização Internacional do Trabalho: Aspectos Institucionais, Poder Normativo e Atuação*. Belo Horizonte: Newton Paiva, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Brasil, 2015. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*. Genebra, s.d. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Memoria Del Director General: Trabajo Decente*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA

INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Informe de la Comisión de la Aplicación de Normas*: Presentación, discusión y adopción. Ginebra: OIT, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/com-appd.htm#PEIRENS>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Respuesta del Secretario General a la discusión de su Memoria*. Ginebra, OIT, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/a-dgprep.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 87ª reunión. *Alocución del Sr. Amartya Sen, Premio Nobel de Economía*, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/a-sen.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 88ª reunión. *Actas Provisionales Octogésima octava reunión*: Quinto punto del orden del día: Desarrollo de recursos humanos: orientación y formación profesionales. Ginebra: OIT, 2000. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc88/pdf/pr-21.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Reducir el Deficit del Trabajo Decente: un desafío global*. Ginebra: OIT, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-i-a.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración Y De La Memoria Del Director General (Cont)*. Ginebra: OIT, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-5s4.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 89ª reunión. *Actas Provisionales 16 Octogésima novena reunión*: Sexto punto del orden del día: Seguridad social: temas, retos y perspectivas. Ginebra: OIT, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-16.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 90ª reunión. *Discusión Del Informe Del Presidente Del Consejo De Administración y de la Memoria Del Director General (Cont)*. Ginebra: OIT, 2002. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-12s6.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 90ª reunión. *Promoción de las cooperativas*: Informe IV, Cuarto punto del orden del día. Ginebra: OIT, 2002. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-iv-2b.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 95ª reunión. *Memoria del Director General: EN 2004-2005: Informe Sobre La Aplicacion Del Programa De La Oit*. Ginebra, OIT, 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-i-a.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 96ª reunión. *Actas Provisionales 23*, 2007. p. 23 Disponível em: <<https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc96/pdf/pr-23.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 105ª reunión. *La situación de los trabajadores en los territorios árabes ocupados*: Memoria del Director General Anexo. Ginebra: OIT, 2016. p. 36. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_484307.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 106ª reunión. *La situación de los trabajadores en los territorios árabes ocupados*. Ginebra: OIT, 2017. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_554741.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019.

SANTILLÁN, Elizabeth G.; GARZA, Esthela G.; PALENCIA, Esteban P. El trabajo Decente: nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales. *Revista mexicana de sociología*, v. 73, n. 1, p. 73-104, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENGUNPTA, Arjun. On the Theory and Practice of the Right to Development. *Human Rights Quarterly*, vol. 24, n. 4, nov. 2002, p. 837-889.

TRINDADE, A. A. Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNITED NATIONS. OFFICE THE HUMAN RIGHTS HIGH COMMISSIONER. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Nova Iorque, s.d. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

UNITED NATIONS. OFFICE THE HUMAN RIGHTS HIGH COMMISSIONER. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general N° 3*: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Nova Iorque, s.d. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESCR/Shared%20Documents/1Global/INTCESCR_GEC_4758_S.doc>. Acesso em: 05 jan. 2019.

URIARTE, Oscar Ermida. Trabajo Decente y formación profesional. Ginebra: *Boletín Cinterfor*, 2001. Disponível em: <https://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/file_articulo/erm.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2019

VOSKO, Leah F. Decent Work' The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice. *Global Social Policy*, v. 2, n. 1, p. 19-46, 2002.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O diálogo entre fontes normativas e o controle de convencionalidade: entre o livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável
The dialogue between regulatory sources and the conventionality control: between free trade and economic and sustainable development

Eduardo Biacchi Gomes

Julia Colle Marinozzi

O diálogo entre fontes normativas e o controle de convencionalidade: entre o livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável*

The dialogue between regulatory sources and the conventionality control: between free trade and economic and sustainable development

Eduardo Biacchi Gomes**

Julia Colle Marinozzi***

Resumo

O presente artigo tem por finalidade analisar o chamado diálogo entre fontes e a conseqüente necessidade, cada vez maior, de se buscar a abertura recíproca do direito interno e do direito internacional, como forma de retroalimentação normativa, garantindo a máxima eficácia da norma internacional. Nessa perspectiva, torna-se essencial a existência de mecanismos efetivos, no plano internacional, que garantam que os Estados cumpram os tratados devidamente ratificados. No plano interno, referidas funções são exercidas pelos tribunais nacionais, no caso brasileiro, por meio do Supremo Tribunal Federal. A partir da referida premissa, o presente artigo tem por finalidade examinar, a partir de caso concreto (Suspensão de Liminar 1.154 – Maranhão e que tramitou no STF), a estreita relação entre o livre comércio e o meio ambiente economicamente sustentável. A tese principal a ser sustentada no referido artigo refere-se ao fato de que o Supremo Tribunal Federal deve realizar o devido controle de convencionalidade em relação aos tratados de natureza comercial, como é o caso dos elencados na Organização Mundial do Comércio, bem como tem o dever de cumprir com as decisões do Órgão de Solução de Controvérsias. Como forma de desenvolver a pesquisa, buscou-se uma análise jurisprudencial do caso proposto, decisões do Órgão de Solução de Controvérsias que poderiam ser correlatas ao caso, para evidenciar a estreita relação entre o diálogo de fontes, livre comércio e meio ambiente. Por fim, buscou-se realizar uma pesquisa doutrinária sobre o tema. O método abordado é o hipotético e dedutivo.

Palavras-Chave: meio ambiente; diálogo entre fontes; controle de convencionalidade.

* Recebido em 08/01/2019
Aprovado em 11/02/2019

** Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutorado em Cultura Contemporânea pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de Pós-doutorado na PUCPR, Professor de Direito Internacional e Direito de Integração da UniBrasil, Mestrado e Doutorado. Professor titular de direito internacional da PUCPR, Professor Direito Internacional Uninter.
Email: eduardobiacchigomes@gmail.com

*** Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora vinculada ao Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional, NEADI.
Email: juucolle@hotmail.com

Abstract

The purpose of this article is to analyze the so-called dialogue between sources and the consequent increasingly need to seek the reciprocal opening of domestic and international law as a form of normative feedback, guaranteeing maximum effectiveness of the international norm. In this perspective, it is essential to have effective mechanisms at the international level to ensure that States comply with duly ratified treaties. Domestically, these functions are exercised by the national courts, in the Brazilian case through the Supreme Federal Court. Based on this premise, the purpose of this article is to examine the close relationship between free trade and the economically sustainable environment, based on a specific case (Suspension of a preliminary injunction 1.154 – Maranhão, processed in the STF). The main thesis to be supported in this article is that the Supreme Court must exercise conventionality control in relation to commercial treaties, as is the case of those listed in the World Trade Organization, as well as the duty to comply with the decisions of the Dispute Settlement Body. As a way of developing the research, we conducted a jurisprudential analysis of the proposed case, decisions of the Dispute Settlement Body that could be related to the case, to highlight the close relationship between the dialogue of sources, free trade and environment. Finally, we carried out a doctrinal research on the subject. The approach is hypothetical and deductive.

Keywords: environment; dialogue between sources; conventionality control

1 Introdução

O presente artigo surge da necessidade de se debater, perante o meio acadêmico e científico, a necessidade do diálogo entre fontes, o que resulta, invariavelmente, no diálogo entre jurisdições.

Observe-se que o direito interno e direito internacional não devem ser analisados como ordens jurídicas independentes, mas como parte de um mesmo ordenamento jurídico e que se retroalimenta, de forma a garantir, com maior assertividade, a interpretação e a aplicação das normas internacionais ratificadas pelos Estados.

Decorre a partir daí a necessidade de os tribunais nacionais realizarem o denominado controle de con-

vencionalidade, o que normalmente é debatido pela doutrina e aplicado dentro dos tribunais na seara dos direitos humanos¹. Questão intrincada e pouco debatida e estudada no meio jurídico refere-se aos tratados decorrentes de acordos econômicos, como o caso das normas da Organização Mundial do Comércio (OMC), e, no caso, o Brasil, por meio do Supremo Tribunal Federal, deve(ria)² realizar o chamado controle de convencionalidade. De forma a evidenciar o tema, questiona-se, igualmente, em que medida as decisões proferidas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC obrigam os Estados e qual o reflexo delas nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Como forma de desenvolver a pesquisa, analisa-se o Pedido de Suspensão de Liminar 1.154 interposto pelo Estado do Maranhão em face do Relator do Agravo de Instrumento 1004496-94.2017.01.000 do TRF da Primeira Região, de forma a postular o restabelecimento de importação de camarões equatorianos. O debate relativo ao caso refere-se ao fato de os referidos crustáceos causarem, ou não, danos à saúde humana. Portanto, a decisão liminar proferida pelo TRF da Primeira Região levaria em conta a observância da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225, inciso I da Constituição Federal³.

No caso em exame, verifica-se a existência da dicotomia entre a proteção ao meio ambiente e o livre comércio, tema tão debatido e propalado no direito internacional econômico e, conseqüentemente, na Organização Mundial do Comércio.

Segundo a referida linha de raciocínio, o embate diz respeito à suposta existência de uma barreira não tarifária ilícita e que teria por objetivo falsear o livre comércio. A pesquisa proposta neste artigo será desenvolvida com base nesse enfoque.

Assim, antes de se buscar a resposta ao problema proposto no referido artigo, procurar-se-á demonstrar

¹ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. Rev. direito GV, vol.9, n.2, pp.721-754, 2013.

² Não obstante reconheça-se que, conforme o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, somente os tratados de direitos humanos possuem grau de hierarquia supralegal ou constitucional, desde que ratificados de acordo com o disposto no parágrafo 3º do artigo 5º da CF/88. Em relação aos demais tratados, teriam grau de hierarquia de lei.

³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5381475>. Acesso em: 04 de jan. de 2019

a existência do denominado diálogo entre fontes normativas principalmente em relação a temas que envolvem o livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável. Nesse aspecto, buscar-se-á demonstrar como as normas da Organização Mundial do Comércio dialogam com as normas constitucionais, de forma a identificar aquelas relacionadas ao caso envolvido.

Em um segundo momento, evidenciar-se-á a necessidade da compatibilização das normas da Organização Mundial do Comércio juntamente ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da realização do controle de convencionalidade. Importante examinar, igualmente, a importância do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e como suas decisões impactam no ordenamento jurídico brasileiro⁴. Demonstrar-se-á como o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal realizou o denominado controle de convencionalidade no caso em concreto.

Por fim, de forma a comprovar a tese a ser enfrentada no referido artigo, far-se-á a análise do caso em questão, com base nas conclusões parciais acima extraídas, assim como será demonstrado que, em casos similares, a própria Organização Mundial de Controvérsias enfrentou casos semelhantes⁵.

2 Diálogo entre fontes normativas: livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável

Como forma de desenvolvimento inicial da pesquisa, o objetivo centra-se no período pós-queda do Muro de Berlim, desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, formação dos blocos econômicos e a criação da Organização Mundial do Comércio, quando, então, o cenário mundial e econômico alterou-se profundamente, a partir do final da década de 90 do

⁴ Para tanto, analisar-se-á, ainda que, de forma superficial, a controvérsia dos pneumáticos, que envolveu a União Europeia e a República Federativa do Brasil, juntamente ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, e a relação que o caso guardou com o Supremo Tribunal Federal.

⁵ Um dos principais casos analisados pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC foi o DS 381, que envolveu o México e os Estados Unidos da América. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm>. Acesso em 04 de jan de 2019.

Século XX⁶.

O crescente fenômeno do processo de globalização quebra de fronteiras entre os Estados e o desenvolvimento tecnológico promoveu uma verdadeira revolução no comércio internacional, de forma a aproximar os Estados, sobretudo dentro das Organizações Internacionais, com o objetivo de criar regras comuns para promover o livre-comércio.

Nesse sentido, a Organização Mundial do Comércio, por meio do GATT/94 (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), repetiu o disposto no GATT/47⁷, referente ao multilateralismo econômico, previsto em seu artigo I.⁸ Por outro lado, em determinadas situações, os Estados podem impor certas restrições, denominadas de barreiras não tarifárias, conforme prevê o artigo XX do GATT/94.⁹

Em virtude da nova realidade mundial, a OMC pode ser conceituada, em sentido geral, como um grande foro de negociação internacional em que os Estados realizam negociações voltadas para a liberalização do comércio internacional. Dentro daquela Organização Internacional, as tratativas entre os Estados ocorrem dentro das chamadas rodadas de negociação ou conferências ministeriais, em que os Estados negociam as pautas para comuns para promover o livre comércio¹⁰.

Referido cenário promoveu uma grande alteração no ordenamento jurídico internacional e tornou, cada vez mais comum, a criação de regras uniformes¹¹, por meio dos tratados com o objetivo de promover o livre-comércio. Dita realidade fez com que, a partir do momento em que os Estados ingressaram na Organização

⁶ GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka. O Estado Constitucional de Direito e a democracia frente à crise econômica mundial. *Pensar (UNIFOR)*, v. 17, p. 57-75, 2012, p. 58.

⁷ Disponível em: <www.wto.org>. Acesso em 05 jan 2019.

⁸ Nesse sentido, sempre que um país membro da OMC conceder uma vantagem comercial a outro país membro daquela organização, a vantagem deverá ser estendida aos demais integrantes, de forma a permitir a criação de regras comuns pautadas ao livre comércio.

⁹ Determinado Estado membro da OMC poderá impedir o ingresso de mercadoria estrangeira em seu território, desde que ela possa causar algum dano para a saúde animal, vegetal ou humana. (nesse sentido maior pode-se entender danos ao meio ambiente).

¹⁰ Nesse sentido, vale a regra do consenso único. Por exemplo, a respeito dos acordos multilaterais, como o GATT/94, ou os Estados negociam todos os itens da pauta ou não há negociação.

¹¹ BATISTA, Juliana Peixoto. Fragmentación normativa y asimetrías en la OMC: ¿maraña de normas o margen de maniobra? *Revista Direito GV, São Paulo*, V. 14, n. 1, p. 169-191, jan-abr 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n1/1808-2432-rdgv-14-01-0169.pdf>>. Acesso em: 05 jan 2019.

Mundial do Comércio e ratificaram os seus acordos constitutivos, fez com que os Estados passassem a respeitar e a aplicar as normas referentes ao livre comércio¹².

Sem adentrar em maiores detalhes e estudos em relação ao tema do desenvolvimento econômico e sustentável, cuja preocupação aflorou, com maior presença, a partir da ECO/92¹³, por meio da construção de determinados princípios, como i) o Princípio da Precaução que tem como base a proteção do potencial risco do dano ao meio ambiente, oriundo de atividades do homem, objetivando evitar que ocorra um dano irreparável ao meio ambiente; ii) Princípio do Desenvolvimento Sustentável, que dispõe que deve haver cooperação entre países para atingir um nível de crescimento econômico igualitário, não discriminatório e de modo preservar um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações¹⁴.

Ressalte-se que, a respeito da denominada “Governança Mundial”, surge uma preocupação maior com a proteção ao meio ambiente e sustentabilidade ambiental, respectivamente, e, assim, existe a preocupação — cada vez maior — de a sociedade internacional adotar políticas voltadas à proteção ao meio ambiente e surge dentro da Organização Mundial do Comércio uma pauta direcionada ao livre comércio *versus* proteção ao meio ambiente.¹⁵

Desse modo, é crescente a tendência de tratamento do meio ambiente no âmbito dos direitos fundamen-

tais, com necessidade de proteção pelo sistema jurídico, visando assegurar mecanismos efetivos de cooperação dos membros da comunidade internacional para estabelecer um equilíbrio entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade¹⁶.

Cumprido destacar que, no âmbito da OMC, há diversos acordos firmados relativos a preocupações ambientais: o preâmbulo da OMC¹⁷, artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o Acordo as Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS) e o Acordo sobre Agricultura.

Assim, com a gradativa abertura da OMC para o tratado de questões ambientais ligadas ao comércio, cresce a atuação do Direito Ambiental Internacional no comércio internacional, como ideia de patrimônio comum da humanidade, bem como a inclusão de questões ambientais passa a fazer parte das pautas de discussão do Órgão de Solução de Controvérsias¹⁸.

Dentro do Comércio Internacional e, consequentemente, no âmbito da Organização Mundial do Comércio, não obstante seu objetivo seja meramente o de promover o livre comércio, por meio da elaboração de normas comuns (com base em tratados como o GATT/94), existem determinadas exceções legítimas e devidamente fundamentadas em que os Estados podem proibir o ingresso de mercadorias estrangeiras. No ponto, são as denominadas barreiras não tarifárias, que, em sentido maior, podem dizer respeito às questões ambientais.

Nas referidas hipóteses, quando determinado Estado proíbe o ingresso de mercadoria estrangeira¹⁹ com base no artigo XX do GATT/94, eventual Estado prejudica-

¹² Trata-se de consequência lógica do direito internacional público, artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. (Princípio *pacta sunt servanda* e o primado do direito internacional frente o direito interno). Como consequência, se o Estado não observa e não aplica o tratado em seu ordenamento jurídico interno, poderá ser responsabilizado internacionalmente.

¹³ Aubertin, Catherine. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 15-27 Brazilian Journal of International Law, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 15-27. Disp. em: <https://www.publicacoecademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1905/pdf>. Acesso em 09 de fev. 2019.

¹⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite ; COSTA, Beatriz Souza. As Complicadas Inter-relações entre os Sistemas Internos e Internacionais de Proteção do Direito ao Meio Ambiente. Revista de Direito Internacional, v. 12, p. 785-802, 2015. p. 78

¹⁵ PIFFER, Carla. COMÉRCIO INTERNACIONAL E MEIO AMBIENTE: A OMC COMO LOCUS DE GOVERNANÇA AMBIENTAL. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, dez. 2011. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/161/168>>. Acesso em: 09 Fev. 2019.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio dispõe que a atividade econômica deve ser realizada com “utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OMC-Acordo-Constitutivo-da-OMC.pdf>>. Acesso em: 08 fev 2019.

¹⁸ MOROSINI, Fábio Costa; NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito?. Revista de Direito Internacional, v. 11, p. 151-168, 2015. p. 157.

¹⁹ São os chamados temas conexos ao livre comércio. Exemplo claro é o meio ambiente. Muito embora não seja de competência da OMC regulamentar temas voltados para a proteção do meio ambiente, sempre for constatada uma barreira não comercial (artigo XX) do GATT/94, a OMC, através do seu Órgão de Solução de Controvérsias, poderá atuar para dirimir sobre a controvérsia.

do poderá demandá-lo, de forma a questionar tal política perante Órgão de Solução de Controvérsias da OMC²⁰.

Contudo, há limitação do direito ao meio ambiente sadio em razão de sua sujeição às ordens da economia internacional, especialmente da Organização Mundial do Comércio, que trata a proteção ambiental do artigo XX do GATT/94, como uma exceção ao livre comércio, a qual parece ser interpretada de forma restritiva em prejuízo ao meio ambiente²¹.

Assim, alguns Estados utilizam-se de tratados ambientais e que possuem sanções para prevenir a comercialização sobre alguns bens nocivos ao meio ambiente, e autorizando outros Estados — sobre o pretexto que esses últimos protegem o meio ambiente — a discriminar os produtos estrangeiros²².

Em complemento ao artigo XX do GATT/94, os Estados-membros, ao tomarem decisões relativas à política ambiental, devem levar em consideração o contexto internacional, bem como a relação da medida adotada e sua eficácia, observando os impactos que produzem na competitividade de determinado produto no país para evitar medidas discriminatórias e injustificadas entre o produto nacional e o importado.

Com crescimento das pressões para que os governos implantem medidas de proteção ao ambiente²³, a área do comércio é, cada vez mais, afetada. Portanto, a solução a ser adotada é a harmonização das políticas ambientais dos países de modo a garantir padrões comuns e níveis iguais de competitividade entre os países²⁴.

Surge, a partir daí o constante diálogo entre fontes. Isto significa dizer que os ordenamentos jurídicos nacional e internacional devem ser entendidos como uma ordem jurídica sistêmica e comunicante em que as or-

dens jurídicas nacionais devem se abrir para a ordem jurídica internacional e garantir a aplicação eficaz dos tratados ratificados pelos Estados²⁵.

Considerando tais premissas, o diálogo entre fontes faz-se necessário na medida que a realidade das relações jurídicas no comércio internacional mostra que há muitas discrepâncias entre as legislações nacionais, que demandam cooperação para a utilização de mecanismos de harmonização e unificação jurídica²⁶.

Desse modo, as leis nacionais necessitam dessa harmonização com o direito internacional, por meio da aproximação de conceitos jurídicos adotados, com o fim de regular os aspectos do comércio internacional, e, por consequência, garantir segurança jurídica às relações comerciais. Logo, o diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e internacional pode ser um método de regulação eficaz de transações comerciais internacionais²⁷.

A partir desse raciocínio, é possível verificar que a cooperação entre os organismos internacionais sobre bases igualitárias é o ponto-chave para aproximação dos sistemas de proteção do direito ao meio ambiente sadio interno e internacional e criação de um regime mais uniforme de proteção ambiental²⁸, cujo regime jurídico possui, reconhecidamente, normas de caráter de *soft law*, que tendem a ser mais brandas e as quais devem ser, posteriormente, internalizadas como normas de caráter obrigatório²⁹.

3 A necessidade da compatibilização e de observância das normas da omc e o ordenamento jurídico brasileiro: o controle de convencionalidade

A nova ordem econômica mundial trouxe uma realidade diversa aos Estados com a consequente flexibilização do poder soberanos dos Estados e a necessidade,

²⁰ Por exemplo, a restrição à importação de pneus usados e remoldados adotada pelo Brasil e Argentina, para mitigar os efeitos danosos ao meio ambiente e à saúde, foi questionada pela Comunidade Europeia no Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) no DS332. Ambos os países foram obrigados a aceitar a importação de pneumáticos remoldados oriundos da República Oriental do Uruguai.

²¹ Op. Cit. SAMPAIO, José Adércio Leite. P. 791.

²² Ibidem. p. 788.

²³ PIFFER, Carol. Comércio Internacional e Meio Ambiente: a OMC como locus de governança ambiental. Veredas do Direito (Belo Horizonte), v. 08, p. 111-132, 2011.

²⁴ THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. Rev. Bras. Polít. Int. vol.41 no.2 Brasília jul./dec. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003>. Acesso em: 06 de jan de 2018.

²⁵ BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garci. Direito do Comércio Internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. Revista de Informação Legislativa, v. 197, p. 249-256, 2013. P. 253

²⁶ Idem.

²⁷ Ibidem, p. 255.

²⁸ Op. Cit. SAMPAIO, José Adércio Leite, p. 797.

²⁹ SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. Revista de Direito Internacional, v. 12, p. 767-783, 2016, p. 767.

cada vez maior, de se associarem em prol da concretização de objetivos comuns e que, no ponto central deste artigo, podem ser exemplificados aos econômicos e comerciais. A globalização econômica faz com que os Estados celebrem tratados e se associem em blocos econômicos e criem Organizações Internacionais, como a Organização Mundial do Comércio, com a finalidade de fomentar temas diversas, como, no caso em tela, o livre comércio.

Como forma de buscar efetivar o intercâmbio comercial entre os Estados, como anteriormente observado, torna-se necessária a criação de regras comuns dentro da OMC com a finalidade de promover o livre comércio. Nesse sentido, a Rodada Uruguai, oriunda de 1986 e que foi finalizada em Marraquexe, em 1994³⁰, resultou na elaboração dos Acordos Multilaterais, como o próprio GATT/94.

Os Acordos Multilaterais dentro da OMC, exemplificam a nova realidade mundial, por meio da criação de políticas comuns, negociadas pelos Estados dentro das Rodadas de Negociação, as quais, conseqüentemente, deverão ser cumpridas por todos os seus Estados.

O que, em um primeiro momento, pode transparecer uma flexibilização nas soberanias dos Estados, ante a influência das normas internacionais (representadas aqui pelas da Organização Mundial do Comércio) dentro dos ordenamentos jurídicos dos nacionais, constituir-se, na verdade, conseqüência da externalização de um ato de soberania dos mesmos Estados, qual seja: a adesão a uma Organização Internacional e a obrigatoriedade de cumprir com os referidos objetivos e seguir as suas normas (previstas nos acordos internacionais).

Trata-se, portanto, de princípio basilar do direito internacional, através do qual o Estado — ao ratificar o tratado — assume o compromisso de observá-lo e cumpri-lo, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente³¹.

Naturalmente, para que as normas da OMC possam ser cumpridas pelos Estados, torna-se necessário, em

primeiro momento, a existência de um efetivo mecanismo de solução de controvérsias, representado nesse caso pelo Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OSC)³².

Todavia, dentro do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, muito se discute sobre o grau de eficácia das decisões, uma vez que não são implementadas diretamente dentro dos ordenamentos jurídicos dos Estados. O sistema da OMC induz o cumprimento com base em sua legitimidade e com uso de mecanismos jurídicos³³, conferindo relativa independência em relação à boa vontade do cumprimento das decisões pelos Estados³⁴.

Como conseqüência, o sistema de cumprimento das normas e decisões do Órgão de Solução de controvérsias tem dificuldades para ser assimilado nos planos nacionais, ainda mais quando envolvem questões politicamente sensíveis, a exemplo maior do meio ambiente e saúde pública, ou quando envolvem atores do poder Legislativo ou Judiciário, os quais tendem a desconhecer as normas da OMC ou seus impactos³⁵.

Ademais, tal sistema de solução de controvérsias foi criado com base na *common law* e *civil law*. Assim, apesar do importante papel dos tratados, há, também, utilização intensa das decisões anteriores, e, por conseqüência, lógicas interpretativas previsíveis e com melhor definição dos princípios gerais dispostos nos tratados³⁶.

Contudo, essas decisões muitas vezes são desconhecidas pelos operadores jurídicos nacionais que não se utilizam da jurisprudência da OMC, contribuindo para criar os obstáculos para o Judiciário implementar suas

³⁰ Na Rodada do Uruguai foi firmado acordos sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias e o Acordo sobre Barreiras Técnicas, com o objetivo que tais medidas não se convertam em barreiras não tarifárias. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>.

³¹ Princípio *pacta sunt servanda*, previsto no artigo 26 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969.

³² AMARAL JUNIOR, Alberto do. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008.

³³ ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento no âmbito da OMC. Revista de Direito Internacional, v. 12, p. 258-278, 2014.

³⁴ Exemplo disso refere-se ao momento em que o Estado aprova uma lei interna que implementa uma medida que gera benefícios as suas empresas nacionais, contrariando o direito da OMC. Apesar de no plano internacional tratar-se de ilícito, no plano interno as normas internacionais têm a mesma hierarquia das leis nacionais. Assim, a implementação ou não do direito da OMC depende do direito nacional. In: VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. Revista Direito GV, v. 10, p. 53-68, 2014. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000100003>. Acesso em: 10 jan 2018.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

decisões³⁷.

Exemplo claro e relacionado com a pesquisa refere-se à controvérsia a respeito do caso dos pneumáticos, que envolveu a União Europeia e o Brasil. O contencioso das Medidas que afetam a importação de pneus recauchutados (DS 332) questionava as medidas de bloqueio à importação de pneus usados no Brasil, invocando a aplicação do Princípio da Cláusula da Nação Mais Favorecida e da Reciprocidade, com o objetivo que a OSC declarasse ilegais tais normativas³⁸.

A tese da argumentação brasileira, baseou-se na adequação do ordenamento jurídico brasileiro às normas do GATT/94, ou seja: exceção ap artigo XX, alínea b. (Justificativa de proteção de meio ambiente aos danos provocados e que não haveria imposição discriminação arbitrária ou injustificável)³⁹.

A OSC concluiu que a conduta do Brasil não estava em conformidade com as obrigações assumidas pelo sistema multilateral da OMC, em razão da existência de decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados⁴⁰. Por fim, estabeleceu que o Brasil poderia proibir a importação de pneus europeus sob a condição de demonstrar a adoção de normas uniformes, ou seja, (i) se o Brasil aceitar a importação de pneus do Uruguai, deveria aceitar os Europeus; (ii) se os tribunais brasileiros continuassem emitir decisões liminares permitindo a entrada de pneus, deveria também aceitar a importação de pneus europeus⁴¹.

Com a necessidade de implementar a decisão no prazo de 15 meses, o Poder Executivo ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal – APF 101, que decidiu pela proibição de importação dos pneus, cassou todas as liminares e também evitou a violação do princípio da nação mais favorecida⁴².

A análise acima efetuada é importante para avançar na referida pesquisa, de forma a demonstrar — concretamente — como fora realizado o controle de conven-

cionalidade na Suspensão de Liminar 1.154, de forma a compreender o raciocínio jurídico elaborado naquele caso.

No direito internacional público, a atuação dos tribunais e cortes internacionais é subsidiária, ou seja, na prática, para o Estado evitar a sanção internacional, deverá cumprir o tratado que foi devidamente ratificado por ele. Nesse raciocínio citem-se as normas da Organização Mundial do Comércio. Ou seja: as normas internas (tratados), devidamente ratificadas pelos Estados vinculam todos os órgãos da Administração Pública (Executivo, Legislativo e Judiciário). Isto significa dizer, por exemplo, que qualquer legislação, política do executivo ou decisão judicial que contrarie os termos de um tratado ratificado, poderá levar a uma controvérsia internacional e, conseqüentemente, à responsabilidade internacional do Estado.

Sob o referido enfoque e análise, torna-se relevante o papel e a atuação do Poder Judiciário (especialmente do Supremo Tribunal Federal), como forma de realizar o controle⁴³ — em casos concretos — sobre a aplicação dos tratados na ordem jurídica brasileira, de forma a evitar a responsabilidade internacional do Estado.

De certa forma e com base na lógica do diálogo entre fontes, necessário que o Estado sempre cumpra com os tratados por ele ratificados e, assim, cabe ao Supremo Tribunal Federal realizar o devido controle de convencionalidade, proporcionando harmonização do ordenamento interno com as normas internacionais de livre comércio.

Outrossim, a Constituição da República garante que as regras convencionais dotadas de densidade jurídica sejam apreciadas pelo judiciário, de acordo com o art. 5º, inciso XXXV, o qual dispõe que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída à apreciação do Judiciário. E, apesar da existência de órgãos de solução de controvérsias internacionais e mecanismos convencionais para solução de disputas, esses não podem ser entendidos como excludentes para interposição de recursos nos tribunais domésticos⁴⁴.

³⁷ Idem.

³⁸ Op. Cit. GOMES, Eduardo. *Biacchi*. p. 57

³⁹ Op. Cit. VARELLA, Marcelo D.

⁴⁰ WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Órgão de Apelação no caso Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres WT/DS332, 12 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 07 de jan de 2018.

⁴¹ Op. Cit. VARELLA, Marcelo D.

⁴² Idem.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro), 2012. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-C-CONV.pdf>>. Acesso em: 08 fev 2019.

⁴⁴ PINTO, Gustavo Mathias Alves. Tratados internacionais em matéria tributária e sua relação com o direito interno no Brasil. *Rev. direito GV*, vol.4 no.1 São Paulo Jan./June, 2008.

Apesar dos princípios gerais contidos nos tratados, que passa por interpretação dos poderes políticos, seus comandos com densidade jurídica devem ser entendidos e aplicados pelo juiz interno⁴⁵.

Portanto, apesar das dificuldades de implementação das decisões da OMC pelos tribunais internos, é possível analisados a implementação das decisões e normas de direito comercial internacional da OMC nos tribunais brasileiros: a primeira, realizada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 101, a partir da condenação do Brasil no caso dos pneumáticos pelo Órgão de Solução de Controvérsias; e a segunda, no caso do pedido de Suspensão de Liminar, que será explicitado na próxima seção do artigo.

4 Livre-comércio e proteção ao meio ambiente: uma barreira (in)superável na OMC?

Com a abertura da Organização Mundial do Comércio para análise de casos em que há a complexa dialética entre os impactos ambientais gerados e o desenvolvimento do comércio internacional, há dois casos, em meio a uma série de situações envolvendo saúde e meio ambiente⁴⁶, que merecem destaque por envolverem questões comerciais e ambientais correlatas ao caso do pedido de Suspensão da Liminar da importação de camarões equatorianos.

O primeiro caso, apreciado pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, envolve a dicotomia entre o livre comércio e o desenvolvimento sustentável, relativo ao tratado na controvérsia DS381, no qual os Estados Unidos foram questionados pelo México sobre a alteração da lei de proteção aos mamíferos marinhos⁴⁷.

O México sentiu-se prejudicado em razão das medidas implementada pela legislação dos Estados Unidos, *Marine Mammal Protection Act*, que estabelecia a necessidade do uso de um rótulo “seguro para golfinhos” nos

produtos de atum, bem como condicionavam o acesso do atum ao mercado estadunidense a apresentação de provas sobre a área do atum e o método de pesca. Tal legislação objetivava que os pescadores ajustassem suas técnicas para evitar a morte de golfinhos, proibindo a importação de atum nos países com índices de mortalidade que superassem mais de 25% que o de atum⁴⁸.

A decisão pelo Órgão de Controvérsias da OMC foi favorável ao México, sob os fundamentos que (i) os métodos e processo de produção do atum não poderiam servir como base da proibição de importação; (ii) não é permitido proteger a vida animal fora da jurisdição do Estado no qual foi implantada a legislação, e, por consequência, obrigando os Estados Unidos permitir as importações de atum de pescadores Mexicanos⁴⁹.

O painel fundamentou sua decisão no sentido de que as regras do livre-comércio deveriam prevalecer sobre aquelas de proteção ambiental, pois foi entendido que a medida adotada não tinha comprovação suficiente para se encaixar nas hipóteses do artigo XX⁵⁰.

Outro caso de grande destaque para traçar os limites entre as exigências ambientais e a imposição ilegítima de barreiras ao comércio é o do Camarão/Tartaruga, em que os Estados Unidos foram demandados pelos países Malásia e Tailândia, em razão da proibição contra a importação de tipos de camarão e produtos de camarão⁵¹.

Essa proibição foi instaurada em virtude do Ato de Espécies em Perigo, de 1973, dos Estados Unidos, mais especificamente a Seção 609, a qual obrigava os pescadores a utilizarem processos e atividades que não prejudicassem cinco espécies de tartaruga em perigo de extinção⁵². E, considerando que os Estados Unidos possuem comércio de importação de camarões da Malásia, tiveram de interromper as importações em razão de o Estado não tomar as medidas necessárias de prote-

⁴⁸ Op. Cit. MOROSINI, Fabio Costa ; NIENCHESKI, Luísa Zuardi, p.162.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Op. Cit. SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA, Beatriz Souza, p. 789.

⁵¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Órgão de Apelação no caso United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/r, 12 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>. Acesso em: 06 de jan de 2018.

⁵² NEULING, Bruce. The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, p. 1-50, 1999, p. 09.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Para saber mais, vide: WEISS, Edith Brown *et alii*. *Reconciling Environment and Trade*. 2nd Edition. United States, BRILL, 2008.

⁴⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Painel no caso United States – Restriction on Imports of Tuna I, DS21/r – 39S/155, julgado em 3 de setembro de 1991. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/92tuna.pdf>. Acesso em: 06 de jan de 2018.

ção às tartarugas marinhas⁵³.

Consequentemente, foi instaurado um procedimento em face da legislação ambiental dos Estados Unidos, no qual foi invocado o art. XI:1 do GATT, que determina que nenhum Estado-Membro poderá instituir proibições ou restrições para a importação de um produto originário do território de outro Estado, bem como foi arguido que tal restrição trata-se de medida unilateral que não poderia ser justificada pelo artigo XX do GATT⁵⁴.

Diferentemente da decisão do caso do Camarão-Golfinho, o Órgão de Apelação entendeu que a unilateralidade da medida não era suficiente para declarar inconsistente com o GATT e que cumpria as condições do artigo XX do GATT, não configurando discriminação arbitrária⁵⁵.

Logo, a análise realizada acima dos casos com grande repercussão internacional envolvendo meio ambiente visa demonstrar que decisões do Órgão de Solução de Controvérsias delimitam a interpretação das exceções gerais ao livre comércio, e conferem a devida densidade técnico-jurídica ao artigo XX do GATT, possibilitando ao Poder Judiciário interno verificar se as normas nacionais editadas se enquadram ou não nas hipóteses de exceção ao livre comércio por questões ambientais.

4.1 Pedido Suspensão Liminar 1.154/DF: análise do STF em controvérsias sobre meio ambiente e livre comércio (uma reflexão sobre o controle de convencionalidade)

O caso em questão refere-se ao pedido de Suspensão Liminar pleiteada pelo Estado do Maranhão com o objetivo de suspender os efeitos da decisão proferida pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 1004496- 94.2017.4.01.0000, em trâmite no Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1), que

⁵³ Op. Cit., WORLD TRADE ORGANIZATION, 1998, p. 793.

⁵⁴ Artigo XI.1 Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo.

⁵⁵ SHAFER, Gregory C. The WTO Shrimp-Turtle Case (United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products). *American Journal of International Law*, 507, April 1999, p. 08.

restabeleceu a importação de camarões equatorianos da espécie *Litopenaeu Vannamei* em razão do cumprimento dos requisitos estabelecidos pela Instrução Normativa 14/2010 e dos estudos zoossanitários periciados pelo corpo técnico do Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento – MAPA.

Na origem, trata-se de Ação Civil pública ajuizada pela Associação brasileira de Criadores de Camarão com tutela de urgência para determinar a impossibilidade de se importar camarões do Equador sem a prévia submissão destes à Análise de Risco de Importação (ARI), nos termos do art. 4º, § 7º, da Lei nº 8.437/92.

A principal argumentação do Estado do Maranhão diz respeito à violação do meio ambiente, no sentido de que a dispensabilidade da Análise de Risco de Importação afrontaria o artigo 225, I, da Constituição Federal e o princípio da precaução. Desse modo, é sustentado pelo Estado que a importação dessa espécie de camarão causará danos e transtorno ambientais irreparáveis em território brasileiro, com consequente prejuízo à saúde da população, à ordem pública e à economia estatal.

A dicotomia entre proteção ao meio ambiente e ao livre comércio resta configurada⁵⁶ uma vez que, ao mesmo tempo que as normas de direito internacional da Organização Mundial de Comércio protegem o livre trânsito de mercadoria, o mesmo regramento, assim como a Constituição Federal no artigo 225, inciso I protegem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental difuso de terceira geração.

Em análise à legislação doméstica, o Ministro do Supremo Tribunal Federal apurou, com base nos artigos 5º, 6º, 7º da IN/MPA nº 14/2017⁵⁷, que não há a obri-

⁵⁶ AMARAL JUNIOR, Alberto do. El comercio internacional y la protección del medio ambiente: contradicción o complementariedad. *Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Palermo*. Año I, nº 1, p. 79-110, 2012.

⁵⁷ Art. 5º Caso um país pretenda exportar, pela primeira vez ao Brasil, determinado(s) pescado e derivados ou animais aquáticos, seus materiais de multiplicação, células, órgãos e tecidos, deverá solicitar ao Ministério da Pesca e Aquicultura - MPA os requisitos sanitários para tal procedimento. § 1º O MPA emitirá parecer sobre a necessidade de realização da ARI para determinar o risco sanitário da entrada do(s) produto(s) do país em questão. § 2º Caso não seja necessária a realização de ARI o MPA deverá informar os requisitos sanitários a serem cumpridos pelo país exportador. § 3º Os potenciais perigos da mercadoria a ser importada à saúde dos animais aquáticos no país serão listados por meio da nota técnica, a que será dada publicidade e será encaminhada ao país exportador.

Art. 6º O MPA poderá, a qualquer tempo, e se assim julgar necessário, emitir nota técnica sobre a necessidade de realização da ARI para de-

gatoriedade da ARI para toda a importação de animais aquáticos, sujeitando-se a necessidade à emissão de parecer pelo órgão técnico competente sobre a necessidade de utilização de outros requisitos sanitários para avaliação do risco.

Já o artigo 4º da IN/SAEP nº 2/2018 previu, expressamente, quais são as hipóteses que condicionam a importação de organismos aquáticos, afastando o juízo técnico valorativo sobre a utilização de outros critérios sanitários para avaliação do risco⁵⁸.

Assim, a burocratização imotivada da importação desses camarões diminuiria a oferta do produto do mercado brasileiro, em manifesta contrariedade com as normas da Organização Mundial do Comércio que uniformizam o tratamento às importações de camarões equatorianos.

Nesse mesmo raciocínio, sustentou que as alegações quanto ao risco do camarão equatoriano ao meio ambiente devem ser acompanhadas com provas robustas para afastar a aplicabilidade das tratativas internacionais bilaterais e do acordo firmado entre o Brasil e Equador no âmbito da OMC.

No âmbito internacional, para fim de proteger a segurança do alimento contra pragas e doenças e estabelecer a proibição da discriminação e a criação de restrições desnecessárias ou disfarçadas ao comércio, foi editado o Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS)⁵⁹.

Destarte, os artigos 2.2, 3.3 e 5.1 do SPS⁶⁰ dispõem

terminar o risco sanitário da entrada de pescado e derivados de animais aquáticos, seus materiais de multiplicação, células, órgãos e tecidos que já ingressem no Brasil. Art. 7º Caso não seja listado nenhum potencial perigo na nota técnica e, portanto, se defina pela não necessidade de realização de ARI, os requisitos sanitários de importação serão encaminhados ao MAPA para providências que lhe competem”⁵⁸

Art. 4º As importações e as entradas de organismos aquáticos e seus derivados no território nacional ficam condicionadas à realização de ARI nas seguintes hipóteses: I – se solicitação de importação for realizada pela primeira vez; II – se os organismos aquáticos e seus derivados forem provenientes de uma nova origem; III – se ocorrer nova situação sanitária do país, zona ou compartimento exportador; e IV – se houver nova informação epidemiológica sobre doença ou agente infeccioso em relação aos organismos aquáticos e seus derivados”.

⁵⁹ Os membros têm liberdade para aplicar padrões sanitários e fitossanitários próprios desde que não ensejem em discriminação ou restrição disfarçada ao comércio internacional e que sejam baseadas em evidências que justifiquem a necessidade da medida.

⁶⁰ Art. 2.2 Os Membros assegurarão que qualquer medida sanitária e fitossanitária seja aplicada apenas na medida do necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal; seja baseada em princípios científicos e não seja mantida sem evidência científica suficiente, à exceção do determinado pelo parágrafo 7 do Artigo 5.

que as medidas devem ser aplicadas, apenas, na extensão necessária para proteger o ser humano, animal, planta ou saúde, com base em evidências científicas e levando em conta os riscos às organizações internacionais.

Concluiu-se, com base nas normas da Organização Mundial do Comércio, que a pretendida medida zoonos-sanitária baseada na imposição de ARI para importação de camarões do Equador, constitui restrição arbitrária e disfarçada ao comércio internacional, proibida pelo Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias.

Ademais, a fim de fundamentar o indeferimento do pedido de suspensão de liminar, foi levantada a hipótese de estabelecimento de contencioso pelo Equador sobre a proibição injustificada de importação dos camarões no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Inclusive, tal situação ensejou a formalização jurídica do Equador contra o Brasil no Comitê de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias, no ano de 2012, que findou-se com um acordo quanto aos requisitos fitossanitários exigíveis para importação de crustáceos e camarões.

Como forma a demonstrar a tese defendida neste artigo, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal realizou o controle de convencionalidade, com o fim de compatibilizar as normas ambientais domésticas com os preceitos do tratado da Organização Mundial do Comércio. Veja-se:

Concluir de modo diverso e permitir a aplicação de medidas sanitárias sem comprovação científica restringiria o abastecimento do mercado nacional e sujeitaria o Brasil a sofrer sanções comerciais no âmbito internacional, configurando, dessa forma, *periculum in mora* inverso e, por conseguinte, ofensa à ordem econômica⁶¹.

Art. 3.3 Os Membros podem introduzir ou manter medidas sanitárias e fitossanitárias que resultem em nível mais elevado de proteção sanitária ou fitossanitária do que se alcançaria com medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais competentes, se houver uma justificação científica, ou como consequência do nível de proteção sanitária ou fitossanitária que um Membro determine ser apropriado, de acordo com as disposições relevantes dos parágrafos 1 a 8 do Artigo 5.2 Não obstante o acima descrito, todas as medidas que resultem em nível de proteção sanitária ou fitossanitária, diferentemente daquele que seria alcançado pela utilização de medidas baseadas em normas, guias ou recomendações internacionais, não serão incompatíveis com qualquer outra disposição do presente Acordo.

Art. 5.1 Os Membros assegurarão que suas medidas sanitárias e fitossanitárias são baseadas em uma avaliação, adequada às circunstâncias, dos riscos à vida ou à saúde humana, animal ou vegetal, tomando em consideração as técnicas para avaliação de risco elaboradas pelas organizações internacionais competentes.

⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) – SL: 1.154 MA

Essa decisão demonstra a existência do diálogo entre a jurisdições e do importante papel que é desenvolvido pelo judiciário de julgar controvérsias de acordo com as obrigações multilaterais assumidas e de forma a garantir a aplicação do tratado. Nesse raciocínio, a Suprema Corte constatou, ainda que implicitamente, que a medida pretendida pelo Estado do Maranhão não se enquadrava nas hipóteses de exceção do livre comércio (art. XX do GATT), constituindo formas de discriminação injustificada entre países e como uma restrição disfarçada ao comércio internacional⁶².

Com isso, há de salientar o papel dos magistrados, como já demonstrado no capítulo anterior, no sentido de interpretar e aplicar corretamente os tratados ratificados pela República Federativa do Brasil, que, pela aplicação do princípio *pacta sunt servanda*, tem a obrigação de cumpri-lo, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente.

5 Considerações finais

Com a crescente tendência de tratamento do meio ambiente no âmbito de proteção do direito interno, bem como a gradativa abertura da Organização Mundial do Comércio para o trato de questões ambientais com o fim de assegurar mecanismos efetivos de cooperação dos membros da comunidade internacional, mostra-se necessário o diálogo entre fontes do ordenamento jurídico nacional e internacional, em que as ordens jurídicas nacionais devem se abrir para a ordem jurídica internacional e garantir a aplicação eficaz dos tratados ratificados pelos Estados.

Nesse raciocínio, faz-se necessário enaltecer a importância do papel e a atuação do Poder Judiciário (especialmente do Supremo Tribunal Federal)⁶³ em realizar o controle de convencionalidade em casos concretos, como forma cumprimento e harmonização entre as

normas de tratados internacionais e decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC com as normas do direito doméstico, para o fim de evitar a responsabilidade internacional do Estado.

Com isso, a partir da análise de casos concretos questionados perante o OSC, que envolviam a dicotomia entre desenvolvimento sustentável e economia, demonstraram-se as limitações das exceções ao livre comércio frente ao meio ambiente, e, a partir disso, foi possível compreender o raciocínio jurídico do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, que realizou o controle de convencionalidade no caso da Suspensão da Liminar, de forma a compatibilizar as normas ambientais domésticas com os preceitos do tratado da Organização Mundial do Comércio.

Referências

AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. Rev. direito GV, vol.9, n.2, pp.721-754, 2013.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A solução de controvérsias na OMC. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. El comercio internacional y la protección del medio ambiente: contradicción o complementariedad. Revista de Derecho Internacional de la Universidad de Palermo. Año I, nº 1, p. 79-110, 2012.

Aubertin, Catherine. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 15-27 Brazilian Journal of International Law, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 15-27. Disp. em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1905/pdf>. Acesso em 09 de fev. 2019.

BATISTA, Juliana Peixoto. Fragmentación normativa y asimetrías en la OMC: ¿maraña de normas o margen de maniobra? Revista Direito GV, São Paulo, V. 14, n. 1, p. 169-191, jan-abr 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n1/1808-2432-rdgv-14-01-0169.pdf>>. Acesso em: 05 jan 2019.

BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garci. Direito do Comércio Internacional: delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. Revista de Informação Legislativa, v. 197, p. 249-256, 2013.

0067997-81.2018.1.00.0000, Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI, Data de Publicação: DJ 28/12/2018.

⁶² QUEIROZ, Fábio Albergaria de. Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. Ambiente e Sociedade (Campinas), São Paulo, v. 8, n.2, p. 125-146, 2005. p. 4

⁶³ Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez. 2011. Márcio Cruz, Paulo; Bondar, Zenildo. Disp. em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1549/1431>. Acesso em 09 de fev. de 2019.

- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento no âmbito da OMC. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 258-278, 2014.
- FISCHER, Octávio Campos; GOMES, Eduardo Biacchi. Tratados em Matéria Tributária: Um exame a partir do GATT/94. In: Ana Paula Basso; Antonio Carlos Diniz Murta, Raymundo Juliano Rego Feitosa. (Org.). *DIREITO TRIBUTARIO I*. 1ed.FLORIANOPOLIS: CONPEDI, 2014, v. 1, p. 514-537.
- GOMES, Eduardo. Biacchi. Direitos Fundamentais: a questão dos pneumáticos no MERCOSUL. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 35, p. 137-156, 2009.
- GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka. O Estado Constitucional de Direito e a democracia frente à crise econômica mundial. *Pensar (UNIFOR)*, v. 17, p. 57-75, 2012.
- Márcio Cruz, Paulo; Bondar, Zenildo. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 111-132, jul./dez.2011. Disp. em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1549/1431>. Acesso em 09 de fev. de 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro), 2012. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2012/06/PROF-MARINONI-C-CONV..pdf>> . Acesso em: 08 fev 2019.
- MOROSINI, Fabio Costa; NIENCHESKI, Luísa Zuardi. A relação entre os tratados multilaterais ambientais e os acordos da OMC: é possível conciliar o conflito?. *Revista de Direito Internacional*, v. 11, p. 151-168, 2015.
- NEULING, Bruce. The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, p. 1-50, 1999.
- PIFFER, Carol. Comércio Internacional e Meio Ambiente: a OMC como locus de governança ambiental. *Veredas do Direito (Belo Horizonte)*, v. 08, p. 111-132, 2011.
- PINTO, Gustavo Mathias Alves. Tratados internacionais em matéria tributária e sua relação com o direito interno no Brasil. *Rev. direito GV*, vol.4 no.1 São Paulo Jan./June, 2008.
- QUEIROZ, Fábio Albergaria de. Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. *Ambiente e Sociedade (Campinas)*, São Paulo, v. 8, n.2, p. 125-146, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA, Beatriz Souza. As Complicadas Inter-relações entre os Sistemas Internos e Internacionais de Proteção do Direito ao Meio Ambiente. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 785-802, 2015.
- SOUZA, Leonardo da Rocha de; LEISTER, Margareth Anne. A influência da soft law na formação do direito ambiental. *Revista de Direito Internacional*, v. 12, p. 767-783, 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) – SL: 1.154 MA 0067997-81.2018.1.00.0000, Relator: MINISTRO DIAS TOFFOLI, Data de Publicação: DJ 28/12/2018.
- THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. *Rev. Bras. Polít. Int.* vol.41 no.2 Brasília jul./dec. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003>. Acesso em: 06 de jan de 2018.
- VARELLA Marcelo D.. Dificuldades de implementação das decisões da OMC: um estudo de caso a partir do contencioso pneus. *Revista Direito GV*, v. 10, p. 53-68, 2014.
- WEISS, Edith Brown *et alii*. *Reconciling Environment and Trade*. 2nd Edition. United States, BRILL, 2008.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Painel no caso United States – Restriction on Imports of Tuna I, DS21/r – 39S/155, julgado em 3 de setembro de 1991. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/92tuna.pdf>. Acesso em: 06 jan 2018.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Painel no caso United States – Restriction on Imports of Tuna II, DS29/R, julgado em 16 de junho de 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds381sum_e.pdf>. Acesso em: 06 jan 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Órgão de Apelação no caso United States- Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/r, 12 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm>. Acesso em: 06 jan 2018.

WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Órgão de Apelação no caso Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres WT/DS332, 12 de junho de 2007. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 07 jan 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo) liberal

The international law of development and its imperialist roots in the context of normative pluralism: by a libertarian and not (neo) liberal paradigm

Lucas Silva de Souza

Jânia Maria Lopes Saldanha

O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal *

The international law of development and its imperialist roots in the context of normative pluralism: by a libertarian and not (neo) liberal paradigm

Lucas Silva de Souza**

Jânia Maria Lopes Saldanha***

* Recebido em 06/02/2019
Aprovado em 03/04/2019

** Mestrando do programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e bolsista CAPES. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Damásio. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integra o grupo de pesquisa Centro de Culturas Jurídicas Comparadas (CCULTIS) liderado pela Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha e o Núcleo de Pesquisa e Práticas em Direito Internacional (NP-PDI), liderado pelo Professor Doutor Ademar Pozzatti Junior.
Email: adv.lucasdesouza@gmail.com

*** Realizou Estágio Sênior nos anos de 2014-2015 (foi bolsista CAPES BEX 2417-14-6) no IHEJ - Institut des Hautes Études sur la Justice - Paris. Doutorado em Direito da UNISINOS - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestrado em Integração Latino-Americana da UFSM. Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora associada e coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito na área "Direitos emergentes da sociedade global" da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria e professora do Departamento de Direito da instituição. Professora visitante e pesquisadora a USP - Universidade de São Paulo, no CEPEDISA - Centro de Estudos e Pesquisa em Direito Sanitário (Ano de 2018). Pesquisadora associada do Institut des Hautes Études sur la Justice. Coordenadora do CCULTIS - Centro de Culturas jurídicas comparadas, internacionalização do direito e sistemas de justiça. Avaliadora ad hoc da Capes. Avaliadora ad hoc da Fondation Maison Sciences de l'Homme, de Paris.
Email: janiasaldanha@gmail.com

Resumo

O presente estudo, em sua primeira parte, abordará o imperialismo eurocêntrico do Direito Internacional e sua influência na atualidade. Momento em que o discurso civilizatório é transformado no desenvolvimentista que não mais categoriza os países periféricos como bárbaros, mas cunha a dicotomia desenvolvidos/subdesenvolvidos. Na segunda parte do trabalho, será exposto o enfraquecimento da soberania pela multiplicação de atores, fontes e normas do direito internacional. Realidade que, somada à abstração matemática, fruto de uma concepção de desenvolvimento baseada na acumulação do capital, fomentou a criação dos indicadores de gestão sadia, dentre eles os rankings e as classificações tais como o relatório *Doing Business*. O panorama acima exposto, desafia os juristas a repensar o desenvolvimento em um contexto no qual o velho imperialismo se funde a novas normatividades emergentes na sociedade global, fato que justifica a atualidade e importância da pesquisa, cuja problemática advém do seguinte questionamento: como delinear as bases de um novo Direito Internacional do Desenvolvimento, no contexto do pluralismo jurídico, que promova, efetivamente, a Justiça Global e não perpetue as raízes imperialistas do Direito Internacional? Seu objetivo precípua, portanto, é o de auxiliar a mudar esse paradigma por meio de uma visão do desenvolvimento para além do econômico. Conclui-se que, para isso, o desenvolvimento deve ser visto com base em uma perspectiva libertária e não (neo)liberal. Para a abordagem da pesquisa, valer-se-á do método pragmático, pois, caso contrário, o estudo será relegado a economia ou a filosofia. No tocante ao procedimento, serão adotados os métodos histórico e monográfico.

Palavras-chave: Desenvolvimento. Novos atores. Pluralismo jurídico. Justiça global. Soberania. Sociedade global.

Abstract

The present study, in its first part, will address the Eurocentric imperialism of international law and its influence today. At a time when the civilizational discourse is transformed into the developmentalist that no longer categorizes peripheral countries as barbarians, but wedge the developed / underdeveloped dichotomy. In the second part of the work, will be exposed the weakening of sovereignty by the multiplication of sources, norms, operators and users of international law. Reality that added to the mathematical abstraction, fruit of a conception of development based on the accumulation of the capital, fomented the creation of the indicators of sound management, among them the rankings and classifications such as the Doing Business report. The above panorama challenges jurists to rethink development in a context where the old imperialism merges with new emerging norms in a global society, a fact that justifies the relevance of this research, which problematic comes from the following question: how to delineate the basis of a new International Development Law in the context of legal pluralism that effectively promotes Global Justice and does not perpetuate the imperialist roots of international law? Its primary goal, therefore, is to help change this paradigm through a vision of development beyond economic. We conclude that, for this, development must be seen from a libertarian perspective and not (neo) liberal. In order to approach the research, it will use the pragmatic method, otherwise, the study will be relegated to economics or philosophy. Regarding the procedure, the historical and monographic methods will be adopted.

Keywords: Development. New actors. Legal pluralism. Global justice. Sovereignty. Global society.

1 Introdução

O presente estudo, em sua primeira parte, abordará o imperialismo eurocêntrico do Direito Internacional e sua influência na atualidade. Momento em que o discurso civilizatório é transformado no desenvolvimentista que não mais categoriza os países periféricos como bárbaros, mas cunha a dicotomia desenvolvidos/subdesenvolvidos. Situação que constrói uma noção de desenvolvimento fundada na tese de que, ao invés da

livre concorrência ser baseada no Direito, é o Direito que deve ser baseado na concorrência, erigida ao status de um direito constitucional global que só reconhece a circulação dos produtos e ignora o destino dos homens e da natureza.

Na segunda parte do trabalho, será exposto o enfraquecimento da soberania pela multiplicação dos atores fontes e normas do direito internacional. Contexto no qual se relativiza o papel do estado soberano e emancipa, cada vez mais, as instituições internacionais, os indivíduos e os atores econômicos gerando a emergência de novos tipos jurídicos. Realidade que, somada à abstração matemática, fruto de uma concepção de desenvolvimento baseada na acumulação do capital, fomentou a criação dos indicadores de gestão sadia, dentre eles os rankings e as classificações tais como o relatório *Doing Business*.

Tais instrumentos não constituem regras jurídicas na concepção moderna, mas levam os Estados a se adaptar e, muitas vezes, a reduzir seus requisitos, a fim de atrair ou reter, ante a sua jurisdição, as pessoas, bens e atividades que eles necessitam, à luz do prisma capitalista, para o financiamento e funcionamento dos serviços públicos. Desse modo, os homens e a natureza passam a ser vistos como mercadorias, fato que propulsiona a violação de Direitos Humanos, mormente sociais, consolidados em diversos documentos internacionais.

O panorama acima exposto, em que o velho imperialismo do Direito Internacional se funde a novas normatividades emergentes na sociedade global, desafia os juristas a repensar o desenvolvimento. Fato que justifica a atualidade e importância da pesquisa, cuja problemática advém do seguinte questionamento: como delinear as bases de uma um novo Direito Internacional do Desenvolvimento que promova, efetivamente, a Justiça Global e não perpetue as raízes imperialistas do Direito Internacional?

Portanto, seu objetivo precípua consiste em auxiliar a mudar esse paradigma por meio de uma visão do desenvolvimento para além do econômico, fundada, em especial, na ideia de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Visa-se, assim, auxiliar na construção de um arcabouço normativo — tanto em nível internacional como local — que efetive a liberdade e crie oportunidades tendo como baliza o reconhecimento das desigualdades e peculiaridades de cada sociedade e não os interesses de cunho meramente econômico apenas.

Utilizando-se de métodos tradicionais, o estudo dos novos instrumentos normativos, públicos ou privados,

que balizam o ideário desenvolvimentista, é relegado à filosofia e à economia, devido ao primado da lei no mundo das normas que, até então, a ciência jurídica moderna e os juristas têm pacientemente construído. Isto posto, para a abordagem da pesquisa, valer-se-á do método pragmático, defendido pelos pesquisadores do Centro Perelman de Filosofia do Direito no seu programa “Direito Global”, no qual as normas jurídicas são estudadas e interpretadas, não em consideração à sua origem (as fontes da lei) às relações lógicas ou hierárquicas entre elas (a ordem ou o sistema jurídico), mas sim quanto aos efeitos que elas produzem ou são suscetíveis de produzir nos contextos de suas aplicações.

Nessa perspectiva, a lei é considerada o produto do conflito de interesses de diversos atores, devendo ser, consequentemente, estudada não por meio de uma análise estritamente positivista, mas com base em estudos de caso e observações de campo que atribuem importância a dados considerados, muitas vezes, como irrelevantes do ponto de vista jurídico, dentre eles as reações na imprensa, estratégias dos atores, soluções técnicas e consequências econômicas, promovendo, assim, novos ângulos disciplinares.¹

No tocante ao procedimento, serão adotados os métodos histórico e monográfico. O primeiro, a fim de identificar a construção dos dispositivos de gestão, avaliação e controle, com base no prisma da globalização e do pluralismo jurídico dela advindo. O segundo, na abordagem pragmática do mito desenvolvimentista e dos efeitos socioeconômicos que ele produz, dentre eles o fetichismo do número que promove, principalmente nos países mais pobres, a erosão de direitos, em especial, os socioeconômicos. Ademais, será utilizada a técnica de pesquisa de documentação indireta, por meio da pesquisa documental, jurisprudencial e bibliográfica.

2 As raízes imperialistas do direito internacional do desenvolvimento no contexto do pluralismo normativo

Tomai o fardo do Homem Branco — As guerras selvagens pela paz — Encha a boca dos Famintos, e

¹ FRYDMAN, Benoit. *Comment penser le droit global*. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2010. Disponível em: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf. Acesso em 19 dez. 2018. p. 11.

proclama, das doenças, o cessar; e quando seu objetivo estiver perto (O fim que todos procuram); olha a indolência e loucura pagã levando sua esperança ao chão.

Rudyard Kipling²

Esse trecho do poema “*The White Man’s Burden*” (“O Fardo do Homem Branco”) retrata a ideologia dominante à época da colonização europeia quando se viam as conquistas imperiais como um esforço civilizatório realizado por uma raça superior em benefício dos selvagens habitantes dos lugares mais atrasados do planeta. Incapazes de se autogerir, eles se tornam dependentes daqueles primeiros para prover as suas necessidades mais básicas. Contudo, devido à sua indolência e loucura, segundo Rudyard Kipling, esses povos bárbaros não reconhecem os esforços dos colonizadores que acabam por perder as esperanças com tamanha ingratidão. Essa romantização mascarou, além da exploração das riquezas naturais e econômicas, a submissão dos colonizados a regras impostas por outros que lhes ceifou o direito de decidir acerca das normas as quais estavam sujeitos, e, no âmbito das relações entre os povos, os excluiu de participar da comunidade de nações.

As lutas pela independência culminaram no rompimento com essa situação de exclusão dos povos dominados da construção normativa a que estavam sujeitos. O fim dessa colonialidade política, entretanto, não significou liberdade e igualdade às populações colonizadas. Ainda que esses povos agora possam redigir suas normas de próprio punho, a partir de instrumentos políticos definidos conforme seu próprio regime, e participar das organizações internacionais, novas formas de dominação foram criadas, perpetuando as distinções na sociedade global.

Portanto, a colonialidade passou de seu matiz político ao discursivo, identificada nas categorizações de países (desenvolvidos/subdesenvolvidos/em desenvolvimento), nos diferentes poderes de voto/veto nas organizações internacionais e nas práticas de empresas multinacionais que determinam os direitos sociais dos nacionais em que se instalam. Situação que cunha uma noção de desenvolvimento cujas raízes fundam-se na tese de que, ao invés da livre concorrência ser baseada no Direito, é o Direito que deve ser baseado na con-

² Poema na versão original e traduzida em: KIPLING, Rudyard. *The White man’s burden*. 1899. Disponível em: <https://ensinarhistoriajoelza.com.br/imperialismo/>. Acesso em 26 dez. 2018.

corrência, erigida ao status de um direito constitucional global que somente reconhece a circulação dos produtos e ignorar o destino dos homens e da natureza.

Cenário paradoxal, em que, com base na tese de promoção da Justiça Global por meio do desenvolvimento econômico, promove-se a violação de direitos humanos protegidos por diversos instrumentos internacionais. Dentre eles, a Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998.

2.1 O Direito Internacional entre o discurso civilizatório e o desenvolvimentista

Após a descolonização, uma comunidade real de Estados passou a existir fazendo com que o direito internacional se torne de fato universal, haja vista que aqueles que estavam excluídos do reino da soberania agora puderam integrá-lo e participar do sistema internacional. Razão pela qual o nascimento do Direito Internacional do desenvolvimento coincide com o período da descolonização dos países africanos, após a Segunda Guerra Mundial, quando os Estados, recentemente independentes, valem-se de igualdade formal para reivindicar uma efetiva igualdade material.

Tendo em vista a adaptação do direito internacional às lutas de libertação nacional oriunda da rejeição dos novos estados independentes à injunção historicista de que não estavam prontos para a independência, o outro selvagem aproximou-se, cada vez mais, do Ocidente, necessitando de uma nova forma de contenção. Assim, não é por acaso que as noções de “desenvolvimento” e “subdesenvolvimento” tenham nascido no mesmo momento em que a descolonização estava em andamento.

A partir desse ângulo de análise, o movimento descolonizatório passou a ser visto com certo ceticismo, e não somente do ponto de vista otimista do nacionalismo, tal como bradado nos movimentos de libertação política. Sob essa perspectiva crítica, a descolonização é encarada como uma nova forma de aprisionamento, agora jurídico, em que, para se tornarem independentes e comporem a nova ordem mundial, as colônias de

outrora são coagidas a adotarem os modelos jurídicos estipulados pelas potências da época, normalmente suas antigas metrópoles.³

Com isso, autorizou-se — e de fato se exigiu — intervenções contínuas sob o pretexto de modernização dos países periféricos. Ilustram esse fato o sistema de tutela e mandato, as intervenções contemporâneas do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial, bem como as inúmeras outras instituições de desenvolvimento e organizações de ajuda que reconstituem os povos ditos selvagens, primitivos, atrasados e, finalmente, subdesenvolvidos do mundo como o “outro” para o Ocidente. A suposta cortesia de nações ditas civilizadas foi substituída por uma comunidade internacional fundada em valores considerados universais.⁴

A noção de desenvolvimento, portanto, não é fruto da descolonização, mas, sim, da preocupação dos estados industrializados europeus que passaram de colonizadores a modelo a ser seguido. Isto posto, o desenvolvimento é, em suas raízes, uma preocupação dos países mais ricos, e não dos mais pobres. Os (des)colonizados passaram a ser vistos pelos seus antigos colonizadores com base no pretenso desenvolvimento desses últimos, motivo pelo qual passaram de antigas colônias a países subdesenvolvidos. Rótulo que, posteriormente, foi substituído pelo eufemismo “países em desenvolvimento”.⁵

Hoje, para dois terços dos povos do mundo, o subdesenvolvimento é uma ameaça velada que promove a subordinação, discriminação e subjugação. Uma experiência de vida que converte a participação em um truque manipulativo para envolver as pessoas na luta para conseguir o que os poderosos querem impor.⁶ O “desenvolvimento” é um lembrete do que as antigas

³ MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Quem tem medo do pós-colonial no direito internacional? Uma resenha de “Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality” de Sundhya Pahuja. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, 2018 p. 484-488. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4989>. Acesso em: 26 mar. 2019. p. 485.

⁴ PAHUJA, Sundhya. *The Postcoloniality of International Law*. Harvard International Law Journal. V. 46, 2005. p. 465

⁵ JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international*. Paris: puf, 2013. p.9.

⁶ ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power* (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23. Disponível em: <http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018. p. 3.

colônias não são. Condição indesejável e indigna que escraviza sua população às experiências e sonhos dos outros.⁷

Logo, não exsurge um novo paradigma universalista, ocorre, tão somente, a mudança de um universalismo para outro. Isso ocorre pois, ainda no período pós-colonial, é fundamental a imposição de uma estrutura institucional com valores adequados ao dinamismo do mercado. Para tanto, o desenvolvimento se torna um movimento de destruição de identidades étnicas e redes de solidariedade, a fim de promover a legitimidade do interesse próprio como uma motivação humana fundamental. Com o dinheiro como um valor supremo, a vida conta menos e o imperativo social passa a ser, obviamente, o de obter dinheiro por quaisquer meios disponíveis. Situação que possibilita a uma pequena minoria fazer grandes lucros à custa da maioria.⁸

O desenvolvimento passou a ser visto como a única forma de contrapor à repartição desigual das riquezas entre antigos colonizados e colonizadores, situação de “atraso” vislumbrada como oriunda não da exploração destes por aqueles, mas de sua pretensa inferioridade. Metáfora que converteu a história em prol de um destino necessário e inevitável. Essa definição do estágio terminal de um modo unilinear de evolução social, para Esteva⁹ fez com que bilhões de pessoas passassem a ser consideradas subdesenvolvidas, deixando de ser o que eram, em toda a sua diversidade, para se transmutarem em um espelho invertido da realidade alheia: um espelho que os deprecia e os envia para o fim da fila, um espelho que define sua identidade, que é realmente a de uma maioria heterogênea e diversa, simplesmente nos termos de uma minoria homogênea e estreita.

⁷ ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23. Disponível em: http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n_a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018. p. 6.

⁸ BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94. Disponível em: http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n_a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf. Acesso em: 26 jun. 2018. p. 86-87.

⁹ ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23. Disponível em: http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n_a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018. p. 2.

Isto é, aos moldes do que o colonialismo civilizatório promoveu, o desenvolvimento é considerado como algo positivo e necessário, situação que justifica quaisquer regramentos impostos ao seu benefício. Desse modo, o fim do período colonial não gerou o direito de ser diferente, mas sim uma pretensa igualdade fundada na indiferença às diferenças que escalona os Estados, conforme o seu nível de desenvolvimento, gerando a dicotomia países “subdesenvolvidos” (sul global) / “desenvolvidos” (norte global). Ou seja, em síntese, o desenvolvimento é a continuação mascarada da política ocidental de dominação colonial, cujas raízes lhe confere até os dias de hoje uma ambivalência intrínseca.¹⁰

O estabelecimento do valor econômico como primordial promove a desvalorização de todas outras formas de existência social que não se encaixam ao pensamento capitalista. Realidade que, segundo Esteva¹¹, transforma as habilidades em faltas, os bens comuns em recursos, homens e mulheres em mão de obra, a tradição em um fardo, a sabedoria em ignorância e a autonomia em dependência. Mudança paradigmática, cuja satisfação requer a mediação do mercado.

Essa trágica sujeição dos Estados descolonizados à hegemonia econômica ocidental os divide entre o desejo de encontrar ou reafirmar a sua identidade e o desejo de modernização que continuará constante no mundo pós-colonial.¹² Uma retórica primeiramente salvacionista, civilizatória e, por fim, desenvolvimentista, os povos situados na periferia são privados de suas terras, têm suas visões de mundo e formas de organização socioeconômica reduzidas e as suas tradições consideradas como subalternas. Sob um manto emancipatório, povos e etnias são perifêrizados e destituídos dos valores que os tornam sujeitos e os dignificam.¹³

¹⁰ JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: puf, 2013. p.93.

¹¹ ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23. Disponível em: http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n_a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf. Acesso em: 26 dez. 2018. p.15.

¹² JOUANNET, Emmanuelle. **Le Droit International de la reconnaissance**. **Revue de droit international public**. Num. 4. Paris: Pedome, 2012. p. 771.

¹³ SOUZA PINTO, Júlio Roberto de.; MIGNOLO, Walter D. A modernidade é de fato universal? Reemergência, desocidentalização e opção decolonial. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, v. 15, n. 3, p. 381-402, 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/20580/13966> > Acesso em: 02 fev. 2019. p.387.

Com isso, os direitos das minorias e dos povos indígenas à preservação do seu patrimônio, suas artes tradicionais, suas florestas e terras ancestrais são ceifados em prol dos interesses dos agentes econômicos privados nacionais e transnacionais que poluem seus rios, desmatam e mineram as suas terras. Realidade exemplificada pelo caso Glamis Gold e Montana na Guatemala; Repsol na Bolívia e Peru; bem como a Texaco no Equador. Situação promovida pela globalização neoliberal que propulsiona a desregulamentação do investimento em detrimento manifesto dos direitos dos povos autóctones que se veem desprovidos da capacidade de legalmente impedir atividades que de um lado violam direitos humanos, mas do outro são permitidas pelo direito internacional dos investimentos.¹⁴

Esse panorama, para Jouannet¹⁵, é avalizado pelos principais atores globais, dentre eles o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), favorecendo a liberalização das trocas e investimentos privados estrangeiros nos países mais pobres. Visão fundada em um ideal desenvolvimentista de cunho meramente econômico que promove a poluição da biosfera, a supressão de técnicas tradicionais e a pilhagem dos recursos naturais. Acarretando, por conseguinte, efeitos nefastos ao desenvolvimento humano.

Ignora-se, assim, o fato de que, para a geração de riquezas contribuir ao bem-estar social, o desenvolvimento deve se fundar no manejo sustentável dos recursos naturais para benefício de toda coletividade e não propulsionar o seu esgotamento. Para tanto, as ações e pensamentos individuais não podem se sobrepor às necessidades humanas fundamentais¹⁶, e o desenvolvimento, pautado na sustentabilidade, necessita ser vislumbrado como composto por três dimensões: econômica, social e ambiental. A análise conjunta desses elementos almeja a aliança entre o desenvolvimento econômico e o respeito à natureza e a diversidade socio-cultural dos povos, visando, desse modo, compatibilizar os interesses monetários com a distribuição de renda e

outras necessidades sociais.¹⁷

Ao desviar-se dessa perspectiva multifacetária, cria-se um espaço global econômico que rompe as fronteiras sem considerar os interesses e necessidades daqueles por ele afetados e atribui aos países do terceiro mundo a responsabilidade pelo seu subdesenvolvimento, considerado fruto de sua inabilidade intrínseca em gerar seus conflitos internos. Desse modo, retoma-se, sob uma nova máscara, a divisão entre estados civilizados e não civilizados, eficientes e carecedores de algum tipo de intervenção.¹⁸

Nessa senda, o desenvolvimento passa a significar a integração nos mercados capitalistas nacionais e internacionais e essa integração, por sua vez, torna-se a condição mínima para que uma região ou país seja considerado “desenvolvido”. Seguindo essa lógica de mercado, as relações nos níveis privado e coletivo devem ser mutuamente úteis. Sob um ponto de vista moral, essa posição deveria ser considerada interesseira, até mesmo cínica; contudo, no espírito do utilitarismo contemporâneo, parece normal.¹⁹Essas características do contexto atual indubitavelmente levam à conclusão de que as nações mais pobres não estão competindo em pé de igualdade com as outras, pois, além de terem desconsideradas as suas peculiaridades, sofrem, diariamente, com as ações e escolhas realizada pelos atores que dominam a economia global, cujos efeitos deletérios afetam outras vidas à distância²⁰.

Para Pogge²¹, os estados ocidentais ricos não praticam mais a escravidão, o colonialismo ou o genocídio, ao menos aos moldes que vigoravam antes do movimento pós-colonial, mas eles continuam impondo seu domínio

¹⁴ JOUANNET, Emmanuelle. Le Droit International de la reconnaissance. *Revue de droit international public*. Num. 4. Paris: Pedome, 2012 p. 797

¹⁵ JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international*. Paris: puf, 2013. p.99.

¹⁶ GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 341-356. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 352.

¹⁷ GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 341-356. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 345.

¹⁸ GALINDO, G. R. B. *A volta do terceiro mundo ao direito internacional*. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, v. 119-24, p. 46-68, 2013. p. 10.

¹⁹ BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power* (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <<http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>> Acesso em: 26 jun. 2018. p. 75.

²⁰ NUSSBAUM, Martha *Crear Capacidades: propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p.141-142.

²¹ POGGE, Thomas. *World Poverty and Human Rights*. Cambridge: Polity, 2004. p. 6.

econômico, político e militar sobre o resto do mundo. Imposição que gera um cenário paradoxal em que uma grande proporção da humanidade ainda mal consegue obter o suficiente para sobreviver em benefício da manutenção do elevado consumo do norte global.

O mais absurdo é que essas condutas empreendidas pelos atores que dominam as redes globais de poder são avalizadas pela bandeira da guerra contra a pobreza e sob a bandeira da modernização, mas não promovem guerra contra pobreza, e sim contra os pobres. Assim, para se reconstruir o Sul se deve resistir a tais empreendimentos desenvolvimentistas²². Além disso, necessita-se transpor a ideia de desenvolvimento econômico, considerada por Furtado como o grande mito responsável por desviar a atenção da tarefa básica de identificar as necessidades fundamentais da coletividade e as possibilidades advindas dos avanços da ciência, para se concentrar em abstrações, como os investimentos, as exportações e o crescimento.²³

Mito que distancia o homem de seu caráter de sujeito histórico-cultural, ao desviá-lo de sua missão de questionar os modelos econômicos que não garantem a ele direitos fundamentais, como o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.²⁴ Falácia que, todavia, é perpetuada com base no pretenso caráter discursivo e político do Direito Internacional do Desenvolvimento que o apresenta como uma realidade objetiva, “natural”, necessária e inevitável.

Com isso, avaliza-se a conduta articulada pelos agentes e instituições globais que traduzem os seus próprios privilégios em promessas para o resto do mundo se fundando em discursos de civilidade, desenvolvimento e democracia que propulsionam um projeto de dominação epistêmica, econômica e política do mundo. Conclui-se, portanto, que, nesses moldes, o Direito Internacional do Desenvolvimento trata-se de instrumento de manu-

tenção e acirramento da desigualdade socioeconômica mundial firmado em premissas neoliberais que buscam a acumulação e não a distribuição de riquezas.

2.2 A soberania entre o panjuridismo e a globalização econômica

Agravando o panorama supraexposto, assiste-se, atualmente, a uma multiplicação das fontes, normas, operadores e utilizadores do direito internacional que apresenta como maior reflexo a relativização do papel do estado soberano. Com esse enfraquecimento das soberanias, as instituições internacionais, os indivíduos e os atores econômicos tornam-se ainda mais emancipados gerando a emergência de novos tipos jurídicos.²⁵

Desse modo, a concepção tradicional do mundo das relações internacionais como uma entidade habitada apenas por estados perde a sua adequação explicativa em um contexto dominado por atores não estatais, tais como corporações multinacionais, organizações internacionais, associações regionais e ONGs²⁶. Assim, na medida em que se intensifica a interdependência global, transcende-se aos mecanismos verticalizados de articulação internacional e são formados espaços horizontais de interação que passam a relativizar o papel do Estado-Nação como único interlocutor legítimo das relações internacionais para que, com isso, os atores emergentes na sociedade global possam, de forma mais direta e dinâmica, exercer seus interesses concretos.²⁷

Isto posto, torna-se incontestado que a generalidade e a pretensão de certeza do direito moderno, manifestada por meio de um governo por leis, passa a ser suplantada pela estrutura globalizada de uma governança por números que serve aos interesses particulares de grupos e conglomerados econômicos.²⁸ Nesse contexto, para

²² ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23. Disponível em: <<http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>> Acesso em: 26 dez. 2018. p.13.

²³ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p.89

²⁴ GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Bricos: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 341-356. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 352-353.

²⁵ JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: puf, 2013. p. 3.

²⁶ POGGE, Thomas. **¿Qué es la justicia global**. Tradução de Mária Teresa La Valle. Revista Latino Americana de Filosofia, Buenos Aires, v. XXXIII n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-73532007000200002> Acesso em: 10 dez. 2018. p.192.

²⁷ REI, Fernando, SETZER, Joana, CUNHA, Kamyla Borges. A Rio+20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 129-140. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1817>> Acesso em 26 mar. 2019. p. 134.

²⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por

Koskenniemi²⁹, cada vez mais, os estados estão ligados por uma crescente rede de regras e regimes formais e informais. Situação que torna o padrão de influência e tomada de decisão que governa o mundo cada vez mais ligado às redes de especialistas, executivos e gestores de fundos que determinam o futuro das populações.

Com isso, o papel do Estado de controlar os micro-poderes externos à política encontra-se abalado. Principalmente devido a ele estar arraigado aos limites estatais da Nação, do Estado e do território. Dogma questionável ante à redefinição dos limites territoriais do exercício do poder em um contexto simultaneamente local e global³⁰. Para se adequar a essa realidade, recorrem-se, cada vez mais, às noções de rede e de fluxo para designar um conjunto normativo de diversos graus de vinculação, elaborado, muitas vezes, de forma híbrida por sujeitos de direito internacional e atores privados que se organizam em redes para constituir um novo direito internacional que escapa dos moldes clássicos delimitado pelas artificiais fronteiras do estado.³¹

Como reflexo desse contexto de porosidade entre o internacional e o local, os estados arriscam a perder o poder ante ao domínio das grandes empresas multinacionais e às redes financeiras globais, cuja responsabilidade perante a população em geral é mínima (se não inexistente)³². As interações e relações entre os estados e esses novos atores são estruturadas por sistemas muito complexos de regras e práticas, aliados, muitas vezes, a mecanismos de adjudicação e aplicação que condicionam o acesso ao capital, às matérias-primas, oportunidades de exportação, bases tributáveis internas e alíquotas, preços, salários e os padrões trabalhistas³³.

Com isso, gera-se a crise da soberania e, por conseguinte, a do jurídico entendido como positivo, estatal, a qual não deve ser entendida como a derrocada ou decadência do Direito, mas a sua reconfiguração.³⁴ Transmutação que gestou, segundo Jouannet³⁵, uma situação perigosa e obscura que ela denomina de panjuridismo³⁶ a qual gera o temor da perda de representação dos cidadãos comuns nas decisões de cunho global, inclusive naquelas que lhes afetam direta ou indiretamente. Realidade oriunda do sentimento de impotência face a um pluralismo normativo considerado às vezes incompreensível ou opressivo. Imperialismo jurídico que invade os direitos internos e obstaculiza o compromisso dos estados de respeitar os direitos humanos protegidos pelo mesmo direito internacional que os coage econômica ou politicamente a violá-los.

Enquanto o universalismo dos direitos humanos respeita as diferenças culturais, a globalização econômica destrói tudo em seu caminho. Ela cria espaços normativos desvinculados das normas restritas à soberania estatal os quais reconhecem somente o valor da norma do capital, fato que justifica o sucesso do direito internacional econômico em regular as trocas internacionais.³⁷ Com isso, forma-se o que Tomazette denomina de economia-mundo, a qual pressiona o Estado — cujos sistemas jurídicos tradicionais mostram-se insuficientes para atender às exigências do mercado — a melhorar as condições de atuação dos agentes econômicos,³⁸ por meio da eliminação de entraves que bloqueiam a abertura comercial; melhora nas condições de competitividade; privatizações; desregulamentação de mercados; flexibilização da legislação trabalhista e implementação

números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 339.

²⁹ KOSKENNIEMI, Martti. **What use for sovereignty today?** Asian Journal Of International Law, Cingapura, n. 1, p.61-70, 1 jan. 2010. p. 2.

³⁰ CASTELLS, Manuel. **O Poder da Comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

³¹ JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: puf, 2013. p. 35.

³² NUSSBAUM, Martha **Crear Capacidades**: propuestas para el desarrollo humano. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p.139-140.

³³ POGGE, Thomas. **¿Qué es la justicia global**. Tradução de María Teresa La Valle. Revista Latino Americana de Filosofia, Buenos Aires, v. XXXIII n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-73532007000200002> Acesso em: 10 dez. 2018. p. 188.

³⁴ 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, 2015 p. 395-414 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>> Acesso em: 26 mar. 2019. p.397.

³⁵ JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: puf, 2013. p.56

³⁶ Para a autora o panjuridismo, é o crescente fenômeno de submissão dos mais diversos domínios às práticas e discursos do direito internacional. Mais informações em: JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: puf, 2013. p. 56.

³⁷ JOUANNET, Emmanuelle. **Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?** The European Journal of International Law Vol.18 no. 3, 2007. p. 395.

³⁸ 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 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 109.

de projeto de deslegalização e desconstitucionalização.³⁹

Nesse contexto, o mercado passa a ser considerado, cada vez mais, o único meio de promover o desenvolvimento. Dentro dessa estrutura neoliberal, o crescimento econômico por si só — sem qualquer redistribuição — bastaria para resolver o dramático problema da pobreza em todo o mundo, sem a menor contribuição imposta aos ricos. A eficiência é preferida à justiça social como um meio para um fim, mas também, às vezes, como um fim em si, cujo objetivo explícito é inculcar apenas motivações econômicas nos ricos e nos pobres⁴⁰. Concepção cega ao fato de que o crescimento é meramente uma medida para a acumulação de capitais e bens na mão de alguns poucos e que o desenvolvimento deve levar em conta outros aspectos, dentre os quais a distribuição de renda, a melhora nos indicadores sociais e a inclusão de grupos historicamente marginalizados.⁴¹

Essa lógica mercantil — fundada inteiramente nas leis do mercado — leva vantagem sobre todo interesse geral e humano e libera os indivíduos de um sentimento profundo de pertencer a uma comunidade. Sob tal ideologia, eles passam de seres sociais com direitos e deveres para indivíduos sem qualquer responsabilidade perante os outros, os quais devem aprender a se tornar autossuficientes por meio de um trabalho incessante⁴². Como mercadorias, as pessoas são privadas de qualquer valor simbólico ou espiritual, razão pela qual os pobres, mais particularmente os mendigos, não são realmente humanos e, como tais, são desprezados, enquanto os ricos

são admirados⁴³. A ideia comum de que alguns cidadãos “pagam a sua parte” e outros não, e por isso são parasitas, é fruto dessa sociedade onde a cooperação somente ocorre se promover a vantagem mútua⁴⁴.

Nesse contexto, em que a ideologia imperante é a utilitarista, os atores de maior influência no contexto global são, sem dúvida, aqueles que têm o que oferecer sob um viés econômico. Ou seja, as nações mais ricas e as grandes empresas que passam a tomar decisões de abrangência global e a definir, inclusive, as prioridades nacionais de cada país de acordo com seus próprios interesses⁴⁵. Essa ordem global contribui para um padrão estável de fome e desnutrição generalizada com cerca de 18 milhões de vítimas morrendo a cada ano por causas relacionadas à pobreza. Trata-se de vítimas da injustiça de regramentos impostos coercitivamente a elas⁴⁶.

3 O Direito Internacional do Desenvolvimento (para além do econômico)

Quanto à vida consagrada ao ganho, é uma vida forçada, e a riqueza não é evidentemente o bem que procuramos: é algo de útil, nada mais, e ambicionado no interesse de outra coisa.⁴⁷

A ideia cristalizada no preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho⁴⁸ de que a paz

³⁹ 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 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 110.

⁴⁰ BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <<http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>> Acesso em: 26 jun. 2018. p. 398.

⁴¹ GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 341-356. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 344

⁴² BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <<http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>> Acesso em: 26 jun. 2018. p.80.

⁴³ BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <<http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>> Acesso em: 26 jun. 2018. p. 88.

⁴⁴ NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**: Deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2013. Tradução de: Susana de Castro. p. 18.

⁴⁵ NUSSBAUM, Martha **Crear Capacidades**: propuestas para el desarrollo humano. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p. 14.

⁴⁶ POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Cambridge: Polity, 2004. p.176.

⁴⁷ ARISTOLES (Comp.). **Ética a Nicômaco ; Poética**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. 2 v. (Os Pensadores). : tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross ; Poética : tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza.. Disponível em: <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018. p. 10.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e

será universal e duradoura assentada na justiça social reflete o pensamento de Aristóteles em “Ética a Nicômaco” de que a acumulação da riqueza não deve ser um objetivo por si só, posto que ela somente reverte em frutos quando em benefício de alguém. Essa foi a tese defendida ao fim das grandes guerras e das atrocidades por elas promovidas.

Contudo, ela não ficou ileso à crítica dos defensores de uma ordem espontânea do mercado, os quais afirmavam que as redes de dinheiro eram as soldas da sociedade, devido ao mercado ser a única instituição que exclui qualquer discriminação, fora a da moeda. Perfurando essa ideologia, influentes economistas, dentre eles Friedrich Hayek, atribuíram ao pensamento totalitário a consagração dos direitos econômicos e sociais na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Além disso, alegaram que esses direitos não poderiam ser traduzidos em leis coercitivas sem, ao mesmo tempo, destruírem a ordem de liberdade as quais tendem os direitos civis tradicionais⁴⁹.

Essa visão espelha a grande influência das raízes imperialistas do Direito Internacional, expostas na primeira parte desse trabalho, cujo principal efeito deletério é a redução da diversidade infinita das sociedades à sua característica mais simples que é o seu cardinal. Abstração matemática que propulsionou o regime de concorrência interestatal gerando um mercado global de direitos nacionais com o auxílio dos indicadores de gestão sadia, dentre eles os rankings, as classificações tais como o relatório *Doing Business*.

A transposição da visão desenvolvimentista, baseada não somente na acumulação do capital, para uma ideia de desenvolvimento como liberdade é etapa primordial na mudança desse paradigma, sobretudo em um cenário de interdependência e compartilhamento de riscos globais no qual a organização da solidariedade adquire uma importância vital em escala planetária, mas que é ignorada pelos grandes atores globais os quais insistem em fechar os olhos para essa realidade.

seu anexo (Declaração de Filadélfia). Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constitucao_oit_538.pdf> Acesso em: 15 dez. 2018. p. 2.

⁴⁹ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007. p. 248.

3.1 O imperialismo mercadológico dos indicadores econômicos a partir da análise do *doing business*

Com o advento da globalização, promoveu-se a proliferação de normas produzidas por atores privados, chamadas por Frydman⁵⁰ de objetos normativos não identificados (ONNI), as quais incluem as normas de gestão, dentre elas o *benchmarking* (usado como nível de referência em relação à concorrência), os rankings, as classificações e as notações. Figuras sobre as quais a hermenêutica jurídica tem pouco a dizer, mas que transcendem o papel de meros indicadores financeiros, pois atuam promovendo a concorrência entre os Estados e seus direitos ao disseminar um modelo normativo único voltado ao mercado.

Logo, segundo Frydman⁵¹, apesar de o indicador não ser um poder clássico, no sentido moderno da palavra, ele se torna um efetivo dispositivo de “pilotagem à distância”, exercido por meio das fronteiras em nome dos detentores do capital, sem oferecer, entretanto, um processo de negociação democrática. Como consequência dele, os países são levados, conforme destaca Delmas-Marty e Supiot⁵², a uma busca incessante para adquirir ou manter a sua “vantagem comparativa” por meio de uma regulamentação mais branda e, portanto, mais atraente para os investidores. Sistema que prejudica as bases financeiras do estado social e inviabiliza a sua construção nos países emergentes, que se veem ameaçados de perder a sua vantagem no “mercado das leis”.

Esse acirramento da concorrência, fundado no receio da emigração de capitais conduz, no mundo globalizado, a um Estado enxuto, cujo dever social não poderá mais ser cumprido por ele, no mesmo nível em que foi outrora, haja vista que a intervenção estatal em uma economia globalizada é cada vez menor, na medida em que o próprio poder de coação dos Estados é cada

⁵⁰ FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito**: governar por standards e indicadores. Tradução de Maria Beatriz Krug e Jânia Maria Lopes Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.20

⁵¹ **Le pouvoir normatif des agences de notation**. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/le_pouvoir_normatif_des_agences_de_notation.pdf> Acesso em 19 dez. 2018. p. 17.

⁵² DELMAS-MARTY, Mireille; SUPIOT, Alain. **Prendre la responsabilité au sérieux**. Paris: PUF, 2015. Disponível em: https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL2146558426196908996_PrendreLaResponsabiliteAuSerieux_Introduction.pdf> Acesso em 13 dez. 2018 p. 15.

vez mais reduzido.⁵³ Assim, a sociedade assistencial é desagregada juntamente à noção de justiça social e sociedade voluntarista. Nesse contexto, o mercado e a privatização triunfam e o governo por leis é abalado pelo crescente governo por números.⁵⁴

Com isso, promove-se o crescimento exponencial do poder das empresas transnacionais e conglomerados econômicos, e, por conseguinte, tornam-se os detentores do capital os principais operadores no comércio mundial, a ponto de suplantarem em alguns pontos o poder dos Estados. Realidade atestada pelo fenômeno de concorrência normativa que cria novas figuras jurídicas, como o *Law Shopping* e o *Fórum Shopping*. Isto é, a avaliação pelas empresas de quais sistemas jurídicos estatais são mais favoráveis ao seu estabelecimento.⁵⁵

Esse movimento impulsiona uma concorrência normativa, em prol da instalação de empresas transnacionais e reduz o direito ao estado de uma técnica vazia de sentido, que nada teria a dizer sobre os valores e deve ser julgado, como a norma técnica, pela extensão de sua eficácia, colocando a normatização técnico-científica do “recurso humano” no âmago de seu sistema de valores⁵⁶. Como consequência, o homens são concebidos, na pior das hipóteses, como um custo que se deve reduzir e, na melhor, um “capital humano” que é preciso gerenciar. Isto é, um recurso, cuja exploração obedece às leis universais do mercado que a todos se impõe. Desse modo, a atuação dos administradores, sejam públicos ou privados, passa a ser “aos moldes do que já se observava entre os primeiros gerenciadores de recursos humanos numa economia globalizada, os oficiais dos

navios negreiros, que eram capazes de olhar sua carga de seres humanos com os mesmos olhos que para uma carga de ébano.”⁵⁷

Delmas-Marty⁵⁸ elucida que essa privatização da norma promove a ideia de que um sistema jurídico seja exportado tanto quanto ele esteja em conformidade com os interesses dos utilizadores mais poderosos. Assim, a nação é substituída pelo mercado que passa a impor-se ao Estado, tornando-se direito, fato que, além de possibilitar a substituição do interesse geral pelos interesses privados, promove a decomposição do sistema jurídico e a aparição de zonas de não direito submetidas somente ao capital internacional.

Essa transformação da soberania estatal instaura um processo global de “deslegalização” e “desjuridificação” destinado a enfraquecer o controle da lei e dos Estados pela força do mercado⁵⁹ que promove o sonho da harmonia pela estatística com a proliferação de normas oriundas de entes privados, cuja elaboração não é fruto de procedimento parlamentar ou de instituições públicas representativas, mas dos conhecimentos de especialistas e técnicos.⁶⁰

Assim, o tradicional, ocidental e moderno governo por leis passa a ser suplantado pela ideia da governança por números e por modelos empresariais de gestão da esfera pública, que passam a balizar os sistemas jurídicos nacionais com o intuito de provocar processos de privatização e desregulamentação de suas atividades.⁶¹ Essa transferência do controle estatal ao mercado pode levar ao entendimento falacioso de que o declínio da soberania dos Estados conduzirá a um crescimento me-

⁵³ 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 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 100.

⁵⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 342.

⁵⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 345.

⁵⁶ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007. p. 185.

⁵⁷ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007. p. 93.

⁵⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Tradução de Fauzi Hassam Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 17.

⁵⁹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo Jurídico**: Teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 65.

⁶⁰ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 347.

⁶¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 345.

cânico das liberdades dos indivíduos. Mas isso seria esquecer que a liberdade somente poderá se desenvolver plenamente caso a lei se encarregue de tudo o que não é redutível a uma troca de bens e serviços, ou seja, de tudo o que é externo ao mercado⁶².

Conforme Supiot, para que se promova a liberdade, o princípio de Pitágoras “homem como medida de todas as coisas” é o único que pode ter sentido. Ou seja, faz-se necessário reatar com o objetivo de justiça social o que ocorrerá somente ao se recolocar o homem no centro do sistema de avaliação dos desempenhos econômicos. Concepção teleológica da normatividade que, no âmbito econômico e monetário, realmente triunfou, não por medir a realização dos objetivos de justiça social, mas, em sentido contrário, para promover o Mercado Total.⁶³ Escolha que afronta, diretamente, a democracia, ao reduzir o interesse geral das sociedades à soma de alguns interesses particulares que restringem a implementação de políticas públicas.⁶⁴

Assim, a atual omissão na análise desses indicadores promove uma mudança paradigmática na qual o império da lei é substituído pelo do número, levando Estados a decisões suscetíveis de destruir com apenas uma penada as condições materiais de sociedades inteiras, sobretudo as mais pobres, em especial no atual contexto de interdependência oriundo da globalização. Realidade ilustrada pela crise global de 2008⁶⁵, quando foi comprovado que a regulação autônoma do mercado não responde a muitos dos interesses presentes na sociedade, justamente porque a eficiência não se pode medir apenas pela satisfação individual dos agentes do mercado.

Essa ordem jurídica internacional esquizofrênica, cujo hemisfério comercial incita a não ratificar ou apli-

car normas que seu hemisfério social proclama como necessárias e universais é verificada facilmente na atuação do Banco Mundial que mantém de um lado planos “de combate à pobreza”, destinados a garantir uma renda de mais de US \$ 1 por dia e, do outro, encoraja os Estados a abolir as regras que estabelecem por mais de 20 dólares mensais o valor mínimo do salário. Essa é uma das recomendações do seu relatório anual, publicado no ano de 2005, no âmbito do programa *Doing Business* que visa ajudar os “consumidores de direito” a fazer a sua escolha no “mercado de normas”, fornecendo um ranking absoluto da qualidade dos sistemas nacionais quanto à sua eficácia econômica⁶⁶.

Esse famoso indicador, fornece, inclusive, uma ferramenta chamada “*reform simulator*”, que permite antecipar os ganhos ou perdas que determinada reforma poderia provocar, em relação a nota de um Estado e, consequentemente, de posição na classificação. Sua efetividade é incontestável, fato comprovado pelo relatório *Doing Business* de 2015 ao destacar que, desde 2004, mais de 2.400 reformas foram realizadas. Em apenas um ano, de junho de 2013 a junho de 2014, houve 230 reformas legislativas ou regulatórias em 123 jurisdições⁶⁷.

É evidente a pressão que o relatório promove sobre os países para que eles foquem suas políticas domésticas conforme as suas recomendações. Insta destacar, no entanto, que ele contabiliza qualquer contribuição social obrigatória como negativa e deixa clara a mensagem que a legislação laboral deve ser flexibilizada ou eliminada. Desse modo, são recompensados os países que mais violam direitos sociais e colocados nos últimos lugares do ranking os que apresentam sólidos instrumentos de proteção.

Isso ocorre, pois o mercado, ainda que dependente do direito para funcionar, demanda um novo direito a seu serviço e não das pessoas. Para tanto, ele seleciona, por meio de seus agentes, as normas que lhe sejam mais favoráveis, em uma espécie de Darwinismo jurídico,⁶⁸

⁶² SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007. p. 208.

⁶³ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014. p. 99.

⁶⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 350-351

⁶⁵ A crise financeira internacional ocorrida entre 2007 e 2008 foi precipitada pela falência do tradicional banco de investimento estadunidense *Lehman Brothers*. Em efeito dominó, outras grandes instituições financeiras quebraram gerando a nível global recessão e desemprego.

⁶⁶ SUPIOT, Alain. **La pobreza bajo el prisma del derecho**. Madrid, Revista Universitas de Filosofía, Derecho y Política, n° 20, jul. 2014a. Disponível em: <<http://universitas.idhbc.es/n20/20-4.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2018. p. 84.

⁶⁷ BANCO MUNDIAL. **Doing Business Report 2015**: Going Beyond Efficiency. 2014. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2015>> Acesso em: 8 dez. 2018. p. 6.

⁶⁸ 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 Disponível

cujos critérios de análise são a eficiência, uniformidade, certeza, redução de custos e barreiras a realização de negócios. Em suma, busca-se um direito que permita a celebração de negócios de forma ágil, segura e confiável, ainda que contrário aos interesses locais⁶⁹

Preocupada com as reformas sociais e trabalhistas que o relatório *Doing Business* está promovendo sob esse ideário, a Confederação Internacional de Sindicatos (ITUC) desenvolveu um contraindicador o “*Global Rights Index*”⁷⁰, que destaca os piores países em termos de condição e direitos dos trabalhadores. No mesmo sentido, Berg e Cazes⁷¹, pesquisadores da Organização Internacional do Trabalho (OIT), publicaram um artigo que criticou, duramente, o relatório *Doing Business* por desencorajar os países a obedecer as convenções e obrigações a que eles se submeteram, sobressaltando que a notas dos países eram piores se suas legislações laborais estavam de acordo com as convenções da OIT que abordam o termino do trabalho, salários mínimos e o descanso anual, ainda que tais direitos sejam protegidos por diversos tratados ratificados e adotados por muitos deles.

Outro fato alarmante é a superioridade da *Common Law* sobre a *Civil Law* defendida pelo relatório, que considera a primeira mais adaptável às necessidades de mudança social e seus juízes mais independentes, por ser ancorada em casos práticos e não em textos legislativos. Essa afirmação, além de não representar o tradicional estudo do direito comparado, ignora toda a historicidade do sistema jurídico romano-germânico ao generalizar as diferentes culturas jurídicas que a ele integram.

Esse pobre entendimento que o *Doing Business* mostrou sobre a *Civil Law* teve como resposta a criação da

*Fondation pour le droit continental*⁷² e do programa *Attractivité économique du droit* vinculado ao *Groupement d'intérêt public* (GIP)⁷³, ambos destinados a promover estudos acerca da atratividade do Direito Continental. Além disso, foi veementemente criticado em relatório elaborado por membros da *Association Henri Capitant Des Amis De La Culture Juridique Française*⁷⁴ que destacou o viés humanista da *Civil Law*, em especial do direito francês, o qual, segundo eles, visa incentivar o comércio, desenvolver o investimento e facilitar a criação de empresas, mas não cultiva a eficiência econômica por si só, a qualquer preço e em curto prazo, pois busca proteger os indivíduos e fundar as bases de um modelo de sociedade sustentável.

Tal como exposto pelos juristas francófonos, a livre circulação das mercadorias e capitais não é um objetivo em si, pois ela somente terá valor se melhorar a vida do ser humano. Para tanto, é imprescindível o papel do Direito em “alargar ou restringir o jogo da livre troca, conforme ele sirva para fertilizar o trabalho dos homens e arrancá-los da miséria ou, ao contrário, para privar os homens de seus trabalhos e mergulhá-los nela.”⁷⁵

Controle que não se verifica hoje, posto que, conforme destaca Pogge⁷⁶, apesar de viver-se em um contexto de prosperidade global sem precedentes, que é frouxamente suficiente para erradicar toda a pobreza que ameaça a vida, os relatórios indicam que 2.735 milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza de US \$ 2 por dia, estabelecida pelo Banco Mundial, e 18 milhões de mortes anuais, cerca de um terço de todas as mortes humanas são causadas por causas relacionadas à pobreza, ainda que uma transferência na distribuição de renda global de apenas 0,7 por cento da renda global seja capaz de erradicar completamente a pobreza severa que afeta as vidas de mais de 40% da humanidade.

em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 109.

⁶⁹ 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 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 110.

⁷⁰ CONFEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE SINDICATOS. *Global rights index 2018*. 2018. Disponível em: <<https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc-global-rights-index-2018-en-final-2.pdf>> Acesso em: 02 fev. 2019

⁷¹ BERG, Janine; CAZES, Sandrine. *The Doing Business indicators: measurement issues and political implications*. Organização Internacional do Trabalho: 2007. Disponível em: <http://www.wilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113905.pdf> Acesso em 13 dez. 2018. p. 17

⁷² Mais informações em: <fondation-droitcontinental.org/fr>

⁷³ Mais informações em: <<http://www.gip-recherche-justice.fr/aed>>

⁷⁴ HENRI CAPITANT. *Les droits de tradition civiliste en question*: à propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale. 2006. Disponível em: <http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/rapports_doing_business/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf> Acesso em: 15 dez. 2018. p. 127.

⁷⁵ SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadelfia*: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014. p. 99.

⁷⁶ POGGE, Thomas. *¿Qué es la justicia global*. Tradução de Mária Teresa La Valle. Revista Latino Americana de Filosofia, Buenos Aires, v. XXXIII n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-73532007000200002> Acesso em: 10 dez. 2018. p.185-186.

Abismo social que é alargado com o emprego dos indicadores de gestão sadia nos “planos de ajustes estruturais” impostos pelas instituições econômicas e financeiras internacionais aos países endividados e dependentes do capital estrangeiro. Realidade que, segundo relatório elaborado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas⁷⁷, propulsiona medidas de austeridade que violam obrigações internacionais de direitos humanos dos Estados; contribuem para o aumento da desigualdade, da precariedade e da informalidade do emprego; aumentam a discriminação no mercado de trabalho contra mulheres, pessoas pertencentes a grupos sociais marginalizados, jovens e idosos; ceifam benefícios sociais e impulsionam o declínio no respeito aos direitos trabalhistas coletivos, incluindo o direito de se formar e se juntar a sindicatos.

Ilustrando essa realidade, o relatório destaca o caso da Tunísia, em que as políticas promovidas pelas instituições financeiras internacionais favoreceram a desregulamentação do mercado de trabalho e o congelamento dos salários dos funcionários públicos e o do Marrocos, que, no contexto de um pedido de assistência financeira, recebeu do Fundo Monetário Internacional (FMI) a recomendação de desregulamentar contratos de duração determinada e reduzir a proteção social prevista pela legislação do país para que o empréstimo fosse aprovado.

Todo esse panorama é agravado pela liberalização do comércio que permite a entrada de bens estrangeiros, juntamente à redução de subsídios, e prejudica a competitividade das indústrias locais e dos agricultores. Essa desterritorialização promove, nas palavras de Delmas-Marty e Supiot⁷⁸, a liquidação pura e simples do trabalho, da moeda, e da terra, que se tornam objetos especulativos em mercados amplamente emancipados da tutela dos estados. E, por conseguinte, nutre um processo inverso de reterritorialização, cujas inquietantes manifestações são: reafirmações identitárias, culto de origens, xenofobia e edificação de muros em todas as

escalas do território. Ocasiona-se, portanto, um processo de tensão ao invés de se promover a busca do necessário equilíbrio entre a exploração e a preservação da diversidade dos meios de manutenção da vida humana.

Abertas ao mercado, essas fronteiras permanecem fechadas aos homens que procuram fugir para os países do norte desenvolvido, que evitam discurrir sobre as razões dessa fuga, porque isso os obrigaria a enfrentar os efeitos devastadores do regime das trocas que eles impõem ao mundo⁷⁹. Regime que, segundo Benhabib⁸⁰, desestabiliza as economias frágeis, ao quebrar os laços entre o vasto exército dos pobres e oprimidos e suas elites locais, as quais passam a estabelecer uma rede de contatos com as suas contrapartes globais, e deixam as massas à mercê de *maquilladoras*, paramilitares traficantes e gangues criminosas, tornando a soberania popular, na melhor das hipóteses, um estado de guerrilha.

Essa relação de exclusão promove o sentido patológico que a mobilidade humana internacional adquiriu hoje e possibilita, conforme denunciado pela Organização Internacional de Migração⁸¹, a formação de novos “mercados de escravos” nas rotas de migração do norte da África com destino à Líbia, devido a sua proximidade com a Itália, entrada de mais de 80% dos que ingressam no território europeu. Vulnerabilidade que não se limita ao trajeto, pois, conforme o índice anual de escravidão global publicado pela empresa britânica Verisk Maplecroft⁸², o risco de trabalho escravo na agricultura, construção e outros setores cresceu em 20 dos 28 estados membros da União Europeia no ano de 2017.

No contexto americano, o presidente estadunidense, Donald Trump, ameaçou declarar emergência nacional para a construção de muro na fronteira com o México,

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights**. 2017. Disponível em: <<http://www.undocs.org/A/69/273>> Acesso em: 20 dez. 2018. p.11-12.

⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille; SUPIOT, Alain. **L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition**. Paris, Revue Esprit, nov. 2011. p. 47.

⁷⁹ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2007. p.268

⁸⁰ BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. **Civitas**, Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p.20-46, 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/11146/7630>>. Acesso em: 2 fev. 2019. p. 35.

⁸¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO. IOM Learns of ‘Slave Market’ Conditions Endangering Migrants in North Africa. 2017. Disponível em: <<https://www.iom.int/news/iom-learns-slave-market-conditions-endangering-migrants-north-africa>> Acesso em: 18 dez. 2018.

⁸² VERISK MAPLECROFT. The risk of modern slavery is rising in the European Union. Disponível em: <<https://maplecroft.com/portfolio/new-analysis/2017/08/11/risk-modern-slavery-rising-european-union/>> Acesso em: 19 dez. 2018.

visando contornar a rejeição democrata no Congresso Nacional ao seu pedido de 5,7 bilhões de dólares (cerca de 21 bilhões de reais) para levantá-lo.⁸³ Para tanto, o atual governo se valeu, inclusive, de alguns dos poucos direitos assegurados aos imigrantes como instrumento de barganha para angariar apoio em prol da construção do muro. O republicano ofertou adiar por três anos a deportação dos beneficiários do programa DACA (Ação Diferida para os Chegados na Infância). Assim como ofereceu uma medida similar para os afetados pelo cancelamento do TPS (Status de Proteção Temporária), amparo que protege mais de 400.000 imigrantes contra a deportação.⁸⁴

Fatos como esse trazem a lume que, a despeito do contexto de interdependência advindo da globalização, no qual a organização da solidariedade adquiriu vital importância em escala planetária, os países desenvolvidos, abertos ao mercado, insistem em se fechar às pessoas, violando a sua dignidade. Atitude que, além de desumana, é cega quanto aos seus efeitos os quais, indubitavelmente, ultrapassarão as fronteiras artificiais dos estados, mas ilustra com clareza o ideário imperante no hodierno mercado global, considerado por Saldanha como o *locus* plenipotenciário do neoliberalismo. Contexto em que é delineada uma espécie de “egoísmo gregário” incompatível com o necessário florescimento do espírito de solidariedade.⁸⁵

Consoante Supiot⁸⁶, a palavra “pobre” em diversas línguas africanas, não significa o que o Banco Mundial entende por isso, uma remuneração inferior a dois dólares por dia, mas, sim, “aquele que tem pouca gente”, que não pode contar com a solidariedade de outrem. Desse ponto de vista, indubitavelmente, as sociedades ricas são lotadas de pobres, de uma pobreza que ninguém sonha em mensurar.

⁸³ GUIMÓN, Pablo. **Trump viaja à fronteira com o México e reitera sua ameaça de declarar emergência nacional.** El país, Washington, 11 jan. 2019. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/10/internacional/1547117251_192269.html > Acesso em: 02 fev. 2019

⁸⁴ MONGE, Yolanda. **Trump usa ‘dreamers’ como moeda de troca para o muro.** El país, Washington 19 jan. 2019 Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/19/actualidad/1547931571_104983.html > Acesso em: 02 fev. 2019

⁸⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo Jurídico: Teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 72.

⁸⁶ SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total.** Tradução de Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014. p. 148.

3.2 Por um Direito Internacional do Desenvolvimento libertário

A visão unidimensional do desenvolvimento como conceito estritamente econômico é a principal razão para se viver em uma era dominada pelo desejo de lucro ainda que ele não reverta em benefícios sociais. Motivo pela qual, desde 1980, a economia global cresceu 380%, mas o número de pessoas vivendo na pobreza com menos de US \$ 5 por dia aumentou em mais de 1,1 bilhão, o que equivale a 17 vezes a população da Grã-Bretanha⁸⁷.

Esses dados esclarecem o fato de que são as pessoas que deveriam efetivamente importar. Não basta viver em um contexto de riqueza econômica, se são negadas liberdades elementares a um grande número de pessoas, tais como de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se e morar de modo apropriado, ter acesso a água tratada e saneamento básico. Realidade fruto, muitas vezes, da carência de serviços públicos e de assistência social⁸⁸.

Os benefícios econômicos constituem, apenas, meios instrumentais para vidas humanas que são seus fins. Logo, o verdadeiro propósito do desenvolvimento global deve ser o desenvolvimento humano; quaisquer outras abordagens e medidas não refletem com precisão as prioridades humanas em toda a sua riqueza ou variedade de nuances⁸⁹. É falaciosa, portanto, a ideia de que o desenvolvimento deve se desvincular de quaisquer indagações morais, sociais ou coletivas, devido ao mercado ser não uma instituição que deveria ser regulada por forças externas a ele, mas o Princípio Norteador da Ação Individual e Coletiva da sociedade como um todo. Essa análise reduz quaisquer resultados negativos dele oriundos ao preço a se pagar por aqueles que desejam percorrer o longo caminho do desenvolvimento⁹⁰.

⁸⁷ HICKEL, Jason. **“Forget ‘developing’ poor countries, it’s time to ‘de develop’ rich countries”.** The Guardian, 25/09/2005. Disponível em: < <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/sep/23/developing-poor-countries-de-develop-rich> > Acesso em: 26 dez. 2018

⁸⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 17.

⁸⁹ NUSSBAUM, Martha **Crear Capacidades: propuestas para el desarrollo humano.** Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p. 213.

⁹⁰ BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <

Para contrapor teses como essa, alguns economistas destacam a necessidade de se ver o desenvolvimento como algo além do econômico. Dentre eles Amartya Sen, que, para expor esse fato, se vale do exemplo do humilde estado de Kerala, localizado da Índia, cujas políticas sociais levaram a avanços excepcionais em saúde, educação e expectativa de vida. Para Sen⁹¹, o desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam, porquanto a liberdade é central para o processo de desenvolvimento por duas razões. A primeira é a sua razão avaliatória, pois a avaliação do progresso tem de ser feita tendo por base se houve ou não o aumento das liberdades das pessoas. A segunda é a razão da eficácia, haja vista que o real desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas.

Indubitavelmente, é difícil presumir que qualquer processo de desenvolvimento substancial possa prescindir das forças do mercado, “mas isso não exclui o papel do custeio social, da regulamentação pública ou da boa condução dos negócios do Estado quando eles podem enriquecer — ao invés de empobrecer — a vida humana.”⁹² Somente assim, as oportunidades sociais adequadas serão promovidas e possibilitarão aos indivíduos a capacidade de efetivamente moldar seu próprio destino e deixar de serem vistos como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento.⁹³

A chave para que isso ocorra está na consolidação não apenas de um modelo de governança global fundado na liberalização do comércio e no aumento de acesso a mercados, mas também de práticas de boa governança econômica global.⁹⁴ Para a efetiva melhora no bem-estar de todos, o sistema de comércio pró-desenvolvimento deveria, por exemplo, fundamentar-se na redução, por parte dos países ricos, de suas tarifas e subsídios para os

países menos desenvolvidos.⁹⁵

Logo, necessita-se transcender, nas palavras de Sen⁹⁶, a visão do desenvolvimento como um processo “feroz”, com muito sangue, suor e lágrimas, em que o desenvolvimento humano é considerado um luxo que apenas os mais ricos podem gozar. Essa perspectiva estreita e violadora de direitos apresenta forte matiz utilitarista e desvia a atenção da importância da escolha democrática e da liberdade pessoal. Além disso, ela limita as escolhas das pessoas mais desfavorecidas que, segundo Nussbaum⁹⁷, passam a adaptar suas preferências àquilo que a sociedade lhes diz ser uma conquista adequada para elas. A estudiosa afirma que essas “preferências adaptativas” são reflexos das condições injustas de vida que passam a validar esse *status quo*.

Uma análise fundada no custo-benefício não consegue visualizar como essa escolha (ou, melhor dizendo, ausência dela) é trágica por ser a violação de um direito que gera, além de um custo social muito alto, uma injustiça que nenhuma pessoa deveria suportar. O principal não são os frutos do desenvolvimento, mas como eles são aproveitados por aqueles que contribuíram para que eles fossem colhidos. Cada pessoa é um fim em si mesma, devem-se promover capacidades para todos os povos, sem valer-se de alguém como meio para as capacidades, entendida como liberdade, de outros, ainda que visando ao benefício do todo⁹⁸.

Para tanto, deve-se compatibilizar os mecanismos do mercado com uma ampla gama de valores que se situam além dos limites do mercado puro⁹⁹. Caso contrário, as empresas continuarão, tal como esclarece Furtado¹⁰⁰, a pagar na periferia salários correspondentes ao “preço de

magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf> Acesso em: 26 jun. 2018. p.74-75.

⁹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 23.

⁹² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 22.

⁹³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 26.

⁹⁴ DIABERT, Leticia de Souza; PEREZ, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 217-238. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3115>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 231

⁹⁵ CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia. Direito humano à alimentação, (in) segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 20-34 Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4359>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 26.

⁹⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 54.

⁹⁷ NUSSBAUM, Martha **Crear Capacidades**: propuestas para el desarrollo humano. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p. 74.

⁹⁸ NUSSBAUM, Martha **Crear Capacidades**: propuestas para el desarrollo humano. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p.54 e 56.

⁹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 340.

¹⁰⁰ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 78.

oferta” da força de trabalho, prática que contribui para aumentar o fosso que os separa do centro do sistema.

O papel do crescimento econômico é o de expandir as oportunidades de se viver uma vida mais livre e digna, pois os seres humanos não são meros meios de produção, mas, sim, os fins do desenvolvimento. Destarte, os desenvolvimentos sociais devem ser considerados como o ponto nevrálgico do desenvolvimento, haja vista que eles, além de propiciarem o aumento da produtividade, do crescimento econômico ou das rendas individuais, possibilitam a fruição de uma vida mais longa, livre e proveitosa¹⁰¹.

Assim, a liberdade não pode ser traduzida em uma visão do desenvolvimento geradora de alguma fórmula simples fundada na acumulação do capital. “O princípio organizador que monta todas as peças em um todo integrado é a abrangente preocupação com o processo do aumento das liberdades individuais e o comprometimento social de ajudar para que isso se concretize.”¹⁰² Renda e riqueza não são medidas que correspondem ao fim do processo de desenvolvimento, posto que não refletem, fielmente, o padrão de vida das pessoas.

O desenvolvimento apregoado por Sen¹⁰³ tem seu foco na vida das pessoas e pode ser interpretado como o “desenvolvimento como expansão de capacidades” que dizem respeito às possibilidades efetivas que os indivíduos possuem para realizar seus desejos. Tal concepção contrapõe-se à cegueira da tradição iluminista, fundada na ideia de liberdade negativa, quanto a necessidade de se estabelecer limites ao livre comércio ante os obstáculos criados por ele mesmo criados e ao fato de que, para o aumento das liberdades dos países periféricos, devem-se estabelecer balizas as liberdades dos países centrais.

Para quem se contrapõe à efetivação desse dever, alegando ser ele antiliberal, Nussbaum¹⁰⁴ é incisiva ao afirmar que a própria ideia de liberdade implica na noção de restrição. Nenhuma sociedade que aspire à igual-

dade ou, pelo menos, a um mínimo social mais do que suficiente para todos, pode evitar um maior ou menor grau de restrição da liberdade. Existem liberdades violadoras de direitos exigidos pela própria noção de justiça social.

No exercício do controle da liberdade, visando assegurar direitos e promover a justiça social, as nações apresentam importância vital, pois, ao menos, aquelas razoavelmente democráticas são sistemas de princípios e leis cujas bases devem ser nutridas pelas pessoas. São, portanto, expressões importantes da autonomia das pessoas, isto é, do direito de viver governado por leis escolhidas pelo próprio povo¹⁰⁵.

Nesse sentido, para Slaughter e Burke¹⁰⁶, o futuro do direito internacional é doméstico, haja vista que ele deverá ser promovido por meio de política internas. Para tanto, faz-se imperioso o auxílio dos regimes jurídicos internacionais, os quais devem estimular e controlar os atores políticos nacionais, assegurando — por meio de redes governamentais, assistência técnica, padrões de referência e outras formas de cooperação — que eles cumpram o que se comprometeram a fazer em suas constituições e leis internas e não o apregoado pelos ditames mercantis.

Portanto, o grande desafio apresentado aos formuladores de políticas públicas e legisladores é o de incentivar um desenvolvimento inclusivo, fundado não na busca pelo ingresso de receitas, mas na efetiva melhora dos índices de desenvolvimento humano da população envolvida no processo¹⁰⁷. A economia tange não apenas aspectos financeiros, mas toda a estrutura fundante de um país. Logo, quaisquer decisões econômicas devem ser compatibilizadas com a realidade social vivida, principalmente pelos mais pobres, em prol da proteção de direitos diretamente por eles afetados.¹⁰⁸

¹⁰¹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 375.

¹⁰² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 317.

¹⁰³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 340.

¹⁰⁴ NUSSBAUM, Martha. *Crear Capacidades: propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera. p. 91, 94 e 95.

¹⁰⁵ NUSSBAUM, Martha. *Crear Capacidades: propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera p. 137.

¹⁰⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-White, William. *The future of international law is domestic, or the european way of law*. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, Andre (Eds). *New Perspectives on the Divide between National and International Law*. Oxford: University Press, 2007. p. 350.

¹⁰⁷ DIABERT, Letícia de Souza; PEREZ, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 217-238. Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3115> > Acesso em: 26 mar. 2019. p. 235.

¹⁰⁸ COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna; TOMAZ, Carlos

Para isso, faz-se necessário considerar o desenvolvimento como um processo multifacetário, no qual o crescimento econômico e os direitos humanos são umbilicalmente interligados de tal sorte que um não ocorre sem o outro.¹⁰⁹ Ao longo desse processo, os direitos humanos devem ser considerados ao mesmo tempo como meio e fim do desenvolvimento que inclui desde o desenvolvimento econômico do país ao reforço às escolhas livres e à promoção da capacidade de iniciativa das pessoas que são o verdadeiro motor, os “agentes do desenvolvimento”. Desse modo, o desenvolvimento humano e os direitos humanos são pressupostos necessários para o desenvolvimento econômico que passa a ser o último objetivo em um modelo de desenvolvimento inteiramente estruturado em torno do ser humano e não do estado¹¹⁰.

Somente assim, o crescimento econômico não será visto como um fim em si mesmo, e, sim, como um instrumento que visa não somente elevar as rendas privadas, mas também oferecer, por meio da realização conjunta de um devido planejamento prévio, serviços sociais de caráter essencial para o aumento das capacidades humanas.¹¹¹ Para que esse novo modelo seja promovido, o direito internacional deve apresentar como ponto nodal o reconhecimento das diferenças visando a construção de uma sociedade não apenas justa, mas também decente e baseada no respeito ao outro.

Esse reconhecimento é distinto daquele baseado na igualdade de status e direitos entre os estados que levou a descolonização, porque respeita as múltiplas identida-

des, característica inerente dos seres humanos, e não é pautado na busca pelo interesse. Ou seja, ele transcende a visão estreita do *homo economicus*¹¹², ao exigir que o respeito ao outro seja pelo que é, não simplesmente pelo que pode oferecer¹¹³.

Portanto, para a promoção da melhoria das condições de vida dos países periféricos, deve prevalecer o “Direito” no Direito Internacional do Desenvolvimento e não o “desenvolvimento” em sua face meramente econômica e não libertária. Somente assim, se promoverá a necessária reflexão acerca de um Direito Internacional do Desenvolvimento focado em reduzir as desigualdades na sociedade internacional. Dentre algumas das novas alternativas que visam transmutar o papel do desenvolvimento no século XXI, há os objetivos do milênio cujo ambicioso propósito é o de acabar com todas as formas de pobreza. Eles são únicos, pois demandam ações de todos os países, sejam pobres ou ricos, em prol da prosperidade e da proteção do planeta. Além disso, visam expor que, para acabar com a pobreza, devem ser acompanhados por estratégias que construam o crescimento econômico e atendam a uma série de necessidades sociais, incluindo educação, saúde, proteção social e oportunidades de emprego e o combate as mudanças climáticas e a proteção ambiental¹¹⁴.

Outro exemplo foi a “Semana da Lei, justiça e Desenvolvimento do Banco Mundial”, realizada de 6 a 9 de novembro na sede da instituição. O evento visou explorar como a lei e a justiça podem criar um ambiente propício para a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres. Para tanto, focou-se em reduzir duas lacunas, sendo: a primeira entre a lei e as possibilidades

Alberto Simões de. O Fundo Monetário Internacional e a proteção dos direitos humanos: uma análise do programa de crescimento e redução da pobreza no Haiti. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 176-190 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3920>> Acesso em 26 mar. 2019. p. 179.

¹⁰⁹ COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. O Fundo Monetário Internacional e a proteção dos direitos humanos: uma análise do programa de crescimento e redução da pobreza no Haiti. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 176-190 Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3920>> Acesso em 26 mar. 2019. p. 179.

¹¹⁰ JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: puf, 2013. p.104.

¹¹¹ BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, 2018 p.98-120. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5596>> Acesso em: 26 mar. 2019. p. 114.

¹¹² Berthoud traz como exemplo esclarecedor dessa necessária mudança paradigmática a moeda que, apesar de sua dimensão econômica, não é simplesmente uma mercadoria. As suas duas faces ilustram essa realidade, pois uma delas simboliza o valor econômico e a outra não deixa olvidar a dimensão social e a importância do poder político. Mais informações em: BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <<http://shifter-magazine.com/wpcontent/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>> Acesso em: 26 jun. 2018. P. 84.

¹¹³ JOUANNET, Emmanuelle. **Le Droit International de la reconnaissance**. **Revue de droit international public**. Num. 4. Paris: Pedome, 2012. p. 775.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Sustainable Development Goals and Agenda. 2016. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

reais das mulheres de viver uma vida livre de violência e a segunda entre a lei e as práticas discriminatórias e excludentes ainda dominantes em nossos sistemas de justiça¹¹⁵.

4 Considerações finais

Ao longo desse trabalho, verificou-se que a transformação do discurso civilizatório no desenvolvimentista fez com que os países periféricos passassem de bárbaros a subdesenvolvidos, mantendo o imperialismo do Direito Internacional. Realidade agravada pela constatação que se vive em um contexto que mescla o velho ao novo ao perpetuar as práticas colonialistas na ação de novos atores públicos ou privados que tomaram o papel do Estado de principal ator, e passaram a proferir novos instrumentos normativos de cunho imperialista, dentre eles os indicadores de gestão sadia e os rankings.

Isso ocorre pois, tal como elucida Jouannet¹¹⁶, o Direito Internacional, longe de ser uma simples técnica jurídica neutra, é, e sempre foi, a projeção de valores e de interesses dos atores dominantes na sociedade global, ainda que, por outro lado, ele seja utilizado pelos movimentos de resistência a essa mesma ordem. Característica que torna esse direito intrinsecamente ambivalente, por ser um instrumento de dominação e uma arma dos poderosos e, simultaneamente, o bastião dos mais fracos.

Outrossim, não há “boa” lei internacional ou Direito internacional “ruim”, mas um direito atravessado por tensões e contradições que podem ser tanto o instrumento das mais brutais dominações ou uma solução para um mundo composto por sociedades plurais múltiplas e heterogêneas¹¹⁷. Portanto, não se devem abraçar alternativas polarizantes que tornam o Direito Internacional vítima inocente do imperialismo, tampouco vê-lo como um mero instrumento de dominação pelos poderosos atores do cenário global, dentre eles as grandes

potências econômicas corporações internacionais.

Seu caráter ambivalente não é, por si só, uma aporia ou um impasse; em vez disso, reflete o enigma da condição humana e a natureza finita de todas as suas instituições, incluindo o direito¹¹⁸. Realidade que não é distinta no que se refere ao Direito Internacional do Desenvolvimento, o qual, como defendido no estudo, é parte do problema e da solução, porque, do mesmo modo que promove os objetivos hegemônicos dos atores mais poderosos, pode ser um instrumento em prol da redução das iniquidades globais. Para tanto, se deve contrapor ao império da norma do capital que ignora o universalismo dos direitos humanos em prol da globalização econômica com um desenvolvimento libertário.

Referências

¹¹⁵ BANCO MUNDIAL. “Law, Justice and Development”. 2017. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/events/2017/03/28/law-justice-and-development-week-2017>>. Acesso em: 26 dez. 2018

¹¹⁶ JOUANNET, Emmanuelle. *Le droit international*. Paris: puf, 2013. p. 3.

¹¹⁷ JOUANNET, Emmanuelle. *Des origines coloniales du droit international: À propos du droit des gens moderne au 18eme siècle*. In: DUPUY, Pierre-Marie; CHE'TAIS, Vincent. *Les fondaments du droit Internaional*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014. p. 65.

ARISTOLES (Comp.). *Ética a Nicômaco; Poética*. 4. ed. São Paulo: Nova Cutral, 1991. 2 v. (Os Pensadores). : tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross ; Poética : tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. Disponível em: http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf. Acesso em: 5 dez. 2018.

BANCO MUNDIAL. *Doing Business Report 2015: Going Beyond Efficiency*. 2014. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2015>. Acesso em: 8 dez. 2018.

BANCO MUNDIAL. “Law, Justice and Development”. 2017. Disponível em: <http://www.worldbank.org/en/events/2017/03/28/law-justice-and-development-week-2017>. Acesso em: 26 dez. 2018

BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitanas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. *Civitas*, Rio Grande do Sul, v. 12, n. 1, p.20-46, 2012. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/11146/7630>. Acesso em: 2 fev. 2019.

BENTES, Natalia Mascarenhas Simões; BRÍGIDA, Yasmim Salgado Santa. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do de-

¹¹⁸ JOUANNET, Emmanuelle. *Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law?* *The European Journal of International Law* Vol.18 no. 3, 2007. p. 380.

envolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, 2018 p.98-120. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5596>. Acesso em: 26 mar. 2019.

BERG, Janine; CAZES, Sandrine. **The Doing Business indicators: measurement issues and political implications**. Organização Internacional do Trabalho: 2007. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_elm/---analysis/documents/publication/wcms_113905.pdf. Acesso em 13 dez. 2018.

BERTHOUD, Gérald. Market. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 74-94 Disponível em: <http://shifter-magazine.com/wp-content/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2018

CAMERA, Sinara; WEGNER, Rubia. Direito humano à alimentação, (in) segurança alimentar e desenvolvimento: os desafios à realização progressiva na América Latina. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 20-34 Disponível em: < <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4359>. Acesso em: 26 mar. 2019.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

CONFEDERAÇÃO INTERNACIONAL DE SINDICATOS. **Global rights index 2018**. 2018. Disponível em: <https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/ituc-global-rights-index-2018-en-final-2.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2019

COSTA, Pablo Henrique Hubner de Lanna; TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. O Fundo Monetário Internacional e a proteção dos direitos humanos: uma análise do programa de crescimento e redução da pobreza no Haiti. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 176-190 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3920>. Acesso em: 26 mar. 2019.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um Direito Mundial**. Tradução de Fauzi Hassam Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille; SUPIOT, Alain. **Prendre la responsabilité au sérieux**. Paris: PUF, 2015. Disponível em: https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL2146558426196908996_PrendreLaResponsabiliteAuSerieux_INtroduction.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018

DELMAS-MARTY, Mireille; SUPIOT, Alain. **L'internationalisation du droit: dégradation ou recomposition**. Paris, Revue Esprit, nov. 2011.

DIABERT, Letícia de Souza; PEREZ, Ana Luisa Soares. Governança global e a Organização Mundial do Comércio: desafios impostos pelo novo mandato de desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2014 p. 217-238. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3115>. Acesso em: 26 mar. 2019.

ESTEVA, Gustavo. Development. In Wolfgang Sachs (ed), **The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power** (Zed Books, 2nd ed, 2010), pp 1-23. Disponível em: <http://shifter-magazine.com/wp-content/uploads/2015/09/wolfgang-sachs-the-development-dictionary-n-a-guide-to-knowledge-as-power-2nd-ed-2010-1.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2018

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, 2015 p. 395-414 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 26 mar. 2019.

FRYDMAN, Benoit. **Comment penser le droit global**. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2010. Disponível em: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/comment_penser_le_droit_global_2011.pdf. Acesso em 19 dez. 2018.

FRYDMAN, Benoit. **Le pouvoir normatif des agences de notation**. Bruxelas: Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012. Disponível em: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/le_pouvoir_normatif_des_agences_de_notation.pdf. Acesso em 19 dez. 2018.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Maria Beatriz Krug e Jânia Maria Lopes Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

- FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- GALINDO, G. R. B. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, v. 119-24, p. 46-68, 2013.
- GOMES, Magno Federici; SILVA, Luís Eduardo Gomes. Brics: Desafios do desenvolvimento econômico e socioambiental. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 1, 2017 p. 341-356. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4449>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- GUIMÓN, Pablo. Trump viaja à fronteira com o México e reitera sua ameaça de declarar emergência nacional. **El País**, Washington, 11 jan. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/10/internacional/1547117251_192269.html. Acesso em: 2 fev. 2019
- HENRI CAPITANT. **Les droits de tradition civiliste en question**: à propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale. 2006. Disponível em: http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/rapports_doing_business/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018.
- HICKEL, Jason. **“Forget ‘developing’ poor countries, it’s time to ‘de develop’ rich countries”**. *The Guardian*, 25/09/2005. Disponível em: <https://www.theguardian.com/global-development-professionals-network/2015/sep/23/developing-poor-countries-de-develop-rich>. Acesso em: 26 dez. 2018
- JOUANNET, Emmanuelle. Des origines coloniales du droit international: *À propos du droit des gens moderne au 18eme siècle*. In: DUPUY, Pierre-Marie; CHETAIS, Vincent. **Les fondaments du droit Internaional**. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- JOUANNET, Emmanuelle. Le Droit International de la reconnaissance. **Revue de droit international public**, n. 4. Paris: Pedome, 2012
- JOUANNET, Emmanuelle. **Le droit international**. Paris: Puf, 2013.
- JOUANNET, Emmanuelle. Universalism and Imperialism: The True-False Paradox of International Law? **The European Journal of International Law**, v. 18 n. 3, 2007.
- KIPLING, Rudyard. **The White man’s burden**. 1899. Disponível em: <https://ensinarhistoriajoelza.com.br/imperialismo/>. Acesso em: 26 dez. 2018
- KOSKENNIEMI, Martti. What use for sovereignty today? **Asian Journal Of International Law**, Cingapura, n.1, p.61-70, 1 jan. 2010.
- MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Quem tem medo do pós-colonial no direito internacional? Uma resenha de “Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality” de Sundhya Pahuja. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, 2018 p. 484-488. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4989>. Acesso em: 26 mar. 2019.
- MONGE, Yolanda. Trump usa ‘dreamers’ como moeda de troca para o muro. **El País**, Washington 19 jan. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/19/actualidad/1547931571_104983.html. Acesso em: 2 fev. 2019.
- NUSSBAUM, Martha. **Crear Capacidades**: propuestas para el desarrollo humano. Barcelona: Editorial Paidós, 2012. Tradução de Albino Santos Mosquera
- NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**: Deficiência, nacionalidade, pertencimento a espécie. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2013. Tradução de: Susana de Castro.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights**. 2017. Disponível em: <http://www.undocs.org/A/69/273>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Sustainable Development Goals and Agenda**. 2016. Disponível em: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/development-agenda/>. Acesso em: 19 dez. 2018.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DA MIGRAÇÃO. IOM Learns of ‘Slave Market’ Conditions Endangering Migrants in North Africa. 2017. Disponível em: <https://www.iom.int/news/iom-learns-slave-market-conditions-endangering-migrants-north-africa>. Acesso em: 18 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia) Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018.

PAHUJA, Sundhya. **The Postcoloniality of International Law**. Harvard International Law Journal. v. 46, 2005.

POGGE, Thomas. ¿Qué es la justicia global. Tradução de Mária Teresa La Valle. **Revista Latino Americana de Filosofia**, Buenos Aires, v. 33, n. 2, 2007. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1852-73532007000200002. Acesso em: 10 dez. 2018.

POGGE, Thomas. **World Poverty and Human Rights**. Cambridge: Polity, 2004.

REI, Fernando, SETZER, Joana, CUNHA, Kamyla Borges. A Rio+20 e o quadro institucional pelo desenvolvimento sustentável: o papel dos governos subnacionais na governança ambiental global. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 3, 2012, p. 129-140. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/1817>. Acesso em 26 mar. 2019.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Cosmopolitismo jurídico**: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIMBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade in Service Agreement (TISA). **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 337-354. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4150>. Acesso em: 26 mar. 2019.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-White, William. *The future of international law is domestic*, or the european way of law. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, Andre (ed). **New Perspectives on the Divide between National and International Law**. Oxford: University Press, 2007.

SOUZA PINTO, Júlio Roberto de.; MIGNOLO, Walter D. A modernidade é de fato universal? Reemergência, desocidentalização e opção decolonial. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, v. 15, n. 3, p. 381-402, 2015. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/20580/13966>. Acesso em: 2 fev. 2019

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes: 2007.

SUPIOT, Alain. **La pobreza bajo el prisma del derecho**. Madrid, Revista Universitas de Filosofia, Derecho y Política, n. 20, jul. 2014a. Disponível em: <http://universitas.idhbc.es/n20/20-4.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Tradução de Tania do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Editora Sulina, 2014.

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 Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2122>. Acesso em: 26 mar. 2019.

VERISK MAPLECROFT. **The risk of modern slavery is rising in the European Union**. Disponível em: <https://maplecroft.com/portfolio/new-analysis/2017/08/11/risk-modern-slavery-rising-european-union/>. Acesso em: 19 dez. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Entre o escudo e a espada:
caracterizando o *Land grabbing*
como crime contra a humanidade

**Between the shield and the
sword:** characterizing Land
grabbing as a crime against
humanity

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes

Entre o escudo e a espada: caracterizando o *Land grabbing* como crime contra a humanidade*

Between the shield and the sword: characterizing *Land grabbing* as a crime against humanity

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes**

Resumo

O artigo tem por objetivo analisar a prática do *land grabbing* no contexto brasileiro e global, bem como se pode ser considerada um crime contra a humanidade, e sob que circunstâncias, na hipótese de preencher os requisitos do artigo 7º do Estatuto de Roma. Com essa finalidade, é utilizado o marco teórico da teoria dos sistemas e os seus desenvolvimentos mais recentes, em especial os conceitos de sociedade mundial e primado social da economia, com base nos quais se realiza o estudo de casos concretos, doutrina e decisões de cortes internacionais. Após definir *land grabbing* como o investimento de larga escala na monocultura de exportação em terras públicas, promovido especialmente por corporações transnacionais e associado à expulsão, mediante violência ou grave ameaça, de famílias de produtores rurais com o incentivo de agentes públicos ou do ente estatal beneficiários do aporte de capitais, bem como tecer considerações críticas acerca do conceito de crime e do princípio da legalidade no direito internacional penal, caracteriza os elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade. Ao final, com base no entendimento dos tribunais internacionais sobre as convenções internacionais de direitos humanos como um “instrumento vivo”, examina os requisitos que tornam possível concluir que o *land grabbing* pode ser caracterizado uma hipótese de crime contra a humanidade. O tema é particularmente atual e o artigo se propõe a oferecer uma nova abordagem no âmbito do direito internacional penal, que interpreta a noção de crimes contra a humanidade de acordo com a dinâmica da sociedade mundial.

Palavras-chave: *Land grabbing*. Sociedade mundial. Direito internacional penal. Princípio da legalidade. Crimes contra a humanidade.

Abstract

The article aims to analyze the practice of land grabbing in the Brazilian and global context, as well as if it can be considered a crime against humanity, and under which circumstances, given that it fulfills the requirements of article 7 of the Rome Statute. For this purpose, we resort to the theoretical framework of systems theory and its most recent developments,

* Recebido em 10/12/2018
Aprovado em 07/02/2019

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2012). Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público Federal pela Escola Superior do Ministério Público da União (2018), tendo sido aprovado com distinção e recomendação para publicação do trabalho. Procurador da República. Procurador Regional dos Direitos do Cidadão no Estado do Amapá (2017). Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Amapá (2017-2019). Ex-Defensor Público Federal (2015-2016). Ex-Procurador Federal (2014-2015). Ex-Analista Judiciário da Justiça Federal da 5ª Região (2013-2014).
E-mail: rodolfostrlopes@hotmail.com.

especially the concepts of world society and the social primacy of economy, from which the review of concrete cases, doctrine and decisions from international courts is carried out. After defining land grabbing as the large-scale investment on export monoculture in public lands, notably promoted by transnational corporations and stimulated by the State and its public agents, which benefits from the inflow of capital, associated with the eviction, by violence or serious threat, of small farmers, as well as weaving critical observations about the concept of crime and the principle of legality in international criminal law, it characterizes the constitutive elements of crimes against humanity. In conclusion, based on the comprehension of the international courts on international human rights conventions as a “living instrument”, it examines the requirements that make possible to conclude that land grabbing can be characterized as an hypothesis of a crime against humanity. The topic is particularly prevailing and the article comes up with a new approach in international criminal law, which interprets the idea of crimes against humanity according to the dynamics of world society.

Keywords: Landgrabbing. World society. International criminal law. Principle of legality. Crimes against humanity

1 Introdução

Durante todo o ano de 2017, 61 assassinatos, 74 tentativas e 200 ameaças de morte, tendo como pano de fundo conflitos agrários, ocorreram no território brasileiro e, em especial, nos Estados que compõem a região amazônica.¹ O que se tem observado na Amazônia, nos últimos anos, é “*um saque modernizado, e em muitos casos eficiente, dos bens naturais para a acumulação das grandes corporações capitalistas, que carregam os recursos naturais em grandes quantidades a preços aviltantes, deixando um prejuízo ecológico gigantesco, além de um rastro de violência contra os seus habitantes*”.² E tudo isso viabilizado pelas duas principais características da estrutura fundiária do país: grilagem de terras públicas e concentração de terras.³

Conforme destacou a Comissão Pastoral da Terra (CPT), em 2017, no seu “Atlas de Conflitos na Amazônia”, esse processo tem ocorrido com base na transferência de milhares de hectares de terras públicas do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) para empresários ligados a madeiras, à pecuária e à soja, associado à prática de desmatamento, ameaças e assassinatos de camponeses, agricultores, posseiros, indígenas e ativistas de direitos humanos na região amazônica.

No Estado do Amapá, por exemplo, “*conhecido como a última fronteira de expansão do agronegócio no Brasil*”, a integralidade dos municípios vivencia, atualmente, conflitos em áreas rurais. No total, segundo dados da CPT⁴, são 81 conflitos em curso, a envolver 2483 famílias, com a contribuição dos entes estatais e dos agentes privados. Em 2018, o referido Estado, por meio de seu governador, embora não desconheça a situação de violência no campo motivada pela grilagem de terras, se pronunciou no sentido de “*que, a partir da transferência das terras para o domínio do estado, pretende-se que o espaço destinado ao cultivo de grãos aumente de 17 mil hectares para mais de 400 mil hectares*”, a ser viabilizado pela ampliação do Porto de Santana/AP, com a finalidade de promover o escoamento da produção.

Em âmbito global, o cenário é semelhante. O exemplo mais evidente é o caso do Camboja, onde mais de dois milhões e duzentos mil hectares de terra foram transferidos a corporações sob a forma de concessões de terra, o que já afetou, juntamente a outros processos de grilagem de terras, mais de meio milhão de cidadãos desde o ano de 2003, tendo em vista os deslocamentos forçados mediante ameaças, intimidações, violência e assassinatos.⁶ A situação generalizada e sistemática de grilagem de terras no Camboja foi denunciada ao Tribunal Penal Internacional (TPI), em outubro de 2014, pelo advogado da Global Diligence Richard J. Rogers, representante das vítimas, com o suporte da Federação Internacional para os Direitos Humanos.⁷

¹ Amazônia. Goiânia: CPT; São Paulo: Entremares, 2017. p. 16.

² COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Atlas de Conflitos na Amazônia*. Goiânia: CPT; São Paulo: Entremares, 2017. p. 41.

³ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Atlas de Conflitos na Amazônia*. Goiânia: CPT; São Paulo: Entremares, 2017. p. 45.

⁴ OEHM, Franziska Maria. Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity – Approaches in International Criminal Law. *Verfassung und Recht in Übersee, Law and politics in Africa / Asia / Latin America*, v. 48, p. 469 – 491, 2015.

⁵ Disponível em: https://www.fidh.org/IMG/pdf/executive_

¹ CONFLITOS em áreas rurais atingem todos os municípios no Amapá diz pastoral da terra. Disponível em: <https://g1.globo.com/ap/amapa/noticia/conflitos-em-areas-rurais-atingem-todos-os-municipios-no-amapa-diz-pastoral-da-terra.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2018.

² COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Atlas de Conflitos na Amazônia*. Goiânia: CPT; São Paulo: Entremares, 2017. p. 11.

³ COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Atlas de Conflitos na*

Além disso, em setembro de 2016, a Procuradoria do TPI lançou o seu *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, com a finalidade de tornar públicos os critérios que nortearão a seleção e a priorização de casos a serem investigados nos anos seguintes. Por meio dele, deixou expresso, no que se refere à gravidade dos crimes, que o seu impacto seria considerado à luz do “*dano social, econômico e ambiental infligidos à comunidade afetada*” e que iria conferir “*especial atenção a processar crimes do Estatuto de Roma que são cometidos por meio de, ou que resultem, inter alia, em destruição do meio ambiente, exploração ilegal de recursos naturais ou expropriação ilegal de terras*”.⁸

É possível constatar, portanto, que está em curso, nos dias atuais, e em escala mundial, um fenômeno pouco conhecido e estudado, até então, na doutrina do direito internacional penal. Nesse sentido, o artigo tem por hipótese central a análise das principais características da prática do *land grabbing*, tanto no contexto brasileiro quanto global, propondo-se a oferecer um conceito adequado para esse fim, bem como verificar sob que condições pode ser considerada um crime contra a humanidade, nas circunstâncias que serão especificadas e desde que preenchidos os requisitos do artigo 7º do Estatuto de Roma.

Para tanto, é utilizado o marco teórico da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e os seus desenvolvimentos mais recentes, em especial os conceitos de sociedade mundial e primado social da economia, explorados por autores como Marcelo Neves, Günther Teubner e Andreas Fischer-Lescano. O referencial teórico em questão revela-se de significativa importância para a compreensão do *land grabbing* em toda a sua extensão, tendo em vista que esse fenômeno, da forma que este trabalho o descreve, é consequência das chamadas “*tendências maximizantes*” do sistema econômico da sociedade mundial, que atua com base em decisões de agentes econômicos que visam à maximização dos lucros, tomadas, muitas vezes, fora do território nacional e em conflito com as expectativas normativas que caracterizam o sistema jurídico.

summary-2.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

⁸ Traduzido de: “41. *The impact of the crimes may be assessed in light of [...] the social, economic and environmental damage inflicted on affected communities. [...] the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land*” (§41). Disponível em: https://www.iccpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

A pesquisa evidencia, com base em revisão bibliográfica e jurisprudencial sobre o atual panorama dos crimes internacionais, a lacuna existente na doutrina de direito internacional penal sobre o fenômeno do *land grabbing*, seja no Brasil, seja no mundo, o que torna ainda mais relevante e original a contribuição que ora se pretende trazer a público.

2 A sociedade mundial e o conceito de Land grabbing

A sociedade moderna, da forma em que hoje conhecida, pode ser considerada, de acordo com os aportes da teoria dos sistemas, como “*sociedade mundial*”, formação social caracterizada pela diferenciação funcional entre subsistemas que operam por meio de códigos de comunicação especializados (política, direito, economia etc.) e por uma desvinculação das organizações políticas estatais, que não mais podem ser consideradas em sua singularidade, embora representem dimensões fundamentais para sua reprodução.⁹

Ao contrário do direito nacional, pautado primariamente por expectativas normativas de comportamento, caracterizadas pela baixa disponibilidade de aprendizado¹⁰, a sociedade mundial é dirigida por expectativas cognitivas, dotadas de capacidade de aprendizado — a exemplo da economia, da ciência e da técnica —, o que representa um “*primado social da economia*”.¹¹

Isso significa dizer que o horizonte de comunicações ultrapassa as tradicionais fronteiras territoriais dos Estados, levando à constituição de uma pluralidade de autodescrições da sociedade, o que implica a formação

⁹ LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 808; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 26.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 55- 57. v. 1

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 555-556; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 28.

de diversas “racionalidades parciais”¹² conflitantes¹³ e a ausência de um centro da sociedade dotado de posição privilegiada para realizar observações e descrições.¹⁴ Como destacam Fischer-Lescano e Möller, a “*sociedade mundial não tem centro nem vértice. Não há mais o local central da decisão política estatalmente constituída de forma unitária*”¹⁵, o que levou os atores da economia mundial e do mercado financeiro a promoverem seus interesses em detrimento da preservação do meio ambiente e da justiça social.¹⁶

A economia contemporânea, observa José Eduardo Faria, “*se caracteriza por dinâmicas e processos que obedecem a lógicas próprias, não sendo controláveis com base nas categorias e procedimentos normativos e nos padrões espaciais e temporais construídos sob inspiração da teoria político-jurídica clássica*”¹⁷, razão pela qual “*sujeitou as economias nacionais às consequências de atos e acordos decididos fora de seus respectivos territórios*”.¹⁸

¹² Luhmann mostra-se cético quanto à possibilidade de uma “racionalidade” que se impõe, universalmente, como “princípio condutor da vida” [*Prinzip der Lebensführung*], principalmente após desenvolver explicação utilizando-se do conceito de *re-entry*, através do qual a racionalidade do sistema significa reintroduzir a distinção sistema/entorno internamente ao próprio sistema que a produziu. Apresenta-se mais propenso, no entanto, a aceitar as “*chances de racionalidades*” [*Rationalitätchancen*], que, tomando em consideração os diversos sistemas funcionais, agem na “*manutenção e utilização das diferenças, e não em sua eliminação*” [*Auch hier liegen die Rationalitätchancen in der Erhaltung und in der Ausnutzung von Differenzen, nicht in ihrer Eliminierung*]. Segundo ele, “*se a sociedade moderna, na transição para uma primordial diferenciação por funções tem que renunciar a um ‘sistema guia’ (como um ‘pico’ ou um ‘centro’), também não pode produzir uma pretensão de racionalidade unitária para si própria*” [*Wenn die moderne Gesellschaft im Übergang zu einer vorherrschend funktionalen Differenzierung auf ein Leitsystem, auf eine Spitze oder ein Zentrum verzichten muß, kann sie auch keine einheitliche Rationalitätspretention für sich selbst mehr erzeugen*]. In: LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 181-182 e 184-185.

¹³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 23-24; FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Günther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006. p. 8; TEUBNER, Günther. Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch “private” transnationale Akteure. *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, v. 45, p. 173, 2006.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 24.

¹⁵ FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 14.

¹⁶ FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 14.

¹⁷ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

¹⁸ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed. São

Nesse sentido, considerando-se a força crescente que os sistemas baseados em expectativas cognitivas — principalmente a economia — vêm adquirindo, mostra-se cada vez mais importante destinar a devida atenção à estabilização de expectativas normativas por meio do direito¹⁹, tendo em vista que a economia e suas “tendências maximizantes” podem representar um perigo de expansão em face dos demais subsistemas, processo que se verifica quando um sistema que dispõe de um código forte relega o outro à insignificância.²⁰

É nesse contexto que emerge a atual discussão acerca da prática de *land grabbing*. Tratando desse fenômeno, Fischer-Lescano e Möller o descreve nos seguintes termos:

Grandes companhias reservam para si enormes faixas de terra no Sul global, firmam acordos com os governos locais dessas regiões e perseguem os pequenos produtores em suas áreas de cultivo. Na maior parte das vezes, disseminam monoculturas: ou a soja, que retornará ao país de origem do plantio para servir como ração para os animais, ou o óleo vegetal de palma para produzir o chamado agro-combustível. Estabeleceu-se um conceito próprio para definir tais práticas de expropriação: “*Landgrabbing*.”²¹

Vale destacar, todavia, que não é qualquer tipo de investimento de larga escala no âmbito da monocultura que caracterizará a prática de *land grabbing*.²² A forma de investimento a que este trabalho se refere é a que tem por base, de um lado, a existência de atores privados detentores de capital e dispostos a investir, a baixo custo, na monocultura de exportação em grandes áreas de terra, e, de outro, entes públicos que almejam atrair tais investidores e, para isso, ou fomentam a retirada das comunidades locais que, há décadas, ocupam as terras públicas, ou deixam de agir diante de processos de deslocamento forçado, das populações afetadas, por meio

Paulo: Saraiva, 2017. p. 53.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 559; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 31-32.

²⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 47 e 268; TEUBNER, Günther. Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch “private” transnationale Akteure. *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, v. 45, p. 172-173, 2006.

²¹ FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19.

²² OEHM, Franziska Maria. Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity – Approaches in International Criminal Law. *Verfassung und Recht in Übersee, Law and politics in Africa / Asia / Latin America*, v. 48, p. 469 – 491, 2015. p. 472.

do uso da violência, da ameaça e até mesmo de processos judiciais. Não se pode menosprezar, ademais, a significativa contribuição dada pelos órgãos públicos locais, dominados pela corrupção, para a consolidação de tal processo.

Os direitos à moradia adequada e de livremente escolher o local de sua própria residência encontram-se, respectivamente, previstos nos artigos 11, §1^{o23} do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 12, §1^{o24} do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. No entanto, são muitos os relatos de agricultores e camponeses que, diante das ameaças e da destruição de suas propriedades e plantações a que são submetidos pelos empresários do ramo, terminam por negociar o abandono de suas posses ou as deixam sem que recebam por isso qualquer indenização, o que tem acarretado o deslocamento forçado de milhares de famílias não somente no Brasil, mas várias partes do mundo.

É possível, então, conceituar a prática do *land grabbing* como o investimento de larga escala na monocultura de exportação em terras públicas — promovido, especialmente, por corporações transnacionais — associado à expulsão, mediante violência ou grave ameaça (por exemplo, deslocamentos forçados, ameaças, assassinatos e estupro), de famílias de produtores rurais, que é incentivada, por ação ou omissão, pelos agentes públicos ou ente estatal beneficiários do aporte de capitais.

Esse fenômeno é resultado das chamadas “tendências maximizantes” do sistema econômico, que leva os agentes econômicos a buscarem promover os seus interesses, com base em decisões tomadas dentro ou fora do território nacional e, muitas vezes, em prejuízo ou à margem do sistema jurídico. Por essa razão, a estabilização de expectativas normativas por meio do direito como um contraponto ao primado social da economia, inclusive por meio da interpretação evolutiva do que

pode ser compreendido como crime internacional, é de fundamental importância para evitar que um sistema se sobreponha ao outro.

Deve-se questionar, então, em que medida essa prática pode ou não ser enquadrada como um crime contra a humanidade no direito internacional penal, razão pela qual se faz necessário analisar o conceito de crime e o princípio da legalidade no plano internacional, bem como os elementos que, historicamente, compõem os crimes contra a humanidade.

3 O conceito de crime e o princípio da legalidade no direito internacional penal

Ainda hoje, a doutrina internacionalista não tem muito bem delineado um conceito e a definição dos elementos característicos dos chamados crimes internacionais. Muito se deveu à prática jurisprudencial das cortes penais internacionais a construção do que hoje se compreende por crime internacional.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os crimes internacionais (crimes de *jus cogens* ou crimes internacionais em sentido estrito) são “aquelas violações das normas internacionais das quais deriva a responsabilidade penal de seus autores individuais, em oposição à responsabilidade do Estado em nome ou por conta do qual aqueles podem ter agido”.²⁵ Verifica-se, portanto, que o ponto comum à tipificação dos crimes ditos internacionais constitui a ofensa aos valores caros a toda a comunidade internacional²⁶ e, em consequência, aos direitos humanos internacionalmente protegidos.

De maneira bastante precisa, M. Cherif Bassiouni assim preceitua:

Uma lacuna significativa, no entanto, continua a existir entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal. É como se o primeiro fosse um escudo sem espada e, o segundo, uma espada sem escudo. O paralelismo destes dois

²³ ARTIGO 11

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

²⁴ ARTIGO 12

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.

²⁵ Traduzido de: “I crimini internazionali sono quelle violazioni delle norme internazionali da cui discende la responsabilità penale dei loro autori individuali, in quanto opposta alla responsabilità dello Stato in nome o per conto del quale questi ultimi possono avere agito.”. In: CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 24. v. 1

²⁶ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

sistemas legais limita o alcance do direito internacional penal para punir violações aos direitos humanos fundamentais, enquanto esses direitos permanecem sem implementação efetiva.²⁷

Nesse sentido, tratando-se de valores comuns a toda a comunidade internacional, os Estados têm o dever de investigar e punir os autores dessas condutas, promovendo a devida reparação às vítimas.²⁸ Nos dias atuais, o cumprimento desse dever se verifica, em primeira análise, no plano nacional, por meio da implementação indireta.

Todavia, em razão do texto adotado no Estatuto de Roma, os Estados convencionaram que algumas espécies de delitos internacionais — crimes de genocídio, de guerra, de agressão e contra a humanidade, previstos em seu artigo 5º, §1º²⁹ e denominados *core crimes* — deveriam ser objeto de investigação e punição por meio do tribunal penal internacional, concretizando a implementação direta do direito internacional penal.

Os chamados crimes internacionais “por natureza”³⁰ possuem, basicamente, dois elementos que os caracterizam³¹: o elemento material, consistente na prática de um ato, comissivo ou omissivo, por meio da manifestação de vontade que se expressa no mundo exterior, dando ensejo a um resultado; e o elemento legal, que representa a necessidade de se tratar de uma conduta adequadamente tipificada (*nullum crimen nulla poena sine*

lege), tal como preceituam os artigos 22³² e 23³³ do Estatuto de Roma.

Nesse ponto é que tem lugar um dos grandes debates, no direito internacional penal, entre os países que adotam a tradição da *common law*, de um lado, e os da *civil law*, de outro. Cassese destaca³⁴ que, entre esses países, são três os corolários do princípio da legalidade, quais sejam, reserva de lei, taxatividade e irretroatividade, sendo sua finalidade precípua a de garantir a liberdade individual.³⁵ Naqueles países, todavia, considerando a gênese jurisprudencial e a origem costumeira do direito, a tendência é a adoção de uma perspectiva diversa do referido princípio, razão pela qual faltam aos crimes os atributos da taxatividade, da previsibilidade e da certeza, próprios da lei escrita.³⁶

A origem dos crimes internacionais, todavia, é inegavelmente costumeira.³⁷ Segundo Cretella Neto, alguns autores “preferem substituir os princípios *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege por um mais flexível nullum crimen sine iure, conferindo papel de extraordinária relevância ao juiz internacional, que funciona como intérprete privilegiado na interpretação e no esclarecimento da norma penal*”.³⁸

De todo modo, em que pese tal circunstância, dadas as características constitutivas da sociedade internacional, nos dias atuais, a maior parte dos delitos já se en-

²⁷ Traduzido de: “A significant gap, however, continues to exist between international human rights law and international criminal law. It seems as if the former is a shield without a sword and the latter, a sword without a shield. The parallelism of these two bodies of law limits the reach of international criminal law to punish fundamental human rights violations, while these rights remain without effective enforcement”. In: BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2nd rev. ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 113.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 281-282.

²⁹ Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

³⁰ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 54.

³¹ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62-85.

³² Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.

2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.

3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

³³ Artigo 23

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

³⁴ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 186. v. 1

³⁵ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 188. v. 1

³⁶ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 188. v. 1

³⁷ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2nd rev. ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 137.

³⁸ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134.

contra prevista em convenções internacionais³⁹, resultado do fenômeno da expansão normativa que caracteriza o direito internacional penal contemporâneo.⁴⁰ Seja costumeira a origem, seja convencional, o importante é que “as prescrições legais estabelecidas no direito internacional penal satisfaçam os corolários do princípio da legalidade”⁴¹, expressos nas máximas *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege* e vedação à aplicação *ex post facto* da lei, que são considerados imprescindíveis para garantia contra abusos judiciais e aplicação arbitrária da lei.

Portanto, se é bem verdade que, no início, o direito internacional penal era inspirado pelo princípio da legalidade substancial, segundo o qual o ordenamento jurídico “deve proibir e punir qualquer conduta que seja socialmente danosa ou perigosa, ainda que não expressamente prevista na lei como crime no momento em que praticada”⁴², atualmente tal não mais se pode afirmar. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, o princípio da legalidade formal começou a se afirmar, de modo progressivo, no plano internacional, particularmente devido à proliferação de tratados internacionais de direitos humanos que previam a necessidade de observá-lo e continham condutas às quais se atribuiu natureza e conseqüências penais em nível individual.⁴³

Em que medida os crimes contra a humanidade e sua evolução histórica atendem aos parâmetros fixados pelo princípio da legalidade, permitindo sua caracterização mediante a prática de *land grabbing*, é o que será analisado nos tópicos a seguir.

4 Crimes contra a humanidade: evolução histórica e elementos constitutivos

Historicamente, a primeira expressão do que viria a ser o conceito de crimes contra a humanidade apareceu,

³⁹ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63-64.

⁴⁰ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. *Extensão e fragmentação no contexto da jurisdição penal internacional*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 434, 2016.

⁴¹ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2nd rev. ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 246.

⁴² CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 185. v. 1

⁴³ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 191. v. 1

de maneira pouco técnica e ainda incipiente, na chamada “Cláusula Martens”⁴⁴, prevista na Primeira e na Quarta Convenções de Haia, respectivamente de 1899 e 1907.⁴⁵ Sua origem, portanto, é costumeira.

Os primeiros tratados internacionais que, efetivamente, contemplaram a definição de crimes contra a humanidade foram os Estatutos dos Tribunais Internacionais Militares de Nuremberg (artigo 6º, “c”⁴⁶) e de Tóquio (artigo 5º, “c”⁴⁷). A única diferença entre eles, como lembra Cretella Neto, é refere-se ao fato de naquele ter sido prevista uma hipótese de perseguição “por motivos religiosos”, somada àquelas de caráter político e racial.

Nestes crimes, o interesse jurídico internacional-

⁴⁴ Trata-se de previsão inscrita nos preâmbulos da Primeira e da Quarta Convenções de Genebra, de 1899 e 1907, e, posteriormente, com adaptações, no artigo 1º, n.º 2 do Protocolo I de 1977. Seu texto base é o seguinte: “Até que um código das leis da guerra mais completo seja elaborado, as Altas Partes Contratantes consideram apropriado declarar que, em casos não incluídos nos Regulamentos por elas adotados, os habitantes e os beligerantes permanecem sob a proteção das normas e princípios do Direito das Gentes, pois resultam dos usos e costumes estabelecidos pelos povos civilizados, das leis da Humanidade e dos ditames da consciência pública”. Recebeu essa denominação em homenagem ao jurista russo Fyodor Fyodorovich von Martens, que foi delegado russo na Conferência da Paz de 1899 e a propôs com o intuito de conciliar o desacordo entre os delegados acerca de qual seria o regime jurídico adequado para tratar dos civis que optavam por pegar em armas contra as forças de ocupação.

⁴⁵ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 323.

⁴⁶ Artigo 6

[...]

c) Crimes contra a humanidade: a saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução de ou em conexão com quaisquer crimes da competência do Tribunal, constituam ou não uma violação à legislação interna do país em que perpetrados.

Aqueles que liderem, organizem, instiguem ou sejam cúmplices na formulação da execução de um plano comum ou na conspiração para cometer quaisquer dos crimes antes mencionados são responsáveis por todos os atos realizados por quaisquer pessoas na execução de tal plano.”

⁴⁷ “Artigo 5

[...]

c) Crimes contra a humanidade: a saber, assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes ou durante a guerra; ou perseguições por motivos políticos ou raciais em execução de ou em conexão com quaisquer crimes da competência do Tribunal, constituam ou não uma violação à legislação interna do país em que perpetrados.

Aqueles que liderem, organizem, instiguem ou sejam cúmplices na formulação da execução de um plano comum ou na conspiração para cometer quaisquer dos crimes antes mencionados são responsáveis por todos os atos realizados por quaisquer pessoas na execução de tal plano.

mente protegido é constitui a “*ameaça à paz, à segurança e ao bem estar da comunidade internacional, que se manifesta por meio de um ataque generalizado (widespread) ou sistemático (systematic) aos Direitos Humanos fundamentais de determinada população*”.⁴⁸ Nesse sentido, além das vítimas diretas do referido ataque, também deve ser considerada sujeito passivo a própria humanidade.

Os crimes contra a humanidade podem, assim, ser definidos como quaisquer dos atos particularmente odiosos, descritos no artigo 7º, §1º do Estatuto de Roma⁴⁹, que impliquem grave violação de direitos humanos, nas hipóteses em que cometidos, com ciência de seu autor, no quadro de um ataque generalizado e sistemático em face de uma população civil.

É válido notar que, em dois pontos principais⁵⁰, a tipificação dos crimes contra a humanidade no Estatuto de Roma ajuda a esclarecer os elementos do delito oriundos do direito costumeiro. Em primeiro lugar, o artigo 7º deixa expresso que somente podem ser cometidos “*havendo conhecimento desse ataque*”, de modo que o agente deve ter consigo a consciência de que seu ato faz parte de um ataque, generalizado e sistemático, contra a população civil.⁵¹ Em segundo lugar, o referido artigo tem o mérito de melhor especificar, em suas alíneas, as condutas que conduzem à prática de um crime contra a humanidade, o que, anteriormente, era implícito ou pouco claro, dependendo da integração pela via interpretativa.

Embora, inicialmente, o conceito de crimes contra

a humanidade tenha sido associado à necessária existência de um vínculo com uma situação de guerra (*war nexus*), a partir de sua consolidação, esse vínculo foi afastado. Nesse sentido, o julgamento do caso “Procurador v. Duško Tadić”, ocasião em que o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia destacou que, nos dias atuais, “é uma regra estabelecida de direito internacional costumeiro que os crimes contra a humanidade não requerem conexão com um conflito armado internacional”.⁵² No entanto, são sempre cometidos como parte integrante de uma ação ou política de Estado e por agentes de Estado, o que se confirma pelas expressões “generalizado” e “sistemático”.⁵³

Em regra, a questão da imprescritibilidade dos crimes internacionais não é tratada pelo direito internacional. A exceção fica por conta — no caso dos crimes contra a humanidade, de guerra e de genocídio — da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968, que entrou em vigor, no plano internacional, no ano de 1970.

De fato, em seu artigo 1º⁵⁴, a referida convenção entende serem imprescritíveis os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, cometidos nos tempos de guerra ou de paz, sendo nestes compreendido, ainda,

⁵² Traduzido de: “141. It is by now a settled rule of customary international law that crimes against humanity do not require a connection to international armed conflict”. Disponível em: <http://cld.unmict.org/assets/Uploads/full-text-dec/1995/95-10-02%20Tadic%20Interlocutory%20Decision%20on%20Jurisdiction.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁵³ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 336-337.

⁵⁴ ARTIGO 1º

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (j) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as “infrações graves” enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra.

§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (j) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de “Apartheid”; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

⁴⁸ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 325.

⁴⁹ “a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental”.

⁵⁰ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 115-116. v. 1

⁵¹ SHAW, Malcolm N. *International Law*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 314.

o crime de genocídio. Em seu artigo 4^{o55}, a convenção prevê que os seus Estados partes se obrigam a adotar, internamente, disposições necessárias a assegurar a imprescritibilidade dos referidos crimes.

Tal como destaca Cretella Neto, durante os trabalhos preparatórios da referida convenção, “vários países e autores apresentaram o seguinte argumento para apoiar a existência de uma norma internacional consuetudinária: o Direito Internacional que impõe a repressão destes crimes não menciona a prescrição, e esta deve ser considerada como derogatória ao direito comum; ela não poderia, em consequência, ser invocada”⁵⁶, motivo pelo qual a materialização da imprescritibilidade na convenção teria apenas caráter declaratório, e não constitutivo.

Por conseguinte, é possível elencar algumas características⁵⁷ que compõem o conceito de crimes contra a humanidade: a) podem tanto ser cometidos em tempos de guerra quanto em tempos de paz; b) tratam-se de crimes de massa, dirigidos a pessoas indiscriminadas, ao contrário do genocídio; c) são cometidos por agentes estatais em face de civis da mesma ou de diferentes nacionalidades daquelas do Estado de origem do(s) autor(es); e d) podem incluir, além de assassinatos e extermínio, outras condutas criminosas descritas no artigo 7^o, §1^o do Estatuto de Roma, de forma conjunta ou isolada.

Da definição extraída do referido artigo, é possível observar alguns elementos constitutivos do crime internacional em questão.

O primeiro deles consiste no ataque à população civil. É importante ressaltar que o fato de estes crimes se dirigirem à população civil de um Estado não significa, de modo algum, que toda a população deverá ser atingida para que, somente então, se caracterize o crime. A ideia do requisito, ao contrário, é a de afastar a imputação a ataques dirigidos contra indivíduos específicos ou a atos de violência isolados, concentrando-se na demonstração de que um número significativo de pessoas

foi afetado.⁵⁸

Além disso, o *status* formal de civil não é relevante para caracterizá-lo enquanto tal, mas, sim, o papel efetivamente desempenhado pelo indivíduo no momento das hostilidades, o que permite, por exemplo, que até mesmo membros das forças militares que depuseram as armas (*hors de combat*) sejam entendidos como civis.⁵⁹

Por “ataque”, então, deve-se compreender “uma série de atos de violência, quando cometidos de forma múltipla”⁶⁰, ainda que se trate de um único ato de homicídio intencional praticado pelo autor, se tal conduta se enquadrar no contexto geral, conforme também restou assentado no caso “Procurador v. Duško Tadić”.⁶¹ Não se faz necessário que o ataque seja “militar”.⁶²

Além disso, da forma como decidiu a Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, no caso “Procurador v. Dragoljub Kunarac e outros”, o “ataque” praticado no contexto de um crime contra a humanidade “não está limitado ao uso da força armada; engloba qualquer maltrato à população civil”.⁶³

O segundo requisito é a generalidade (extensão) e sistematicidade. Embora conste no texto literal do artigo 7^o, §1^o do Estatuto de Roma a conjunção alternativa “ou”, na jurisprudência e doutrina mais recentes prevalece o entendimento de que, na verdade, os requisitos devem estar presentes de forma simultânea, uma vez que indissociáveis.⁶⁴

O caráter “generalizado” do ataque diz respeito a sua incidência em uma área territorial abrangente, em-

⁵⁵ ARTIGO 4^o

Os Estados- Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos “artigos 1^o e 2^o” da presente Convenção, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria.

⁵⁶ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322-323.

⁵⁷ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 340-341.

⁵⁸ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 341 e 343.

⁵⁹ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 342.

⁶⁰ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344.

⁶¹ Traduzido de: “649. [...] Clearly, a single act by a perpetrator taken within the context of a widespread or systematic attack against a civilian population entails individual criminal responsibility and an individual perpetrator need not commit numerous offences to be held liable”. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁶² CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 344.

⁶³ Traduzido de: “86. [...] Also, the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population.”. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁶⁴ CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 345.

bora, como já dito, mesmo um único ato pode vir a se caracterizar como crime contra a humanidade, caso venha a vitimar significativo contingente da população civil.

Por sua vez, o caráter “sistemático” refere-se à execução do ato como resultado de uma política de Estado ou um plano pré-concebido, noção que surgiu com a finalidade de excluir da noção de crimes contra a humanidade atos aleatórios, que não foram cometidos como expressão de um plano maior. Necessário salientar que o fator político da sistematicidade do ataque não precisa estar formalizado e, assim, pode ser deduzido da forma pela qual o ato é levado a efeito, inclusive porque, se o ato ocorre de maneira generalizada e sistemática, já se tem a demonstração de uma política no sentido de cometê-lo.⁶⁵

Além disso, no caso “Procurador v. Tihomir Blaškić”, o Tribunal Penal Internacional, para a Ex-Iugoslávia, definiu que o caráter “sistemático” pode ser aferido a partir da análise da “*existência de um objetivo político, um plano a partir do qual o ataque é perpetrado ou uma ideologia, no sentido amplo da palavra, isto é, destruir ou enfraquecer uma comunidade; perpetração de uma conduta criminosa em uma escala muito ampla contra um grupo de civis ou a prática repetida e contínua de atos desumanos unidos uns aos outros; preparação e uso de recursos públicos e privados significativos, sejam eles militares, sejam eles de outra espécie; implicação de autoridades militares ou políticas de alto escalão na definição e estabelecimento de um plano metódico*”.⁶⁶

A respeito da análise dos elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade, é possível observar que, como resultado dos trabalhos preparatórios anteriores à elaboração Estatuto de Roma, os Estados bus-

caram delimitar, o máximo possível, as características do delito em sede convencional, muitas vezes tornando mais claros os seus elementos costumeiros ou, até mesmo, os restringindo. No entanto, é de se verificar que ainda restou considerável espaço interpretativo a ser preenchido pela prática jurisprudencial das cortes e, em especial, do Tribunal Penal Internacional, tendo em vista a reiterada utilização das expressões e cláusulas abertas constantes, por exemplo, nas alíneas “e”⁶⁷, “g”⁶⁸, “h”⁶⁹ e “k”⁷⁰ do artigo 7º.

A previsão de cláusulas a permitir interpretação analógica (ou analogia *intra legem*), no entanto, não é nem incomum, nem incompatível com as características do direito penal nos países de tradição da *civil law*⁷¹, tendo em vista que não seria possível ao legislador prever, de antemão, todas as situações de fato que ocorrem na complexidade da vida moderna. Basta lembrar que, no âmbito nacional, são inúmeras as hipóteses de abertura interpretativa constantes no Código Penal, dentre as quais é possível citar os artigos 71, 121, §2º, III, 146, 147, 150, §5º, II, 171, *caput*, 215, 230, §2º, 284, II, 296, §1º, III, 319-A, 334, §1º, II, 334-A, §1º, I e 349-A.

Resta examinar se a prática de *land grabbing* pode configurar um delito autônomo no direito internacional penal ou, de outro lado, se caracteriza um crime contra a humanidade em virtude das circunstâncias e das condutas pelas quais é levada a efeito.

4.1 É o *land grabbing* um delito autônomo no direito internacional penal?

Embora, ainda nos dias atuais, os elementos que compõem os crimes internacionais “não estejam sem-

⁶⁵ Traduzido de: “653. [...] *such a policy need not be formalized and can be deduced from the way in which the acts occur. Notably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not*”. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2017.

⁶⁶ Traduzido de: “203. The systematic character refers to four elements which for the purposes of this case may be expressed as follows: - the existence of a political objective, a plan pursuant to which the attack is perpetrated or an ideology, in the broad sense of the word, that is, to destroy, persecute or weaken a community; - the perpetration of a criminal act on a very large scale against a group of civilians or the repeated and continuous commission of inhumane acts linked to one another; - the preparation and use of significant public or private resources, whether military or other; - the implication of high-level political and/or military authorities in the definition and establishment of the methodical plan”. Disponível em: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

⁶⁷ e) [...] ou outra forma de privação da liberdade física grave [...];

⁶⁸ g) [...] ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

⁶⁹ h) [...] ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

⁷⁰ k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

⁷¹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Arts. 1º a 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. Tomo 1. p. 97; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 198-199; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 40-41; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 139.

pre suficientemente estabelecidos no direito internacional a ponto de preencher os ‘princípios da legalidade’ tal como reconhecidos nos principais sistemas de justiça do mundo”⁷², o desenvolvimento teórico da matéria levou, cada vez mais, à necessidade de que a legalidade formal seja observada em nível internacional.⁷³

Nesse sentido, os crimes internacionais “por natureza”, cuja competência para investigar, processar e julgar pertence ao Tribunal Penal Internacional, são exclusivamente aqueles descritos no artigo 5º do Estatuto de Roma, quais sejam: crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Não se pode extrair da interpretação do referido tratado, portanto, quaisquer outros delitos senão aqueles previstos no referido artigo, sob pena de caracterizar-se inadmissível analogia ou interpretação extensiva.

Assim, em que pese a prática de *land grabbing* representar massiva violação de direitos humanos, não é possível afirmar que configura um delito autônomo no direito internacional penal, especialmente em razão de se tratar de assunto ainda incipiente na prática jurisprudencial e doutrinária. Nem na esfera convencional, uma vez que não existe tratado celebrado em âmbito global contendo a necessidade de prevenção e punição a esse tipo de conduta, nem no plano costumeiro, já que não se identifica uma prática reiterada durante certo período e amplamente aceita pelos Estados como juridicamente exigível.

4.2 Da possibilidade de caracterização do *land grabbing* como crime contra a humanidade

Se, por um lado, é certo que a legalidade formal — progressivamente incorporada ao direito internacional penal — deva funcionar como parâmetro para a definição dos crimes internacionais e dos fatos típicos, por outro, resta considerável espaço interpretativo à jurisprudência internacional para adaptação dos elementos que compõem as normas penais internacionais a condições sociais cambiantes.

No âmbito internacional, é amplamente acolhida nos sistemas regionais europeu e interamericano de direitos

humanos⁷⁴, como critério hermenêutico, a chamada “interpretação dinâmica e evolutiva” das convenções internacionais de direitos humanos. Flávia Piovesan a define como “a necessidade de considerar as mudanças ocorridas nos planos social e político para a adequada interpretação dos direitos nela estabelecidos. Isto é, o alcance e o significado dos direitos não podem restar confinados e estagnados às concepções do momento em que foi elaborada a Convenção”⁷⁵.

É de se destacar, todavia, que a interpretação judicial no sentido de promover a adequação de normas à realidade atual deve se cercar de cautelas, especialmente na seara criminal. Tal como destaca Cassese, os “juízes não podem criar suportes fáticos⁷⁶ de crimes a partir do zero, ou seja, introduzir novos elementos constitutivos típicos. Eles só podem adaptar as disposições que criminalizam determinados suportes fáticos de crime à mudança das condições sociais [...], [o que] pode resultar na ampliação do âmbito da conduta típica relevante”⁷⁷.

O autor segue, então, elencando alguns requisitos para que se considere admissível a referida adaptação, a saber:

⁷⁴ Nesse sentido, a título de exemplo, destaca-se, no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos, o caso “Tyrer v. Reino Unido” (§31), e, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, os casos Atala Riffo e crianças v. Chile (§83), Artavia Murillo e outros (fecundação *in vitro*) v. Costa Rica (§245) e Canales Huapaya e outros v. Perú (§25), bem como as Opiniões Consultivas nº. 16/99 (§114) e 21/14 (§55). Desta última, extrai-se que “a Corte reiteradamente indicou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Essa interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação dispostas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como com as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”.

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.

⁷⁶ Necessário um esclarecimento no sentido de que, neste artigo, optou-se por traduzir o termo *fattispecie* (também conhecido, na doutrina estrangeira, por *Tatbestand* e *state of affairs*) como “suporte fático”, tal como o faz Pontes de Miranda. Para o referido autor, fato jurídico é, então, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica, sendo um de seus elementos essenciais o suporte fático, que consiste na previsão, por uma norma jurídica, da hipótese fática que condiciona a existência do próprio fato jurídico, isto é, o antecedente lógico da proposição normativa chamada de suporte fático. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I. p. 77; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

⁷⁷ Traduzido de: “I giudici non possono creare fattispecie di reato ex novo, ossia introdurre nuovi elementi costitutivi tipici. Essi possono soltanto adattare le disposizioni che incriminano determinate fattispecie di reato al mutamento delle condizioni sociali [...], [o que] può tradursi nell’ampliamento dell’ambito delle condotte tipiche rilevanti [...]”. CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 204. v. 1

⁷² BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2nd rev. ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 13.

⁷³ CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 192. v. 1

Para ser admissível, esta adaptação deve ser: a) harmônica com as normas que fundamentam a responsabilidade penal para aquele determinado fato típico, ou, mais especificamente, com as normas que definem “o núcleo essencial do suporte fático típico”; b) conforme aos princípios fundamentais de direito internacional penal, ou, ao menos, aos princípios gerais de direito — e, na verdade, idônea a implementar estes próprios princípios; e, portanto, c) razoavelmente previsível para os seus destinatários (o réu, isto é, deveria ter sido capaz de prever, racionalmente, uma extensão similar do âmbito de punibilidade das normas incriminadoras, precisamente porque conforme aos princípios gerais de direito penal).⁷⁸

A própria enunciação relativamente genérica dos crimes internacionais no Estatuto de Roma, bem como a previsão de cláusulas de abertura nas mencionadas alíneas “e”, “g”, “h” e “k” do artigo 7º, permite a adaptação evolutiva do direito internacional penal. Em razão disso, é possível afirmar que a Procuradoria do TPI, quando, em seu *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, traz a público os critérios que guiarão a seleção de casos a serem investigados no tribunal, não cria novos tipos penais, mas apenas adequa a interpretação dos crimes contra a humanidade às necessidades atuais, especialmente tendo em vista o seu impacto à luz dos danos social, econômico e ambiental às populações atingidas.

Isto porque, em se tratando de uma descrição geral e abstrata, não há como a norma internacional prever toda e qualquer hipótese de incidência. No caso específico dos crimes contra a humanidade descritos no artigo 7º do Estatuto de Roma, a existência de cláusulas abertas nas alíneas anteriormente listadas é o maior exemplo disso.

Nesse sentido, não obstante a comunicação feita ao Tribunal Penal Internacional sobre a situação do Camboja esteja em sigilo por determinação do tribunal, do sumário das imputações é possível verificar que trata de deslocamento forçado de populações (artigo 7º, alínea

“d”), de assassinatos (artigo 7º, alínea “a”), de perseguições (artigo 7º, alínea “h”), de prisões ilegais e formas de privação arbitrária da liberdade (artigo 7º, alínea “e”) e de outros atos desumanos (artigo 7º, alínea “k”) como condutas ensejadoras da prática de crimes contra a humanidade, no contexto de *land grabbing* que vem ocorrendo naquele país.

Especificamente quanto às hipóteses descritas nas alíneas “e”, “h” e “k”, vê-se que o denunciante busca considerar o contexto de *land grabbing*, considerado grave violação de direitos humanos, suporte fático típico dos crimes contra a humanidade. Se considerado o Estatuto de Roma um tratado de direitos humanos que, destinado “*a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes*”⁷⁹, prevê mandados internacionais de criminalização como evidência do relacionamento entre a proteção dos direitos humanos e a função do direito penal⁸⁰, é necessário adotar uma interpretação dinâmica e evolutiva do Estatuto, a fim de que se considere, em tese, a prática de *land grabbing* — e das condutas a ele atreladas — como crime contra a humanidade.

Conforme se observará, a prática de *land grabbing* se amolda a todos os elementos caracterizadores dos crimes contra a humanidade.

Primeiramente, o seu contexto tem como pano de fundo a prática de um rol de crimes, descritos no art. 7º, §1º do Estatuto de Roma — a exemplo de assassinatos, extermínios, deslocamentos forçados, entre outras condutas, de modo conjunto ou isolado —, cometidos como parte integrante de uma ação ou política de Estado e por agentes estatais, que, aliados a grandes companhias de caráter transnacional, perseguem e expulsam os pequenos produtores de suas áreas de cultivo com o objetivo de implementar a monocultura. Evidenciado, portanto, o caráter sistemático da conduta.

Esse critério “*ajuda a distinguir entre ataques planejados, direcionados e organizados e atos de violência espontâneos e isolados*”.⁸¹ A Segunda Câmara de Instrução do Tribunal

⁷⁸ Traduzido de: “Per essere ammissibile, tale adattamento deve essere: a) in armonia con le norme che fondano la responsabilità penale per quel determinato fatto tipico, ovvero, più specificamente, con le norme che definiscono “il nucleo essenziale della fattispecie tipica”; b) conforme ai principi fondamentali del diritto internazionale penale, o quantomeno ai principi generali di diritto - ed invero idoneo ad attuare i principi stessi; e quindi, c) ragionevolmente prevedibile da parte dei suoi destinatari (l'imputato, cioè, avrebbe dovuto essere in grado di prevedere, razionalmente, una simile estensione dell'ambito di punibilità delle norme incriminatrici, proprio perché conforme ai principi generali di diritto penale)”. CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005. p. 204. v. 1

⁷⁹ Parágrafo quinto do Preâmbulo do Estatuto de Roma.

⁸⁰ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 9-55, set. 2006. p. 55.

⁸¹ OEHM, Franziska Maria. Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity – Approaches in International Criminal Law. *Verfassung und Recht in Übersee, Law and politics in Africa / Asia / Latin America*, v. 48, p. 469 – 491, 2015. p. 480.

Penal Internacional, em março de 2010, na “Decisão em Conformidade com o Artigo 15 do Estatuto de Roma sobre a Autorização de uma Investigação acerca da Situação na República do Quênia”, entendeu que “o caráter organizado de alguns dos ataques pode, ainda, ser inferido a partir da estratégia e do método empregados no ataque”⁸², o que deve ser verificado caso a caso. Na prática, contudo, talvez seja aquele mais difícil de ser caracterizado, tendo em vista que demanda a demonstração de que o ente estatal e/ou os agentes privados promoveram e encorajaram tais ataques à população civil.

Além disso, não se faz necessário que toda a população civil seja atingida a fim de que se caracterize o crime em questão, bastando que um número significativo o seja, tal como ocorreu, nos últimos anos, no Camboja, que teve mais de meio milhão de cidadãos afetados por este processo de grilagem de terras públicas desde o início dos anos 2000, número equivalente ao percentual de 6% da população de todo o país. É o que a doutrina conceitua de caráter generalizado da conduta.

Um terceiro ponto essencial é a compreensão de que se trata de condutas praticadas e dirigidas contra pessoas indiscriminadas, isto é, são “crimes de massa”, o que, ao mesmo tempo em que as aproxima do conceito de crimes contra a humanidade, as afasta do crime de genocídio, que é direcionado a populações específicas.

Ademais, para além da conformação aos elementos constitutivos dos crimes contra a humanidade, a prática de *land grabbing* também se insere nos critérios elencados na proposta de Cassese para tornar viável a interpretação evolutiva do tipo penal no direito internacional. A uma, porque a adaptação em análise é harmônica com as normas que define o chamado “núcleo essencial do suporte fático típico” dos crimes contra a humanidade, tal como se demonstrou acima. A duas, porque está conforme aos princípios fundamentais que regem o direito internacional penal, notadamente o da legalidade formal. A três, porque se trata de proposta hermenêutica razoavelmente previsível para os seus destinatários, que não podem alegar desconhecimento de que os assassinatos, os extermínios, as agressões e os deslocamentos forçados, no contexto do *land grabbing*, estariam à margem da moldura interpretativa.

⁸² Traduzido de: “121. [...] the organized nature of some of the attacks may further be inferred from the strategy and method employed in the attack”. Disponível em: <http://www.legal-tools.org/doc/338a6f/pdf/>. Acesso em: 20 set. 2018.

Assim é que, a partir de um espectro mais amplo de análise, que considera novos fenômenos sociais, torna-se necessário promover uma releitura dos atos de deslocamento forçado de populações, de assassinatos, de prisões ilegais ou detenções arbitrárias e de atos desumanos e degradantes, tanto como antecedentes quanto como consequentes de crimes contra a humanidade, no contexto da prática de *land grabbing*. A interpretação proposta, além de se harmonizar com as normas que conferem fundamento à responsabilização penal internacional, se adequa aos princípios fundamentais que regem a matéria e está prevista no suporte fático típico dos crimes contra a humanidade.

É importante mencionar, ainda, quanto à autoria de tais atos praticados no contexto do *land grabbing*, que, apesar de existirem importantes precedentes internacionais — oriundos, em especial, do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg — acerca da possibilidade de responsabilizar empresas pela cumplicidade na prática de ilícitos internacionais, de que são exemplos os casos *U.S. v. Friedrich Flick et al.*, *U.S. v. Krauch et al. (I. G. Farben)* e *U.S. v. Alfred Krupp et al.*, o direito internacional penal contemporâneo, no marco do Estatuto de Roma, não admite esta hipótese, tal como o direito alemão⁸³ e ao contrário do que ocorre no Brasil e em outros países, a exemplo da França e da Espanha.

Isso não significa, contudo, que as graves violações de direitos humanos que caracterizam o *land grabbing*, praticadas no âmbito de atividades empresariais, fiquem impunes, uma vez que as pessoas físicas (administradores, representantes, dirigentes, gestores, presidentes, etc.) com poderes de controle e direção empresarial estão sujeitas à jurisdição do TPI.⁸⁴

De todo modo, ainda que não se possa extrair, diretamente, dos precedentes citados a possibilidade de

⁸³ “Las personas jurídicas y las asociaciones de personas sólo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos por lo que no pueden ser castigadas por sí mismas. Además, frente a ellas la desaprobación ético-social que reside en la pena no posee ningún sentido, porque un reproche culpabilístico sólo puede alzarse frente a personas individuales responsables y no frente a miembros no intervinientes o frente a una masa patrimonial. La punibilidad de colectivos de personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho penal alemán, especialmente con los conceptos de acción y de culpabilidad.”. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 243.

⁸⁴ MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. La responsabilidad penal de las empresas por graves violaciones de derechos humanos: práctica actual y desafíos futuros. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 135, 2018.

responsabilizar empresas pela prática de *land grabbing* no direito internacional penal, ao menos se tem reconhecido sua capacidade de violar normas de direito internacional e, dessa forma, se pode inferir que as empresas têm uma obrigação — ainda a se consolidar, é verdade — de se abster de cometer atos que constituam crimes internacionais.⁸⁵ Inclusive, as recentes manifestações da procuradora do TPI nesse sentido, por meio do seu já citado *Policy Paper* de 2016, servem como indicativo de um esforço no sentido de que as atividades empresariais venham a ser analisadas, cada vez mais e com maior precisão, à luz do direito internacional penal.⁸⁶

5 Considerações finais

O direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional penal representam facetas complementares de um mesmo objetivo, que é a proteção das vítimas de violações de direitos. A fertilização cruzada entre esses dois ramos do direito internacional, por conseguinte, é imprescindível para a implementação efetiva dos direitos humanos: nem um escudo sem espada, nem uma espada sem escudo.

A dinâmica que caracteriza a forma pela qual a sociedade mundial globalizada se estrutura, com o notável predomínio de subsistemas — dos quais é exemplo a economia —, marcados por expectativas cognitivas de comportamento, desterritorializadas, altamente propensas ao aprendizado e dotadas de viés expansivo frente a outros subsistemas, ressalta a importância do reforço dos mecanismos jurídicos para lidar com o estado de coisas atual.

Se, de um lado, a consolidação, em tratados internacionais, de normas penais de *jus cogens* serviu, entre outros fatores, para adequar o direito internacional penal às exigências da legalidade formal, de outro, sua

leitura deve ser constantemente refeita, em um verdadeiro equilíbrio dinâmico, com base na consideração ao surgimento de novas condições sociais, políticas e econômicas.

Isto porque o fenômeno do *land grabbing*, ainda pouco conhecido e estudado no âmbito do direito internacional penal, tem ocorrido de maneira cada vez mais frequente em escala mundial. Conforme se defende neste trabalho, trata-se do resultado das chamadas “tendências maximizantes” do sistema econômico da sociedade mundial, que se pauta em decisões de agentes econômicos que almejam a maximização dos lucros, tomadas, muitas vezes, fora do território nacional e em constante tensão com as expectativas normativas que caracterizam o sistema jurídico.

Por esta razão, o artigo buscou analisar as principais características do *land grabbing* no contexto global e nacional, conceituando-o como o investimento de larga escala na monocultura de exportação em terras públicas, que é promovido, especialmente, por corporações transnacionais e associado à expulsão, mediante violência ou grave ameaça, de famílias de produtores rurais com o incentivo de agentes públicos ou do ente estatal beneficiários do aporte de capitais.

É possível concluir, portanto, com base em revisão bibliográfica e jurisprudencial sobre o panorama dos crimes internacionais, que o *land grabbing* — prática cada vez mais comum no Brasil e no mundo — pode ser caracterizado um crime contra a humanidade na hipótese de estarem preenchidos os requisitos do artigo 7º do Estatuto de Roma. Além de restar considerável espaço hermenêutico a ser preenchido no texto do referido artigo, em especial devido à tipificação genérica e à adoção de cláusulas abertas, se trata de uma interpretação atenta à realidade dos fatos e às exigências de justiça na sociedade mundial.

Referências

AMBOS, Kai. *Derecho Penal Internacional Económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Burgos: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

⁸⁵ AMBOS, Kai. *Derecho Penal Internacional Económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Burgos: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 42-43; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella; NOGUEIRA, Clara Soares; BISCAIA, Bruno Simões. Limites na responsabilização internacional de empresas nos sistemas regionais de direitos humanos: o aprendizado institucional como alternativa. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo. *Empresas e direitos humanos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 65.

⁸⁶ AMBOS, Kai. *Derecho Penal Internacional Económico: fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Burgos: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 60-61.

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução AGNU n.º 2391 (XXIII), de 26 de novembro*. Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, 1968.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. 2nd rev. ed. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. *Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro*. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, 2002.
- BRASIL. *Decreto n.º 591, de 6 de julho*. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992.
- BRASIL. *Decreto n.º 592, de 6 de julho*. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1992.
- CASSESE, Antonio. *Lineamenti di diritto Internazionale penal*. Diritto sostanziale. Bologna: Ed. Il Mulino, 2005.
- COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. *Atlas de Conflitos na Amazônia*. Goiânia: CPT; São Paulo: Entremares, 2017.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Tyrer v. Reino Unido, Requerimento n.º 5856/72, 25 de abril, 1978*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Artavia Murillo e outros (fecundação in vitro) v. Costa Rica”, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 28 de novembro, Série C, n.º 257, 2012*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Atala Ríffo e crianças v. Chile”, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de fevereiro, Série C, n.º 239, 2012*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso “Canales Huapaya e outros v. Perú”, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 24 de junho, Série C, n.º 296, 2015*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n.º 16/99 sobre o Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal, 1º de outubro, 1999*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva n.º 21/14 sobre Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional, 19 de agosto, 2014*.
- CRETELLA NETO, Jose. *Curso de direito internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; MÖLLER, Kolja. *Luta pelos direitos sociais globais: o delicado seria o mais grosseiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Günther. *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2006.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Arts. 1º a 10. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. Tomo 1.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 5. ed. Granada: Editorial Comares, 2002.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. La responsabilidad penal de las empresas por graves violaciones de derechos humanos: práctica actual y desafíos futuros. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 129-149, 2018.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OEHM, Franziska Maria. Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity – Approaches in International Criminal Law. *Verfassung und Recht in Übersee, Law and politics in Africa / Asia / Latin America*, v. 48, p. 469 – 491, 2015.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. Extensão e fragmentação no contexto da jurisdição penal internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 422-442, 2016.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia P.; TORELLY, Marcelo. *Empresas e direitos humanos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.
- RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 62, p. 9-55, set. 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SHAW, Malcolm N. *International Law*. 7. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- TEUBNER, Günther. Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch “private” transnationale Akteure. *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, 45, 2006.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Caso “Procurador v. Duško Tadić”, nº. IT-94-1-AR72, 2 de outubro, 1995.*
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Caso “Procurador v. Tibomir Blaškić”, nº. IT-95-14-T, 3 de março, 2000.*
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA. *Caso “Procurador v. Dragoljub Kunarac e outros”, nº. IT-96-23/1-A, 12 de junho, 2002.*
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. “*Decisão em Conformidade com o Artigo 15 do Estatuto de Roma sobre a Autorização de uma Investigação acerca da Situação na República do Quênia*”, nº. ICC-01/09, 31 de março, 2010.
- TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation*, 16 de setembro, 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf. Acesso em: 18 set. 2018.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Descolonialismo e o Direito Internacional Privado na América Latina: desvendando novos paradigmas

Descolonialism and the Private International Law in Latin America: developing new paradigms

Eduardo Biacchi Gomes

Luis Alexandre Carta Winter

Descolonialismo e o Direito Internacional Privado na América Latina: desvendando novos paradigmas*

Descolonialism and the Private International Law in Latin America: developing new paradigms

Eduardo Biacchi Gomes**

Luis Alexandre Carta Winter***

Resumo

O Direito Internacional Privado, também denominado de conflito de leis no espaço, em sua concepção tradicional, tem por objetivo, dentre outros temas, definir os critérios de conexão para fins de resolver as relações jurídicas conectadas entre dois sistemas jurídicos. Sua construção possui nítida influência da visão europeia e, de certo ponto, norte-americana, por meio da escola anglo-saxônica. Considerando-se tal disciplina, a hipótese central do presente artigo, se assenta no método de abordagem o dialético e de procedimento o método histórico-comparativo, versa, de um lado, sobre a evolução do direito internacional privado clássico, e, de outro, a perspectiva latino-americana, com base em perspectiva descolonial. A novidade da pesquisa consiste em investigar a questão de acordo com paradigmas do descolonialismo e da interculturalidade sem ignorar a perspectiva eurocêntrica da construção do direito internacional privado. Há de se lembrar que a América Latina possui interessantes experiências nessa perspectiva, especialmente no que diz respeito à própria humanização do Direito Internacional Privado e também em relação aos critérios uniformizadores das normas.

Palavras-chave: 1. Descolonialismo. 2. América Latina. 3. Uniformização. 4. Direito Internacional Privado. 5. Eurocentrismo

Abstract

The International Private Law, also called conflict of laws in space, in its traditional conception aims, among other things, to define the connection criteria to resolve the legal relationships connected between two legal systems. Its construction is clearly influenced by the European and, to a certain extent, American view, through the Anglo-Saxon school. The central hypothesis of this article, using the dialectic approach method and procedure, comparative-historical method, concerns, on one side, on the evolution of private international law, and on the other, from the perspective Latin America and within a descolonial perspective. The novelty of the research is to investigate the matter under the paradigm of descolonialismo and in-

* Recebido em 12/01/2019
Aprovado em 17/02/2019

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de Pós-doutoramento na Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Estágio de Pós-doutoramento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniBrasil. Professor Titular de Direito Internacional da PUCPR. Professor Adjunto de Direito Internacional da UNINTER.
Email: eduardobiacchigomes@gmail.com

*** Doutor em Direito pelo PROLAM, USP. Professor do PPGD da PUCPR e do PPGDH da mesma instituição. Professor Titular de Direito Internacional da PUCPR. Professor de Direito Internacional do UNICURITIBA.
Email: lacwad@gmail.com

terculturality without abandoning the Eurocentric perspective of construction of private international law. We must remember that Latin America has interesting experience in this respect, especially with regard to the humanization of international law and also with regard to uniformizers of the standards criteria.

Keywords: 1. Decolonialism. 2. Latin America. 3. Uniformization. 4. International Private Law. 5. Eurocentrism.

1 Introdução

Em uma sociedade altamente globalizada, com a queda das fronteiras mundiais, há um (re)pensar da soberania dos Estados, do intercâmbio comercial e do desenvolvimento dos mercados financeiros mundiais. Isto sem se olvidar na necessidade da ciência do direito ter como destinatário final imediato não mais somente os agentes do comércio ou os Estados, mas sim a pessoa humana.

Nesse sentido, torna-se cada vez mais frequente a profusão de normas, em sentido geral, para regulamentar tais relações jurídicas que envolvam fatos conectados a dois ou mais ordenamentos jurídicos. O direito internacional privado constitui uma multiplicidade de fontes jurídicas, que não mais se resumem àquelas emanadas pelos Estados e que possuem caráter vinculante (leis e tratados ratificados pelos Estados).

A respeito da nova contextualização, há aquelas normas que são assimiladas pelos Estados e pelos particulares e que, em sentido estrito, não possuem caráter obrigatório, mas são aceitas e aplicadas em virtude de sua relevância em determinado tema, trata-se do chamado *direito permeável* ou *soft law* e que pode se originar de fontes estatais e não estatais.¹

Ao investigar as origens do direito internacional privado, observa-se que seu surgimento se dá na Idade Média, com base nas chamadas escolas estatutárias europeias (italiana, francesa, holandesa e alemã, percorrendo quatrocentos anos de evolução, para chegar ao século XIX) tendo como desdobramentos doutrinadores importantes, como Joseph Story (escola anglo-saxônica), Pasquale Mancini e Savigny.

¹ Exemplos de soft law: INCOTERMS, Princípios UNIDROIT, Declaração da ECO/92, a chamada Agenda 21, dentre outras.

Também há de se ressaltar, dentro desse processo histórico, a questão da crescente necessidade de uniformização das normas de direito internacional privado, vislumbradas, sobretudo, por meio dos tratados emanados nas Conferências da Haia sobre Direito Internacional Privado, na Comissão de Comércio Internacional das Nações Unidas²³ e mesmo no UNIDROIT⁴, Instituto para a Unificação do Direito Internacional Privado e a Câmara de Comércio Internacional de Paris.⁵

Em âmbito regional, o destaque se dá para técnica legislativa e uniformizadora elaborada pela União Europeia, por meio dos Regulamentos de Roma e de Bruxelas e que se revelam capazes de transmutar a forma

² Seu principal resultado foi a elaboração da Convenção de Viena sobre Compra e Venda de Mercadorias, 1980.

³ WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015 p. 379-394. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3217/pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2019.

⁴ BARROS, Guilherme Freire de Melo; BARROS, Marcelle Franco Espíndora. Aplicação dos princípios UNIDROIT no plano Brasil maior: o suprimento de uma lacuna na política brasileira de desenvolvimento econômico. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014 p. 162-177. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2759/pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2019.

⁵ Nesse sentido: “O mais exitoso caso de lei sem Estado foi o da *lex mercatoria*, uma ordem jurídica transnacional de mercados globais criada à parte do direito nacional e internacional. *Lex mercatoria* refere-se a um rico fundo de práticas comerciais, formado sob as condições caóticas do mercado global ou, alguém poderia dizer, das práticas impostas pelos interesses econômicos predominantes. Contratos celebrados por empresas multinacionais não suscetíveis à jurisdição ou à lei nacional, mas à arbitragem internacional e à lei comercial transnacional, independentes de qualquer direito nacional. Diante disso, aventam-se algumas questões: As cortes nacionais deveriam reconhecer a “justiça privada” da *lex mercatoria* como um novo direito positivo com validade transnacional? Poderia tal fenômeno normativo ambíguo — que está “entre e além” dos direitos dos Estados-nação e, ao mesmo tempo “entre e além” do direito e da sociedade — ser aplicado por órgãos arbitrais de acordo com as regras do direito internacional privado? Conteria regras distintas e princípios próprios? Certamente, uma nova prática legal, com direitos substantivo e adjetivo próprios, que não pode ser integrada na hierarquia tradicional do direito nacional ou internacional, ao contrário, se esquivam de pretensões regulatórias do direito nacional e internacional e exercitam sua própria soberania. Essa é a diferença fundamental entre a *lex mercatoria* e outras formas contratuais que operam e apenas existem dentro da hierarquia legal”. In: ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, pp. 116 a 133, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2854>>. Acesso em: 12 janeiro de 2019.

tradicional e conflitual do direito internacional privado, de modo a transformar a utilização das normas a serem aplicadas dentro do mercado comum europeu.⁶

Muito embora a doutrina privatista internacional, em grande parte, defenda a chamada “europeização do direito internacional privado” e as suas influências dentro de outros ordenamentos jurídicos como o latino-americano e o brasileiro, o direito latino-americano tem contribuído, enormemente, para construção e evolução do direito internacional privado, como as normativas elaboradas dentro do Mercosul, bem como os trabalhos que resultaram de convenções elaboradas No marco das Conferências de Direito Internacional Privado (CIDIP’s), no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

O presente trabalho se vale do método de abordagem dialético, já que o fundamento maior é identificar as peculiaridades do sistema latino-americano com a europeização do DIPRI.

Como método de procedimento, utiliza-se o histórico-comparativo. A problematização do artigo consiste em investigar se o direito internacional privado latino-americano está na linha da chamada europeização ou não.

Para responder tal questão, optou-se por construir essa resposta com base nos paradigmas do diálogo intercultural e do descolonialismo, e, posteriormente, evidenciar a evolução do direito internacional privado com base na perspectiva europeia para então, ao final, identificar as contribuições da América Latina na construção de suas normas.

2 Interculturalidade, Descolonialismo e o Direito Internacional Privado.

(Re) Pensar o Direito Internacional Privado com o objetivo de trazer elementos à uma perspectiva descolonial requer um exercício de conexão para entender o paradigma da descolonialidade, para além de questões sociológicas, das ciências políticas e dos direitos humanos.

Com base na presente perspectiva, torna-se importante questionar-se como o próprio direito foi (e

continua sendo) elaborado dentro da sociedade latino-americana e aqui, especialmente, sob a perspectiva do Direito Internacional Privado. Parte-se do pressuposto de que a criação e evolução do Direito Internacional Privado decorre da visão europeia e da escola anglo-saxônica. Nos dias atuais, o direito da União Europeia exerce considerável influência para a uniformização do direito internacional privado.

No ponto, ressalte-se a importância dos sistemas de codificações dentro do direito, nitidamente da *civil law*, e que refletem — naturalmente — para o direito internacional privado, dentro das propostas (ainda que isoladas) de uniformização sua (por meio de convenções específicas) e mesmo de anseios (ainda que inatingíveis) de codificação do direito internacional privado.

Nos processos de codificações do direito, nada mais natural que — sob a perspectiva europeia — a fonte legislativa parta dos chamados centros de poder estatal, como ocorre desde a antiguidade, já que, na Roma antiga, a chamada “centralidade do poder” esteve sempre presente e, ademais, influenciou a construção e a evolução do *civil law* nas codificações napoleônicas⁷

Dita *centralidade de poder*, todavia, pressupõe um domínio cultural de uma sociedade frente outras e não permite, muitas vezes, o surgimento de “*sistemas plurais pulverizados*”⁸ e que se traduziria em elaborações legislativas e normativas esparsas, levando-se em consideração as particularidades de cada sociedade.⁹

RODAS e MONACO asseveram que:

(...) a codificação é o produto do pensamento iluminista tendo encontrado no jusracionalismo o espaço necessário e profícuo para o seu pleno desenvolvimento. (...) Isso porque o jusracionalismo se apresentou como o mais significativo instrumento para uma construção racional do direito, estado que está no conceito de sistema como a estrutura ideal para a ordenação social, porquanto dotado de coerência e pelo fato principal de ser sua expressão maior de unidade.¹⁰

⁷ RODAS, José Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. FUNAG:Brasília, 2007, pp.36 e ss.

⁸ Idem, ibidem.

⁹ Muito embora, conforme apontam os autores, ao se comentar sobre os métodos de aproximação legislativa, tem-se uma alternância entre a existência de “um único sistema de regulação social ditado pelo poder central, ora de sistemas plurais, pulverizados e particularizados (...)”. Obra e autor já citados, p. 35.

¹⁰ RODAS, José Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. FUNAG:Brasília, 2007, p. 45.

⁶ JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado*. Caráter Universal da Lei Aplicável e outros contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Juruá: Curitiba, 2012, pp. 10 e ss.

Trata-se, portanto, da visão eurocêntrica do próprio conceito de Estado e da construção do direito, que, por meio das propostas de codificações, influenciou a América Latina.

No que diz respeito ao direito internacional privado, os desafios dos processos de uniformização e dos desafios de sua codificação podem ser possíveis dentro dos processos de integração, como é a realidade da União Europeia.

De acordo com RODAS e MONACO, o chamado “método codificador (é e foi utilizado) para atingir a *unificação jurídica do Estado* (...) (de forma a buscar) um processo maior de *harmonização* dos costumes divergentes, passando pela *compilação* ou *consolidação* e redução a termo dos costumes e das ordenações escritas locais.”¹¹

Em uma nova complexidade mundial, cumpre questionar como o direito internacional privado latino-americano pode se desenvolver sem, naturalmente, esquecer de toda a importância histórica e jurídica da experiência do eurocentrismo, notadamente porque nela se verifica uma “hipercomplexidade social” e de uma crescente “inflação legislativa”. É essa mesma “hipercomplexidade social”, decorrente da multiplicidade de valores jurídicos e sociais presentes na atualidade que justifica o próprio direito se adaptar e, ao mesmo tempo, inviabiliza o projeto de uma codificação geral do direito internacional privado.¹²

A respeito da perspectiva do colonialismo, os projetos da modernidade são apresentados para a América Latina, especialmente no que diz respeito à crescente onda do intercâmbio comercial, do fluxo de investimentos transnacionais e da necessidade de se garantir segurança jurídica dentro dos Estados para gerar a atração do capital estrangeiro.

Trata-se da chamada “lógica del mundo capitalista policêntrico de hoy”, em que o mundo se encontra, cada vez mais interligado, por meio da internet e a própria quebra de fronteiras (ainda que existam modelos que resistam e questionem o processo).¹³

Justamente, ante a essa perspectiva se justifica o direito internacional privado descolonial e os instrumentos e argumentos que também justificam o seu questionamento central.

Nesse sentido, a construção das normas jurídicas e, consequentemente da produção de conhecimento dentro do direito internacional privado, âmbito da construção latino-americana, decorre da experiência da *civil law*, visão eurocêntrica do direito.

De acordo com MARTINS:

En la modernidad occidental, el conocimiento técnico y científico producido por las culturas del Norte se constituyó en la referencia de verdad, al contrario de las culturas tradicionales de poco interés científico. Esta hipervalorización de las innovaciones científicas y técnicas del Norte fundamentó la emergencia de una jerarquía de dominación colonial desigual que planteaba el Norte de experiencia exitosa y del Sur como experiencia problemática. Esta jerarquía fue decisiva para el éxito de las estrategias de subalternización de las otras culturas no-europeas y la devaluación simbólica y moral de las memorias tradicionales de esas sociedades.¹⁴

Nessa perspectiva de dominação, o autor propõe, na produção de conhecimento, o chamado “giro epistemológico”, a fim de que as universidades passem a considerar outros valores para além daqueles da chamada “lógica tradicional”, valorizando-se os conhecimentos produzidos no hemisfério sul. Neste artigo, tornam-se importantes as redes de conhecimento, debates em congressos e as conferências internacionais sobre os temas (ainda que estas ocorram em âmbitos regionais como as CIDIP’s na América Latina).¹⁵

Se o movimento descolonial é entendido como uma alternativa à dominação cultural do hemisfério norte e as suas influências jurídicas, como é o caso abordado neste artigo, há que se investigar quais são os instrumentos para se atingir tais objetivos. Nesse aspecto, há

¹¹ Idem, p. 38.

¹² Idem, p. 67.

¹³ MIGNOLO, Walter D. La colonialidad: la cara oculta de la modernidad. In: *Desobediencia epistémica. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Ediciones del Siglo: Buenos Aires, 2010. Disponível em: <http://www.macba.es/PDFs/walter_mignolo_modernologies_cas.pdf>. Acesso em 21 jan 2017.

¹⁴ MARTINS, Paulo Henrique. Sur y el Norte como experiencias epistemológicas necesarias a la descolonidad. *Revista Estudos de Sociologia*, Rev. do Progr. de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE, v. 16, n. 2, p. 73 - 96, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revsocio/index.php/revista/article/view/117>>. Acesso em 21 jan 2017.

¹⁵ MARTINS, Paulo Henrique. Sur y el Norte como experiencias epistemológicas necesarias a la descolonidad. *Revista Estudos de Sociologia*, Rev. do Progr. de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE, v. 16, n. 2, p. 73 - 96, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revsocio/index.php/revista/article/view/117>>. Acesso em 21 jan 2017.

de se mencionar WALSH¹⁶, que defende a ideia de que a interculturalidade pode ser o instrumento dentro de uma sociedade global e complexa.

A concepção da interculturalidade encontra campo fértil de análise dentro da América Latina com base nos estudos de movimentos e da cultura indígena, como forma de preservação de seus valores culturais e sociais, em um pluralismo jurídico naturalmente mais ligados a temas locais¹⁷, a exemplo maior das constituições do Equador e da Bolívia, que passaram a reconhecer o direito indígena como vigente dentro daqueles ordenamentos jurídicos e que convivem com o direito positivo.

Sem adentrar, de forma profunda, nas raízes históricas indígenas, ressalte-se que, na visão atual do direito internacional privado, leva-se em consideração a pessoa humana como principal destinatário da aplicação das normas jurídicas, e, aqui, os temas afetos às migrações ganham destaque.

Ainda assim, há de se destacar, muitas vezes, o fato de o direito indígena, por ser local, ser eminentemente costumeiro e, por isso, tais questões julgadas por tribunais indígenas próprios. Ou seja: dentro de um mesmo Estado, convivem dois sistemas jurídicos distintos, o que pode gerar um conflito de leis no espaço ou um conflito entre jurisdições.¹⁸

WALSH conceitua a interculturalidade como um sistema, vigente em um determinado espaço social que leva em consideração as “complexas relações, negociações e culturais”. O seu objetivo consiste na perspectiva dialética, buscar o autoconhecimento entre as culturas de diferentes povos e que possam ter interesse em um determinado conflito. Trata-se de “reconhecer o outro em suas diferenças”.¹⁹

¹⁶ WALSH, Catherine. Interculturalidad, conocimientos y descolonialidad. *Revista Espaço, Tiempo y sujetos de la multi(inter)culturalidad*. Vol. 24. N. 46, 2006, pp. 39-50. Disponível em: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view-File/4663/3641>>. Acesso em: 21 jan 2017. Original no espanhol e tradução livre nossa.

¹⁷ Vide: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do direito. Editora Alfa Ômega: São Paulo, 2001, 3a. Ed.

¹⁸ BARIÉ GREGOR, Cletus. Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/110-118>>. Acesso em: 21 jan 2017.

¹⁹ WALSH, Catherine. Interculturalidad, conocimientos y descolonialidad. *Revista Espaço, Tiempo y sujetos de la multi(inter)culturalidad*. Vol. 24. N. 46, 2006, pp. 39-50. Disponível em: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view-File/4663/3641>>. Acesso em: 21 jan 2017. Original no espanhol e tradução livre nossa.

Nos processos de negociações entre Estados nas grandes conferências internacionais que podem levar à formação das convenções internacionais, como aquelas realizadas dentro do UNCITRAL ou mesmo dentro de institutos e organismos internacionais que criam normas de *soft law*, o elemento da interculturalidade, como forma emancipatória de se buscar a defesa dos interesses latino-americanos, de forma a consolidar a prática jurídica jus internacional privatista, é importante na busca do chamado *giro epistemológico*, para a afirmação do direito internacional privado na América Latina.

Uma vez apresentados os pontos centrais de investigação, como contrapontos têm-se a influência atual do direito europeu (especialmente da União Europeia) em relação à chamada *europização do direito internacional privado* e, naturalmente, seus reflexos na América Latina, para, ao final, verificarem-se as contribuições atuais, e futuras, latino-americanas.

3 Uniformização do Direito Internacional Privado e diversidade de fontes: a perspectiva europeia

Estudar o direito internacional privado atual significa reconhecer que é inegável a importância da realidade da União Europeia, uma vez que estabelece uma técnica interessante e eficaz de se buscar a uniformização legislativa, sobretudo pela via dos regulamentos.

Aliás, os regulamentos são entendidos como típicas normas de do direito da União Europeia e que têm como características a primazia frente o ordenamento jurídico interno dos Estados, assim como a aplicabilidade direta, isto é, não necessitam de prévia incorporação aos ordenamentos jurídicos dos Estados. Como típicas normativas supranacionais, vinculam os Estados, os particulares e as próprias instituições do bloco.²⁰

Com a própria evolução da União Europeia e do próprio mercado comum, matérias referentes aos contratos internacionais, compra e venda de mercadorias, arbitragem etc., passaram a ser normatizados pelos Regulamentos de Roma e de Bruxelas, como visto anteriormente.

²⁰ GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de Controvérsias*. 3a. Ed. Juruá: Curitiba, 2010.

Muito embora os Regulamentos europeus não sejam o objetivo principal deste artigo, torna-se importante citá-los em virtude de sua grande importância para o direito internacional privado, na medida em que representam técnicas legislativas que ganham, cada vez mais, interesse em seu estudo.

Como o direito internacional privado trabalha com fatos conectados entre dois ou mais ordenamentos jurídicos, além de outras normas (como os tratados, princípios gerais do direito e a própria *soft law*), comumente fala-se sobre a chamada diversidade de fontes. Isto significa dizer que o direito internacional privado comporta uma análise complexa dos fatos e das relações jurídicas, de modo a se encontrar a melhor solução.

Em uma sociedade altamente globalizada, surge o denominado direito transnacional e decorrente de sua pluralidade de fontes normativas, em que o Estado não é o único detentor da competência legislativa. Referido “pluralismo jurídico transnacional” se infere por meio de vários exemplos de Organizações e organismos privados que ditam regras a serem observadas entre os particulares, principalmente na seara do comércio internacional. Assim, dito direito transnacional, não encontraria sua legitimidade nas fronteiras do Estado, mas, por outro lado, fundamenta-se em valores filosóficos, sociológicos, baseados na dignidade humana, etc.²¹

Os anseios europeus da busca de uma uniformização cada vez maior do direito internacional, em termos doutrinários, são bem abordados por DELMAS-MARTY, que retrata a experiência do chamado “laboratório europeu” para a construção do “direito comum”. Menciona, igualmente, o fato de a ordem jurídica comunitária ser diversa das nacionais e no que diz respeito aos direitos humanos, além da coexistência do sistema europeu de proteção aos direitos humanos (Convenção Europeia de Direitos Humanos).²²

Prossegue a autora²³, em seus estudos, alertando para o fato de que a harmonização é diferente da unificação. A respeito da segunda, busca-se a aplicação de uma

norma jurídica para todos os Estados, ao passo que, na harmonização as normas jurídicas de direito internacional privado, devem levar em consideração a pluralidade normativa dos Estados, assim como as ordens jurídicas nacionais e a supranacional.

Cabe mencionar, portanto, que, dentro de uma realidade jurídica e social complexa, o direito internacional privado não pode ser abordado em somente uma vertente, mas sim dentro de suas várias faces (interna, supranacional, internacional e comparativa), vislumbradas por meio da chamada pluralidade de fontes normativas, em que o Estado deixa espaço para que outros entes possam também legislar.

Muito embora o direito internacional privado, dentro da chamada pluralidade de fontes e os seus novos desafios, tenha como principal mote de estudo e de abordagem temas afetos ao comércio e contratos internacionais, seu assunto não se esgota, apenas, nesses temas. Assim, por exemplo, ERIK JAIME aponta para a sua constante preocupação em relação à proteção da pessoa humana, principal destinatário das normas. O autor defende a ideia de que a “globalização não viole a dignidade humana”²⁴.

A respeito da referida pluralidade de fontes normativas, há o diálogo entre as fontes normativas e a necessidade de que os diversos ramos do direito passem a se comunicarem entre si, em um complexo emaranhado de fontes e normas jurídicas. Exemplo claro do referido ponto é a questão da denominada nova *lex mercatória*, jurisprudência comercial arbitral que passa a regulamentar as diretrizes e normas de conduta entre os agentes privados do comércio internacional, de forma a alijar o Estado soberano da construção e regulamentação de normas legais.²⁵

Assim, em determinadas situações, justifica-se a aplicação da autonomia da vontade das partes, como em questões contratuais, bens e divórcio.²⁶

²¹ BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4155/pdf>>. Acesso em: 13 jan 2019.

²² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, pp. 239 e ss.

²³ Idem, pp. 256 e ss.

²⁴ JAIME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio; a proteção da pessoa humana face à globalização. Pp. 3 e ss. In. *O novo direito internacional privado*. Estudos em homenagem a Erik Jaime. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 12, pp. 504 a 520, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169/0>>. Acesso em: 13 jan 2019.

²⁶ JAIME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio; a proteção da pessoa humana face à globalização. Pp. 3 e ss. In. *O novo direito internacional privado*. Estudos em homenagem a Erik Jaime. Rio

Nesse particular, a lição de MANCINI, ao lado de CAMILE DI CAVOUR, teóricos da unificação italiana, defendiam a liberdade das partes na escolha da lei a regular, no que se referia a contratos e bens, indo além da dicotomia nacionalidade e ordem pública.²⁷

Em sentido diametralmente distinto, não se pode ignorar a influência de SAVIGNY para a construção europeia clássica de direito internacional privado, responsável pelo trabalho com a lógica das regras de conflito. Em uma leitura mais pontual, as situações da vida se limitariam a pessoas, a bens e aos fatos jurídicos. SAVIGNY, não obstante, foi o primeiro a trabalhar o método, ainda predominante, a que se denomina de «*técnica das regras de conflitos*» e que consiste em

procurar, para cada situação jurídica típica, o laço que mais estreitamente a prenda a um determinado sistema de direito. Por outras palavras, o DIPRI clássico utilizava como método básico as regras de conflitos que procediam à escolha da lei competente para reger a uma determinada situação, com base em critérios meramente localizadores (v.g.: proximidade espacial, vinculação espacial mais forte). Cada uma destas normas de conflitos tem a seu cargo uma tarefa que consiste em delimitar um sector ou matéria jurídica, em recortar uma questão ou núcleo de questões de direito, e em designar o elemento de conexão através do qual deverá determinar-se a lei a aplicar neste domínio.^{28/29}

No que diz respeito ao estatuto pessoal, apenas depois da II Grande Guerra, nos tratados europeus, foi superado o sistema dicotômico “domicílio *versus* nacionalidade”, sendo substituído pela ideia da residência.

de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

²⁷ Aula Magna proferida no Curso de Direito, na Universidade de Turim, em 1859. Ver: DOLINGER Jacob; TIBÚRCIO Carmen. *Di-
reito Internacional Privado*, 12a.ed. RJ: Forense, 2016, p.42.

²⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Private International Law: A Treatise on the conflicts of Laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Disponível em: <<https://archive.org/details/privateinternat00guthgoog>>. Acesso em: 08 set 2017.

²⁹ Segundo, SCHIOPPA, Antonio Padoa, SAVIGNY constrói seu edifício conceitual utilizando algumas categorias gerais – “direitos subjetivo”, relação jurídica”, ato jurídico”, “negócio jurídico”, “representação”, “pessoa jurídica” e outras que constituem, por assim dizer, os tijolos do edifício, os elementos que lhe permitem delinear os contornos dos institutos do direito civil. Dirige particular atenção ao tema do conflito entre leis, ou seja, ao direito internacional privado, ao que se dedica todo um volume, o oitavo. In: SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito da Europa*, 1ª.ed. Trad. Marcos Marcionilo. SP: Martins Fontes, 2014, p.357.

4 Contribuições latino-americanas para o avanço do Direito Internacional Privado: uma visão mais consoante com nossas necessidades.

O Direito internacional Privado na América Latina foi influenciado pelas teorias da escola europeia e, particularmente no Brasil, houve influência sobretudo da escola francesa.

Por exemplo: o objeto de estudo da disciplina consistia, até os dias atuais, em analisar o conflito de leis no espaço (principalmente), nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, conflito entre jurisdições e a teoria dos direitos adquiridos.

De forma mais específica, cumpre verificar as influências europeias no Brasil e, posteriormente, na América Latina como um todo.

4.1 No Brasil

No Brasil observa-se uma interessante dicotomia histórica entre a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, e a atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 1942, mudanças necessárias em face do conflito da II Guerra Mundial, com alterações substanciais em termos da lei determinadora do estatuto pessoal (da nacionalidade, para o domicílio) e da pessoa jurídica³⁰ e do Código de Processo Civil. Conforme assevera RAMOS, as normas que regulamentam o Direito Internacional Privado no direito brasileiro encontram-se esparsas, tendo em vista a inexistência de uma norma única com a finalidade de regulamentar a matéria.³¹

Destaque-se, ainda dentro da mesma linha de pensamento, que o Novo Código de Processo Civil trouxe avanços na matéria referente aos limites da jurisdição e à cooperação jurídica internacional, temas estes de grande relevância para o Direito Internacional Privado.³²

³⁰ Art.21 da LICCB, de 1916 – A lei nacional das pessoas jurídicas determina-lhes a capacidade. Para o art. 11, da de 1942 – As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

³¹ RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado de matriz legal e sua evolução no Brasil. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 137, pp. 80-113, 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/378>>. Acesso em: 12 jul 2017.

³² Neste sentido, acerca especificamente da cooperação jurídica

O direito internacional privado brasileiro tem assistido um impulso acelerado, o que se nota com a adesão do país à Convenção sobre os Contratos Internacionais, bem como ao desenvolvimento, ainda que em menor escala, do instituto da mediação e arbitragem.

4.2 América Latina

O Direito Internacional Privado, por ser eminentemente conflitual (vez que tem por principal objeto de estudo resolver os conflitos de leis no espaço entre duas ou mais jurisdições), possui natureza jurídica de direito interno, pois utiliza dos critérios de conexão, para resolver referidos conflitos e indicar a regra de direito material a ser aplicada. No plano tradicional do Direito Internacional Privado, as legislações dos Estados assumem o principal papel de estabelecer as referidas normas.

Para o Brasil e América Latina, isso se traduz pela própria estrutura dos estados nacionais, ou seja, em termos de direito internacional privado, há a construção, ainda que não propriamente intencional, de um lado, de uma visão ontológica do DIPRI, em um prisma mais aristotélico da palavra, já que sua natureza é oculta pela difusão das normas que, em muito, se perdem dentro do ordenamento jurídico de cada um dos países; e, de outro, até certo ponto, haver tentativas de uma harmonização, respeitando-se o aspecto intergovernamental, praticados no Continente. O resultado é um sistema com características próprias, diferentes do DIPRI europeu³³.

Na busca de harmonização na América Latina, tentou-se, inicialmente, trabalhar o DIPRI como um todo, talvez a razão maior para terem falhado. Nessas tentativas, tem-se o Tratado de Lima, de 1877/8 e o Tratado de Montevidéu, de 1889 e 1939/40, nenhum, contudo, ratificado pelo Brasil. Em realidade, o Brasil ratificou com reservas o Código de Bustamante, de 1928, mas que aqui não teve grande receptividade³⁴.

DOLINGER e TIBÚRCIO sustentam, com razão, que o projeto de reforma do Código de Bustamante foi abandonado “criando-se uma série de convenções restritas a matérias específicas, as quais na medida em que passam a vigorar em número substancial de países da América Latina, vão substituindo as correspondentes disposições do Código”³⁵.

Uma dessas tentativas foram as CIDIPs, (Conferência Especializada Interamericana sobre DIP) patrocinadas pela OEA (Organização dos Estados Americanos), começando na Cidade do Panamá, Panamá (CIDIP-I, 1975), depois em Montevidéu, Uruguai (CIDIP-II, 1979), em La Paz, Bolívia (CIDIP-III, 1984), em Montevidéu, Uruguai (CIDIP-IV, 1989), na Cidade do México, México (CIDIP-V, 1994) e na sede da OEA, em Washington, D.C. (CIDIP-VI, 2002), além de uma sétima, ainda em processo de estruturação.

Segundo a OEA,

a influência do processo de CIDIP nas Américas reflete-se na quantidade e qualidade dos instrumentos a que deu origem e que foram posteriormente adotados pelos Estados membros da OEA. Até esta data, a CIDIP adotou 25 instrumentos, 21 dos quais se acham em pleno vigor. Além disso, numerosas convenções da CIDIP mereceram grande número de ratificações, estabelecendo um alto padrão de codificação do Direito Internacional Privado³⁶.

Os temas tratados nas Conferências são variados, trabalhando títulos de créditos, cartas rogatórias, prova do direito estrangeiro, domicílio, adoção, menores, sentenças estrangeiras, alimentos, garantias mobiliárias, contratos, compra e venda, transportes, arbitragem etc., mostrando a evolução desse ramo do direito. Mas também trabalhou com normas programáticas e conceituais, como na CEDIP II, 7ª Convenção, que trata sobre normas gerais de Direito Internacional Privado, ou a CEDIP III, 2ª Convenção, que trata sobre personalidade e capacidade de pessoal jurídicas no DIPRI, convenções relativamente curtas, mas extremamente úteis, possibilitando um início de harmonização importante, no Continente.

internacional, de acordo com RAMOS, o inciso IX do artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o dever de cooperação entre os Estados. In: Idem.

³³ CANÇADO TRINDADE, lembra que “a Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Washington, 1889-1890, deliberou, em seu regulamento, que cada Delegação participante teria direito a um voto”. Isso criou um costume. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Direito das Organizações Internacionais*, 6ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 238.

³⁴ Sobre o tema, ver DOLINGER Jacob; TIBÚRCIO Carmen. *Di-*

reito Internacional Privado, 12a.ed. RJ: Forense, 2016, PP. 66-68.

³⁵ Idem. p. 69.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. *Relatório. SELEÇÃO DE TEMAS PARA A AGENDA DA SÉTIMA CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP-VII)*. 2004. Disponível em: <scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_04/CP12514P08.doc>. Acesso em: 30 dez 2017.

Em termos de um DIPRI latino-americano, outro setor que há um avanço se traduz na lei da migração brasileira (Lei 13.445/17), ao abarcar a acolhida humanitária e abraçar um viés humanitário desse ramo jurídico.

5 Considerações finais

A norma jurídica é construída a partir da necessidade, isto é, ela tem forte conexão com a realidade e traduz o pensamento vigente do grupo hegemônico. A experiência latino-americana, passando de colônias para, diretamente, estados soberanos, eclipsou etapas na formação do próprio estado, sendo países independentes submersos a constantes guerras civis, com a imposição de governos centralizadores. Mesmo a experiência monárquica, no Brasil, não foge do modelo, com a imposição de uma Constituição que refletia a vontade do Imperador. Com a queda do Império, em seus primeiros anos de república, o modelo assemelhou-se aos demais estados latino americanos.

Portanto, podemos afirmar que o sistema Latino Americano se constrói juntamente à própria transformação do Estado, em um curto período de experiências e isso é fundamentalmente diferente do mais do que secular sistema Europeu. Com o importante papel da CEPAL.

Neste sentido, apresentam-se temas como a Rodada de Tóquio (1973-79), temas latino-americanos, na agenda global, como o princípio do tratamento desigual para países desiguais.

As CIDIPs acompanharam essa evolução, trabalhando em questões nacionais e questões regionais. Torna-se necessário avançar e aprofundar tais conceitos e temas a serem trabalhados nas referidas Conferências, com vistas a buscar maior efetividade no cumprimento das normas internacionais.

Se a influência histórica eurocêntrica ainda existe, ao lado dela, a construção de um pensamento latino-americano, não como contraponto, mas como soma, é presente.

Embora a América Latina tenha obtido sua independência, em sua esmagadora maioria, nas duas décadas, do século XIX, ela somente será admitida no teatro

mundial na Conferência da Haia, em 1899. Os países europeus se mantinham, na América Latina, ou consulados ou legações, sendo a expressão “embaixada” reservada para a representação entre as grandes potências europeias. Foi apenas no século XX, que se estabeleceram embaixadas europeias, na América Latina.

A persistência de um modelo eurocêntrico, principalmente na educação, deixou marcas profundas, na formação de pensamento latino-americano, sendo, até hoje, muito mais vibrante estudar a rica história europeia, do que a pobre história da América Latina. O espectro começa a mudar com a CEPAL, em que, efetivamente, se pensava uma solução, um modelo econômico, latino-americano. A noção era econômica, mas as consequências se espalharam no social.

Para responder à questão formulada: investigar se o direito internacional privado latino-americano está na linha da chamada europeização ou não, inclina-se aqui pela negativa.

Isso porque a concepção de Estado Nacional entre Europa e América Latina são diferentes. O modelo de cooperação baseado na integridade.

Torna-se importante o uso do instituto da cooperação jurídica internacional; as tentativas de harmonização do DIPRI na América Latina encontraram nas CIDIPs um novo alento. Pensar pontualmente, em vez de um modelo geral. A vantagem está em que o mosaico se constrói, peça por peça.

O resultado, ainda parcial, é uma perspectiva genuinamente original. Se o direito internacional é uma criação europeia, aqui ele encontrou particularidades próprias. Descolonialismo não significa romper com a história, pelo contrário.

Referências

BARIÉ GREGOR, Cletus. Derecho indígena y medios alternativos de resolución de conflictos. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n. 3, 2008. Disponível em: <<http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/110-118>>. Acesso em: 21 jan 2017.

BARBOSA, Luiza Nogueira; MOSCHEN, Valesca Raiser Borges. O direito transnacional (“global law”) e a crise de paradigma do estado-centrismo: é possível conceber uma ordem jurídica transnacional? *Revista de Di-*

- reito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 3, p. 145-158, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4155/pdf>>. Acesso em: 13 jan 2019.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo; BARROS, Marcelle Franco Espíndora. Aplicação dos princípios UNIDROIT no plano Brasil maior: o suprimento de uma lacuna na política brasileira de desenvolvimento econômico, *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 11, n. 1, 2014 p. 162-177. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2759/pdf>>. Acesso em 15 de fevereiro de 2019.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, *Direito das Organizações Internacionais*, 6ª.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004.
- DOLINGER Jacob; TIBÚRCIO Carmen. *Direito Internacional Privado*, 12a.ed. RJ: Forense, 2016.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 11, n 1, pp. 116 a 133, 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/2854>>. Acesso em: 12 janeiro de 2019.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *Blocos Econômicos e Solução de Controvérsias*. 3a. Ed. Juruá: Curitiba, 2010.
- JAEGER JÚNIOR, Augusto. *Europeização do Direito Internacional Privado*. Caráter Universal da Lei Aplicável e outros contrastes com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Juruá: Curitiba, 2012.
- JAIME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio; a proteção da pessoa humana face à globalização. Pp. 3 e ss. In. *O novo direito internacional privado*. Estudos em homenagem a Erik Jaime. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.
- MARTINS, Paulo Henrique. Sur y el Norte como experiências epistemológicas necesarias a la descolonidad. *Revista Estudos de Sociologia, Rev. do Progr. de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE*, v. 16, n. 2, p. 73 - 96, 2010. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revsocio/index.php/revista/article/view/117>>. Acesso em: 21 jan 2017.
- MIGNOLO, Walter D. La colonialidad: la cara oculta de la modernidad. In: *Desobediencia epistémica*. Retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Ediciones del Siglo:Buenos Aires, 2010. Disponível em: <http://www.macba.es/PDFs/walter_mignolo_modernologies_cas.pdf>. Acesso em: 21 jan 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos. *Relatório. SELEÇÃO DE TEMAS PARA A AGENDA DA SÉTIMA CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP-VII)*. 2004. Disponível em: <scm.oas.org/doc_public/PORTUGUESE/HIST_04/CP12514P08.doc>. Acesso em: 30 dez 2017.
- RODAS, José Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. FUNAG:Brasília, 2007.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado de matriz legal e sua evolução no Brasil. *Revista da AJURIS*, v. 42, n. 137, pp. 80-113, 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/378>>. Acesso em: 12 jul 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito internacional privado e o direito transnacional: entre a unificação e a anarquia. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 13, n. 12, pp. 504 a 520, 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4169/0>>. Acesso em: 13 jan 2019.
- SAGVINY, Friedrich Carl Von. *Private International Law: A Treatise on the conflicts of Laws and the limits of their operation in respect of place and time*. Disponível em: <<https://archive.org/details/privateinternational00guthgoog>>. Acesso em: 08 set 2017.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito da Europa*, 1ª.ed. Trad. Marcos Marcionilo. SP: Martins Fontes, 2014.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad, conocimientos y descolonialidad. *Revista Espaço, Tiempo y sujetos de la multi(inter)culturalidad*. Vol. 24. N. 46, 2006, pp. 39-50. Disponível em: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/viewFile/4663/3641>>. Acesso em: 21 jan 2017.

WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro. *Revista de Direito Internacional, Brasília*, v. 12, n. 1, 2015 p. 379-394. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3217/pdf> >. Acesso em 15 de fevereiro de 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do direito. Editora Alfa Ômega: São Paulo, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj

Criminalization of illegal immigrants in the European Union: new paradigms from the Celaj case

Felipe Augusto Lopes Carvalho

Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj*

Criminalization of illegal immigrants in the European Union: new paradigms from the Celaj case

Felipe Augusto Lopes Carvalho**

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar de que forma o regime jurídico de detenção de imigrantes irregulares previsto na Diretiva de Retorno da União Europeia se relaciona com a tendência de criminalização da migração irregular. Parte-se, inicialmente, de revisão da literatura relacionada às interseções do direito penal com o direito de migração, em especial o conceito de crimigração, com base no qual são analisadas fontes primárias (Diretivas da União Europeia) e secundárias (jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia). Conclui-se que o regime de detenção de imigrantes irregulares na UE, à luz de outros diplomas internacionais de direitos humanos, mostra-se excessivo e contribui para a criminalização da migração no âmbito da União, ou seja, a incorporação de medidas criminais à legislação administrativa migratória e aplicação de medidas migratórias com caráter punitivo. O valor e originalidade do trabalho residem na análise das decisões do TJUE sobre o escopo, objetivos e limitações da Diretiva, em que se percebe, com base no emblemático caso *Celaj*, importante ruptura no entendimento do Tribunal sobre a crimigração, na medida em que, ao decidir, pela primeira vez, favoravelmente à compatibilidade da Diretiva de Retorno com a criminalização da migração irregular, abrem-se as portas para um novo momento na gestão da migração ilegal na União Europeia.

Palavras-chave: Crimigração. Migração Irregular. Diretiva de Retorno.

Abstract

The aim of this article is to examine how the legal regime for the detention of irregular migrants in the European Union Return Directive relates to the trend to criminalize irregular migration. Initially, we review the scholarship on the intersections of criminal law with migration law, in particular the concept of crimmigration, on which we base the analysis of primary sources (European Union Directives) and secondary sources (case law of the Court of Justice of the European Union). It is concluded that the regime for the detention of irregular immigrants in the EU, in the light of other international human rights instruments, is excessive and contributes

* Recebido em 04/03/2019
Aprovado em 14/03/2019

** Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Diretor de Projetos e Pesquisador do Instituto Internacional de Pesquisas e Estudos Jurídicos em Liberdades Cíveis Fundamentais. Assessor Jurídico Internacional da ANAJURE.
E-mail: felipe.alc1@gmail.com

to the criminalization of migration within the Union, ie the incorporation of criminal measures into migration legislation and administrative migration measures with a punitive character. The value and originality of the work lies in the analysis of the decisions of the CJEU on the scope, objectives and limitations of the Directive, which shows, from the emblematic Celaj case, an important rupture in the Court's understanding of crimmigration, by deciding, for the first time, the compatibility of the Return Directive with the criminalization of irregular migration, which opens the door to a new moment in the management of irregular migration in the European Union.

Keywords: Crimmigration. Irregular Migration. Return Directive.

1 Introdução

A mobilidade é uma característica inerente à natureza humana, que promove a busca pelo bem-estar ainda que, para isso, o indivíduo precise deslocar-se entre fronteiras. Os conflitos armados, crises humanitárias e desastres naturais, por outro lado, operam como agentes catalisadores da migração forçada, que evidenciam, primariamente, o deslocamento enquanto busca pela própria sobrevivência.

Constata-se, especialmente nos últimos quatro anos, aumento significativo, e sem precedentes na história recente, do fluxo de imigrantes na União Europeia, levando, inclusive, ao que se convencionou chamar de “crise de refugiados”. Grande parte dos indivíduos que chegam às fronteiras da União por questões humanitárias encontram-se indocumentados ou sem preencher as condições de entrada ou residência naquele território, somando-se aos estrangeiros que já se encontravam com estatuto irregular.

A prevenção e o combate à migração ilegal é, para os Estados-Membros da UE, um direito, defendido em nome da autodeterminação nacional, e um dever, fundamentado no Artigo 79 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹, que estabelece a prevenção da imigração ilegal e o reforço do combate a esse

fenômeno como um dos objetivos da política comum de imigração. O Tratado de Lisboa ocupa uma posição de destaque na conformação da legislação da União sobre imigração irregular, pois estabelece a solidariedade e a partilha equitativa de responsabilidades, incluindo financeiras como princípios regentes das políticas de imigração entre os Estados-Membros (artigo 80.º TFUE).

Ao mesmo tempo em que são cada vez maiores os influxos de pessoas em busca de refúgio, a crescente preocupação com temas de segurança nacional e luta contra o terrorismo têm ocasionado medidas e políticas cada vez mais restritivas pelos países de destino desses imigrantes. Com efeito, observa-se, atualmente, em nível global, e em particular na União Europeia, aumento nas interseções entre o direito penal e o controle migratório.

Acadêmicos de ambas as áreas têm se debruçado sobre esse tema, a fim de compreender as implicações e consequências dessa fusão, tanto para os indivíduos, como para os próprios sistemas de justiça criminal. Este trabalho visa contribuir com esse crescente conjunto de pesquisas sobre a criminalização da imigração, ou, conforme se verá adiante, a *crimmigração*, centrando-se na problemática da detenção dos imigrantes em situação irregular na União Europeia, cujo regime jurídico baseia-se na Diretiva de Retorno (2008/115).

Essa Diretiva prescreve as medidas mais importantes, embora controversas, sobre o tratamento que os Estados-Membros devem conferir aos imigrantes ilegais, e, em especial, regula a detenção dos imigrantes para efeitos de afastamento. Primeiramente, importa definir os termos. “Imigrante em situação irregular” ou simplesmente “imigrante irregular”, para efeitos de incidência da Diretiva de Retorno, e, consequentemente, para o presente trabalho, diz respeito ao nacional de país terceiro, ou seja, não cidadão da União, e que não beneficie do direito comunitário à livre circulação², cuja presença no território de um Estado-Membro não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência.³

O presente trabalho tem como objetivo analisar de que forma o regime jurídico da detenção de imigrantes irregulares previsto na Diretiva se relaciona com a tendência de criminalização da migração irregular. Para

¹ SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419, 2016.

² Artigo 2.º (3) e Artigo 3.º (1). Diretiva 2008/115/CE.

³ Artigo 3.º (2). Diretiva 2008/115/CE.

esse efeito, o estudo encontra-se dividido em três capítulos. Inicialmente, versará sobre as interseções do direito penal com o direito de migração, em que será apresentado o conceito de *crimigração* e suas expressões contemporâneas, além de sistematizar as críticas feitas a esse fenômeno. Em seguida, concentra-se na detenção de imigrantes ilegais na União Europeia, em particular nas disposições da Diretiva de Retorno, momento em que será discutido se, e em que medida, esse recurso administrativo de controle migratório representa expressão da *crimigração*. Para subsidiar essa análise, destacam-se algumas disposições presentes nos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos. Por fim, serão analisados casos decididos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos últimos nove anos quanto à interpretação da Diretiva de Retorno no tocante à possibilidade de criminalização da migração ilegal. Escolheram-se três casos que demonstram a mudança do paradigma de interpretação da Diretiva pelo TJUE.

O estudo foi elaborado por meio de revisão de bibliografia, sobretudo de origem estrangeira, por se tratar de um trabalho que analisa um contexto fático-jurídico primariamente europeu, e da análise de julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Utilizou-se, essencialmente, o método hipotético-dedutivo, buscando analisar e confirmar a aplicação de uma construção teórico-conceitual — a “*crimigração*” — às sentenças proferidas pelo TJUE.

2 Tendências atuais do Direito Penal em matéria de migração

Os movimentos migratórios trazem benefícios inquestionáveis, sobretudo do ponto de vista econômico, muitas vezes oxigenando o desenvolvimento dos países onde os imigrantes se instalam⁴. Porém, esse fenômeno acarreta, igualmente, aspectos negativos, como a formação de redes criminosas transnacionais e o desordenamento social provocado pelos movimentos massivos de população em intervalos de tempo muito curtos⁵. As massivas ondas migratórias provocadas por graves violações de direitos humanos ou, ainda, crises humani-

tárias, tal como ocorre com os refugiados vindos à Europa por conta da guerra civil na Síria⁶, constituem um grande desafio à estrutura jurídico-política dos Estados, tendo em vista que inúmeros migrantes se encontram indocumentados ou com estatuto irregular.

Com o intuito de combaterem a imigração ilegal, muitos Estados têm adicionado aos recursos administrativos ordinários de controle migratório medidas e recursos criminais⁷. A Convergência entre a Lei Penal e a Lei de Imigração, impulsionada pela Guerra ao Terror⁸, deu lugar ao fenômeno conhecido por *crimigração*. Para Stumpf⁹, o direito da imigração de hoje está vestido com tantos atributos do direito penal que a linha entre eles se tornou indistinta. Com efeito, a fusão das duas áreas, tanto em substância como em procedimento, criou sistemas paralelos, nos quais a lei de imigração e o sistema de justiça criminal são separados, apenas, nominalmente.

O termo *crimigração* designa, de modo geral, a aplicação de procedimentos e sanções criminais (como encarceramento ou multas) para violações ligadas à imigração, ou, dito de outro modo, às interconexões entre crime e migração no contexto das respostas das autoridades públicas à migração irregular¹⁰. Esse fenômeno pode ser observado, por exemplo, no recurso à detenção, geralmente associada à execução da legislação criminal, e sua aplicação em casos em que foram violadas normas de imigração, ou seja, em que é possível, inclu-

⁶ CARRERA, S.; BLOCKMANS, S.; GROS, D.; GUILD, E. *The EU's response to the refugee crisis: taking stock and setting policy priorities*. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2015.

⁷ SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419, 2016.

⁸ Após o 11 de setembro, o direito de imigração no Estados Unidos passou a funcionar como um poderoso adjunto ao sistema de justiça criminal, não somente em busca de terroristas, mas de uma série de objetivos, incluindo apreensão, encarceramento e expulsão de trabalhadores indocumentados e não cidadãos com condenações criminais. Para maiores desenvolvimentos sobre esse tema, vide MILLER, Teresa. Blurring the boundaries between immigration and crime control after september 11th. *25 Boston College Third World Law Journal*, p. 81, 2005.; DEMLEITNER, Nora. Immigration threats and rewards: effective law enforcement tools in the “war” on terrorism? *51 Emory Law Journal*, p. 1059, 2002.

⁹ STUMPF, J. The crimmigration crisis: immigrants, crime & sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 376, 2006.

¹⁰ MARIN, Luisa; SPENA Alesandro. Introduction: the criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 147, 2016.

⁴ BRZOZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137, 2012.

⁵ GUIA, Maria João. *Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 65, 2012.

sive, não ter havido ofensas criminais. Nesse processo, a imigração irregular passa a ser tratado como um problema de caráter criminal em vez de administrativo, e um reflexo prático disso é a criminalização de entrada ou permanência irregular na legislação de muitos Estados-Membros da UE¹¹.

Em sentido oposto, a crimigração pode, também, ser vista em medidas da legislação migratória sendo aplicadas como sanções adicionais contra imigrantes condenados por um crime, como a revogação de autorização de residência, expulsão ou perda de cidadania para estrangeiros criminalmente condenados. Importante considerar ter em consideração que essas situações se aplicam até mesmo para imigrantes em situação legal.

Observa-se, portanto, que a criminalização da imigração se expressa na incorporação de medidas criminais à legislação administrativa migratória e, também, por meio da aplicação de medidas migratórias assumindo o caráter punitivo. Esse fenômeno atinge, principalmente, os imigrantes em situação irregular, mas também se aplica, em alguma medida, aos estrangeiros em situação regular.

A literatura diverge quanto à *ratio* por trás da tendência de recorrer ao direito penal para cumprir objetivos de controle migratório¹². Parte da doutrina enxerga a tendência da crimigração como uma consequência natural de um fenômeno mais amplo, a expansão do direito penal. Nesse sentido, revela-se, apenas, mais uma das áreas que o direito penal tem adentrado, o contexto da imigração. Por outro lado, afirma-se que as razões desse fenômeno se fundamentam não no direito penal, mas no fato de que os Estados têm, ao longo dos últimos anos, buscado controlar a mobilidade humana, e, assim, expandido ao máximo os limites da lei de imigração. Nessa perspectiva, vislumbra-se o direito penal como uma plataforma de novas possibilidades para impor o

controle da migração quando a lei migratória atinge seus limites.

No âmbito das discussões sobre a fusão entre o direito penal e o direito de migração, importa levar em consideração que, nos marcos constitucionais contemporâneos, a legitimidade do direito penal depende, em grande medida, se atende, ou ao menos busca atender, às aspirações de inclusão, (sendo a punição criminal tratada como um meio de reabilitação/ressocialização do criminoso), enquanto a crimigração teria como função, em última análise, excluir os migrantes indesejados de um determinado território¹³.

Nesse sentido, Legomsky¹⁴ considera que as políticas e legislações migratórias atuais têm absorvido as teorias, métodos, percepções e prioridades associadas à execução penal, ao mesmo tempo que rejeitam os ingredientes processuais da adjudicação criminal. Tomando como exemplo o regime de detenção de imigrantes irregulares, argumenta-se que esse recurso tem se revestido, cada vez mais, de uma natureza punitiva, enquanto não se garantem as características protetoras do processo criminal ordinário.

3 Detenção de imigrantes ilegais na União Europeia e a Diretiva de Retorno

3.1 Considerações iniciais

A detenção de imigrantes é uma medida de controle das fronteiras e gestão dos fluxos migratórios, e pode ser definida como a prática de confinar os indivíduos identificados como não cidadãos para atingir objetivos relacionados à imigração, como identificação e remoção, por exemplo¹⁵.

¹¹ Nesse sentido, o projeto de investigação *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union* realizou uma avaliação comparativa das legislações sobre migração irregular nos territórios dos Estados Membros da UE. O estudo revelou que, em 17 Estados Membros, o cruzamento de fronteira de maneira irregular ou a permanência irregular é, pelo menos formalmente, uma infração penal, geralmente punível com multas e prisão. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). Luxembourg, 2011. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union> (acesso em 10/05/2017).

¹² Vide PARKIN, Joanna. The criminalisation of migration in Europe: a State-of-the-Art of the Academic Literature and Research. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 61, p. 15, 2013.

¹³ MARIN, Luisa; SPENA Alesandro. Introduction: the criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 148, 2016.

¹⁴ LEGOMSKY, Stephen. The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms. *Washington and Lee Law Review*, p. 476, 2007.

¹⁵ BOSWORTH, Mary; TURNBULL, Sarah. Immigration detention, punishment, and the criminalization of migration. In: HAMM, J.; PICKERING, S. *The routledge handbook on crime and international migration: criminal justice, borders and citizenship research paper n. 2451088*, 2014.

O fenômeno da detenção de imigrantes não é recente, embora tenha havido um aumento dessa prática a partir do final da década de 90¹⁶. Atualmente, a maioria dos países utiliza alguma forma de detenção como parte de suas políticas migratórias, embora as estruturas, funções e propósitos variem entre eles. O que a maior parte dos países partilha, porém, é o foco predominante nos migrantes “não autorizados” — os indivíduos “irregulares”, “ilegais” ou “indocumentadas”, ou seja, que não têm aprovação formal para entrar ou permanecer no território do país em causa.

No âmbito da União Europeia, o recurso à detenção nos processos de imigração e de asilo foi, até pouco tempo, uma questão largamente deixada à discricção de cada Estado-Membro, ainda que as leis e políticas nacionais tivessem de estar em conformidade com as normas estabelecidas no direito internacional e, em particular, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Consequentemente, as condições precisas para a legalidade das medidas de detenção foram deixadas aos legisladores nacionais.

Desde 2008, no entanto, o número de instrumentos jurídicos da UE que regulamentam a segurança e legalidade no contexto dos procedimentos de imigração e de asilo têm surgido rapidamente. Atualmente, o Direito da UE prevê dois regimes de detenção: primeiro, para nacionais de países terceiros que buscam proteção internacional; e segundo, para os indivíduos que estão em situação irregular no território de um Estado Membro.

A detenção de nacionais de países terceiros que buscam proteção internacional deriva da política da UE sobre asilo, e tem como objetivo evitar que os migrantes fujam ou se escondam enquanto o pedido de proteção ainda está em análise. Desse modo, busca proteger os Estados Membros de ameaças à segurança nacional ou ordem pública, e garantir a aplicação do princípio de *non-refoulement*¹⁷. Esse tipo de detenção é regido pela Di-

retiva 2013/33, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

Por outro lado, a detenção de nacionais de países terceiros em situação irregular deriva da política comum de imigração da UE, que visa garantir, nomeadamente, a prevenção e o reforço das medidas de combate à imigração ilegal.¹⁸ Desse modo, a detenção objetiva garantir a execução do procedimento de retorno e/ou afastamento dos estrangeiros que não satisfazem os requisitos de entrada, permanência ou residência no Estado-Membro da União.¹⁹

Essa modalidade de detenção está prevista na Diretiva de Retorno, objeto de estudo do presente capítulo, que estabelece normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na União Europeia. Com efeito, a detenção de imigrantes em situação irregular é o aspecto mais controvertido da Diretiva no tocante à crimigração.

3.2 Regime Jurídico da detenção de imigrantes ilegais na Diretiva de Retorno

Partindo de políticas nacionais originalmente autônomas, conforme mencionado, a política da União Europeia, em matéria de controle da imigração irregular, tem avançado no sentido da consolidação de um quadro normativo comum a nível da União. Nesse sentido, as normas relativas à política de imigração foram primeiramente anunciadas pelo Tratado de Amsterdam (1997)²⁰, e posteriormente esculpidas num quadro jurí-

angular do direito internacional dos refugiados. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, vide MESSINEO, Francesco. *Non-refoulement obligations in Public International Law: towards a new protection status?* In: JUSS, Satvinder (ed). *Research companion to migration theory and policy*. Farnham: Ashgate, 2011.; TREVISANUT, Selina. *The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v.12, 2008. p. 205-246.

¹⁸ Cf. Artigo 79 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a esses fenômenos.

¹⁹ Artigo 3º da Diretiva 2008/115.

²⁰ Artigo 73º-K O Conselho, deliberando nos termos do artigo 739-0, adotará, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdão: 3. Medidas relativas à política de imigração, nos seguintes domínios: a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas aos processos de emissão de vistos de longa duração e autorizações de residência permanente,

¹⁶ A gênese do fenômeno da detenção da imigração pode ser situada nos processos históricos de colonialismo, construção da nação e controle da imigração. Cf. BOSWORTH, Mary; TURNBULL, Sarah. *Immigration detention, punishment, and the criminalization of migration*. In: HAMM, J.; PICKERING, S. *The routledge handbook on crime and international migration: criminal justice, borders and citizenship research paper n. 2451088*, 2014. p. 3.

¹⁷ O Princípio do *non-refoulement* significa, de forma geral, que os refugiados não podem, de forma alguma, serem devolvidos para o seu país de origem ou para nenhum país onde possam sofrer riscos. Esse princípio foi estabelecido em 1951 na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 33) e se solidificou como a pedra

dico abrangente baseado na solidariedade entre os Estados-Membros, no âmbito do Tratado de Lisboa (2007), que criou o “espaço de liberdade, segurança e justiça”. Em 2009, o Conselho Europeu adotou um programa plurianual, para o período de 2010 a 2014 — designado por Programa de Estocolmo — que buscou definir uma agenda política de prioridades para desenvolvimento do espaço de liberdade, segurança e justiça, dentre as quais destaca-se o combate à imigração ilegal.

Nesse intuito de integrar as ações de uma política migratória comum, e ao mesmo tempo adotar uma abordagem holística para lidar com esse tema, surge a Diretiva 2008/115, conhecida também como Diretiva de Retorno, que estipula normas e procedimentos comuns aos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. A Diretiva visa promover o regresso voluntário de imigrantes ilegais e estabelecer normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na União Europeia²¹.

A Diretiva estabelece, como regra geral, que os Estados-Membros têm a obrigação de emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território. A decisão de regresso deve prever, inicialmente, um prazo para a partida voluntária, entre sete e trinta dias.²² Se a obrigação de regresso não tiver sido cumprida dentro do prazo para a partida voluntária concedido, os Estados-Membros poderão tomar todas as medidas necessárias para executar a decisão de regresso, que se

pelos Estados-Membros, nomeadamente para efeitos de reagrupamento familiar; b) Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal.

²¹ A própria criação da Diretiva de Retorno foi cercada de debates e controvérsia. No período de negociações entre os Estados-Membros e o Parlamento Europeu para redação da norma, diversos trechos foram considerados de difícil interpretação. Some-se a isso a atuação de organizações não governamentais que duramente criticaram a Diretiva, mesmo depois de sua entrada em vigor, por ser demasiado restritiva. O receio presente era que a Diretiva e, em especial, o artigo 15º, que regulamenta a detenção, pudesse ser utilizada pelos Estados-Membros para implementar políticas mais rigorosas contra os migrantes irregulares e, em última análise, criminalizá-los em maior medida.

²² Necessário levar em consideração que a Diretiva permite aos Estados-Membros, sempre que necessário, estender o prazo previsto para a partida voluntária por um período adequado, tendo em conta as especificidades do caso concreto, tais como a duração da permanência, a existência de filhos que frequentem a escola e a existência de outros membros da família e de laços sociais. Cf. Artigo 7º. (2) da Diretiva de Retorno.

instrumentaliza numa ordem de afastamento²³.

Se os Estados, porém, não desejarem seguir o procedimento de remoção do estrangeiro, devem conferir-lhe o direito de permanência no seu território, regularizando, assim, a sua presença, por meio da concessão de autorizações de residência autônomas ou de outro tipo. Nicholas Hatzis afirma, sobre esse ponto, que a Diretiva estabelece duas categorias de migrantes: por um lado, aqueles a quem os Estados-Membros aceitam no seu território, concedendo-lhes uma autorização de residência; por outro, os migrantes indesejados a quem os Estados-Membros querem deportar. Dada a relutância comum de autoridades nacionais para regularizarem os imigrantes ilegais, a diretiva cria, na prática, uma presunção a favor da deportação²⁴.

O Artigo 1º da Diretiva estabelece que essas normas e procedimentos comuns devem estar de acordo e respeitar os direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de proteção dos refugiados e de direitos humanos. Sem prejuízo de abordarmos em capítulo próprio, insta considerar, desde logo, que há poucas e vagas referências aos Direitos Humanos, limitadas quase que exclusivamente à introdução da Diretiva.

A Diretiva de Retorno contém disposições relativas à utilização da força pelos Estados-Membros para proceder à remoção de imigrantes em situação irregular. Referimo-nos, particularmente, à detenção para efeitos de afastamento, um dos aspectos mais debatidos e controvertidos da Diretiva, especificamente por ser um recurso administrativo, de essência coerciva, a serviço da política migratória, ou seja, fora do sistema de justiça penal e do controlo do poder judiciário, o que tem levantado questões sobre seu propósito, justificação e legitimidade. A relação da detenção de imigrantes irregulares e o processo de criminalização da migração na União Europeia será tratada a seguir.

²³ Artigo 8º (1) e (3) da Diretiva de Retorno.

²⁴ O autor vai mais além e afirma que a possibilidade de detenção de imigrantes ilegais no contexto da Diretiva de Retorno não pretende ser uma excepcionalidade, mas sim permitir um isolamento e um controle contra os residentes estrangeiros julgados indesejáveis. Cf. HATZIS, Nicholas. Detention of irregular migrants and the European Public Order. *Legal Research Paper Series*, Oxford, n. 74, 2013.

3.2.1 Natureza, princípios e motivos da detenção

A detenção de migrantes não possui uma natureza punitiva, mas administrativa e preventiva e, por isso, não exige uma sentença criminal para que seja imposta²⁵. Conforme aponta Majcher²⁶, a classificação da detenção como administrativa beneficia os Estados, pois permite-lhes que não forneçam aos imigrantes detidos garantias processuais onerosas e demoradas, como as recebidas durante os processos criminais. Devido a essa aplicação seletiva de procedimentos normalmente associados ao direito penal, a crimigração dentro da legislação da UE tem o potencial de tornar os detidos mais vulneráveis.

A Diretiva de Retorno impõe que a detenção para efeitos de afastamento deve obedecer a alguns princípios, que funcionam como limites à aplicação dessa medida pelos Estados. Em primeiro lugar, o recurso à detenção deve ser utilizado apenas como *ultima ratio*, ou seja, quando não forem suficientes medidas coercivas menos severas. Impõe-se, ainda, o Princípio da Necessidade, de forma que a detenção deve ser utilizada, apenas, quando estritamente necessária para preparar o regresso ou para o processo de afastamento. Além disso, a Diretiva sujeita a detenção aplicada pelos Países Membros ao Princípio da Proporcionalidade no que respeita aos meios utilizados e aos objetivos perseguidos.

O recurso à detenção não pode ser aplicado pelos Estados Membros de forma arbitrária ou não justificada, pois é, em essência, uma exceção à liberdade de movimento dos indivíduos. Assim, são necessárias limitações ao uso da detenção. Nesse sentido, de acordo com a Diretiva²⁷, “os Estados-Membros só podem manter detidos nacionais de países terceiros objeto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o processo de afastamento, nomeadamente quando: a) Houver risco de fuga; ou b) O nacional de país terceiro em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento”.

O risco de fuga é um dos dois motivos explicitamente enumerados na Diretiva para justificar a deten-

ção. Assim, se um indivíduo representa um risco de fuga durante o seu processo de regresso, a detenção administrativa tem por objetivo garantir a sua presença no processo de remoção. Contudo, a Diretiva não dispõe de garantias claras para impedir que as autoridades se baseiem em um alegado e subjetivo risco de fuga para determinarem a detenção de indivíduos sujeitos ao processo de regresso. Isto porque, em primeiro lugar, a expressão “risco de fuga” é apenas vagamente definida na Diretiva, que se limita a descrevê-lo como a existência de razões, baseadas em critérios objetivos definidos por lei, para crer que o nacional de país terceiro objeto de um procedimento de regresso pode fugir; (artigo 3.º, n.º 7). Em particular, o conceito subjacente — “critérios objetivos” — é deixado aos legisladores nacionais. Como resultado, é possível que, em alguns sistemas nacionais, esses critérios não sejam definidos ou não sejam enumerados de forma suficiente, o que concede às autoridades nacionais um alto e perigoso grau de discricção para analisar o risco de fuga²⁸ e determinar a detenção.

A Diretiva também permite aos Estados recorrerem à detenção quando a pessoa em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento. No entanto, não especifica que ações podem significar um obstáculo ou entrave. Novamente, utilizando termos vagos e sem definir o seu escopo, a diretiva concede às autoridades nacionais um amplo poder de apreciação para impor a detenção. Izabella Majcher expressa preocupação com esses aspectos da Diretiva, e argumenta que a detenção justificada nesses termos, a saber, porque o indivíduo busca evitar ou prejudicar o processo de regresso, assemelha-se à retribuição. Por conseguinte, se a detenção tem como objetivo não apenas evitar fugir, mas também é usada por razões retributivas, tal recurso pode ser considerado como propriamente uma punição²⁹.

O TJUE entendeu, no caso *Mahdi*, que o fato de um nacional de país terceiro não possuir documentos não eleva, *per se*, o risco de fuga, e, portanto, esse fato não justificaria a detenção. Desse modo, a mera crença de que o indivíduo tentará fugir ou contornar a execução da ordem de retorno não é razão suficiente para jus-

²⁵ Com efeito, a jurisprudência do TJUE é clara ao afirmar que os imigrantes detidos devem ser mantidos separados dos prisioneiros comuns. *Thi Ly Pham vs. Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik (C-474/13)* 17 July 2014.

²⁶ MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.15.

²⁷ Artigo 15º.

²⁸ MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.13.

²⁹ MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.13.

tificar a detenção. Primeiramente, deve ser feita uma análise detalhada do comportamento do indivíduo que o Estado pretende deter, para, a partir disso, verificar se há elementos substanciais e suficientes para que se proceda à detenção.

Importante levar em consideração que, segundo o *case law* do TJUE, não é possível a detenção, com base na Diretiva de Regresso, por motivos de segurança nacional ou ordem pública.³⁰ O Estado Membro pode, apesar disso, aplicar medidas previstas na legislação nacional para garantir a segurança nacional ou ordem pública, que podem ser, inclusive, da esfera criminal.

3.2.2 Duração da Detenção

A detenção de imigrantes ilegais deve ter a menor duração possível, e deve ser mantida apenas enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente. Nos termos da Diretiva, a detenção deve ser executada pelos Estados Membros com a devida diligência e, nesse sentido, permite-se aos Estados a fixação de um prazo de detenção, que não pode exceder seis meses.

Em casos excepcionais, todavia, permite-se que esse prazo seja estendido por mais doze meses, desde que se mantenham as condições enunciadas no Artigo 15.º (1), e, apesar de todos os esforços empreendidos para a célere resolução da operação de afastamento, que esse procedimento dure um tempo superior aos seis meses previstos, por força da falta de cooperação do imigrante em causa ou atrasos para obtenção da documentação necessária junto a países terceiros.

Importa destacar as críticas feitas a essa disposição. Em primeiro lugar, afirma-se que a prorrogação da detenção por até um ano, por causa da recusa do detido de cooperar, configura-se uma verdadeira punição, tanto em termos de efeito como de finalidade da sanção. Nesse sentido, a justificativa utilizada para a detenção cumpre os objetivos tradicionais prosseguidos pelo sistema de justiça penal, nomeadamente a ideia de retribuição, de modo que as autoridades podem invocar a ‘recusa em não colaborar’ para repreender o não nacional pelo seu comportamento, e, assim, obrigá-lo a cooperar³¹.

³⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Kadzoev (C-537/09 PPU)*.

³¹ MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.14.

Argumenta-se outrossim que essa disposição contraria o Princípio da Proporcionalidade, tendo em vista que, por questões alheias ao imigrante, talvez por conta da burocracia ou inércia do seu país de origem, ele poderá ficar detido por um período de até dezoito meses³². Critica-se, ainda, o fato de a Diretiva não estabelecer o que constitui uma falta de cooperação, deixando, uma vez mais, ao critério das autoridades nacionais a sua apreciação.

Um reflexo dessa normativa se deu no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos. Com efeito, no processo de transposição da Diretiva à legislação nacional, onze Estados aplicaram o prazo máximo de detenção de 18 meses e dez prorrogaram o limite máximo de detenção, em comparação à legislação em vigor antes da transposição da Diretiva³³. Percebe-se, uma vez mais, que a detenção de imigrantes se tornou um mecanismo sistemático e recorrente da gestão de migração em toda a União Europeia³⁴.

O julgamento *Kadzoev* pelo TJUE trouxe importantes esclarecimentos acerca da duração da detenção e possíveis exceções que, em tese, poderiam alargar o período máximo dos dezoito meses. Em resumo, o caso diz respeito a um imigrante ilegal detido pela polícia búlgara em 2006. Em 13 de Janeiro de 2009, porém, entrou em vigor a Diretiva de Retorno. O Sr. Kadzoev encontrava-se detido há aproximadamente três anos, dado que os seus pedidos de revisão judicial da deten-

³² LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à diretiva de retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 108, 2010. p. 67.

³³ Vide European Commission Communication on EU Return Policy, 28 March, 2014, p. 17.

³⁴ Apesar disso, um estudo realizado pela PICUM - *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants* sobre a Diretiva de Regresso mostra que há atualmente duas diferentes abordagens adotadas pelos legisladores nacionais ao considerarem o uso da detenção como um instrumento para a gestão da migração: Na Grécia, a detenção é permitida por períodos virtualmente indeterminados, para além da duração máxima de 18 meses, tal como estabelecido na Diretiva. O legislador nacional está atualmente tentando utilizar a detenção como um elemento dissuasor da migração irregular, embora haja investigações que indiquem que a detenção não dissuade a migração irregular nem contribui para uma maior eficácia nos procedimentos de afastamento. A Itália, por outro lado, mostra um desenvolvimento oposto: os prazos legais para a detenção foram recentemente reduzidos de um máximo de 18 meses para um máximo de 90 dias. A decisão parece basear-se em provas fornecidas a nível nacional que demonstram os elevados custos e a baixa eficácia da detenção prolongada como um instrumento para a gestão da migração. PICUM – Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants. PICUM Position Paper on EU Return Directive. April 2015. P.2 e ss.

ção tinham falhado e os seus pedidos de asilo também tinham sido recusados. A legalidade da detenção continuada foi levada à apreciação do TJUE, que analisou, basicamente, (i) se, ao calcular a detenção máxima nos termos do artigo 15.º, n.º 4, seria apropriado ter em conta o período de detenção anterior à transposição da Diretiva, (ii) se o período de detenção, durante o qual a decisão de regresso foi suspensa, porque o requerente solicitou a revisão judicial e o asilo, contavam para o limite máximo de detenção; e (iii) se a detenção poderia ser prorrogada para além do limite de 18 meses, mesmo que não exista uma perspectiva razoável de afastamento.

O Tribunal entendeu que as disposições da Diretiva relativas aos limites máximos de detenção expressam o Princípio da Proporcionalidade, explicitamente previsto no Considerando n.º 16, e resguardam o direito à liberdade pessoal. Assim, a Diretiva deve ser interpretada no sentido de que ninguém pode ser detido para efeitos de afastamento por mais de 18 meses. Isso significa que a detenção não pode ser prorrogada com base em razões tais como a ausência de documentos de identificação, comportamento agressivo por parte do estrangeiro ou a insuficiência de fundos para o auto sustento. Nos casos em que o prazo limite é alcançado, a pessoa em causa deve ser libertada imediatamente³⁵.

O Tribunal declarou, ainda, que as novas regras da Diretiva teriam aplicação imediata sobre as detenções que tiveram início no passado e continuaram após a sua entrada em vigor, e, em casos como esse, devia-se contabilizar o período de detenção antes da transposição da Diretiva no cálculo do limite de 18 meses. Do mesmo modo, deve ser contabilizado o período de detenção durante o qual a execução da decisão de expulsão foi suspensa em consequência de um processo de revisão judicial ou por conta de um pedido de asilo. Isto se deve a dois motivos: primeiro, porque as duas razões que justificam a prorrogação do limite inicial de seis meses (art. 15 (5) e (6) da Diretiva), já analisadas anteriormente, são taxativas; segundo, porque, se a detenção durante o procedimento de revisão judicial não fosse tida em conta, o próprio propósito de criação da Diretiva, que é estabelecer um período máximo de detenção comum aos Estados-Membros, seria desconsiderado, pois o cálculo do limite de 18 meses dependeria da celeridade e eficiência de cada sistema judicial nacional.

³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Kadzoev (C-537/09 PPU)*.

3.3 Perspectivas dos Direitos Humanos

A detenção de imigrantes ilegais, ainda que, repita-se, de natureza administrativa e, em tese, não punitiva, implica a restrição à liberdade de movimento das pessoas, o que desperta uma necessária reflexão acerca da proteção dos direitos e garantias individuais. Insta observar, portanto, o tratamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos a essa medida e analisar, então, a compatibilidade das disposições da Diretiva de Retorno com os instrumentos internacionais de direitos humanos e a respectiva construção jurisprudencial sobre esse tema, nomeadamente no âmbito do Comité de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos garante a “todos”, incluindo os migrantes em situação irregular, o direito à vida, à liberdade e à segurança (artigo 3º). Nos termos do artigo 9º. do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), a prisão ou detenção deve ser legal e não arbitrária. Essas duas proibições são importantes e se sobrepõem, na medida em que a detenção (i) pode estar em violação à legislação, mas não ser arbitrária, (ii) ser legalmente permitida, mas arbitrária, ou, ainda, (iii) ser arbitrária e ilegal. Isto porque a noção de arbitrariedade, segundo o Comité de Direitos Humanos da ONU, envolve elementos de inadequação, injustiça e falta de previsibilidade, razoabilidade e necessidade, em todas as circunstâncias³⁶.

Com efeito, embora o PIDCP não verse sobre os propósitos ou motivos legítimos para detenção, o Comité tem sustentado que a detenção deve perseguir um propósito específico. Nesse sentido, tratando-se de detenção para propósitos de imigração, a simples entrada ilegal não justifica detenção³⁷.

Além disso, no âmbito da privação de liberdade por ofensas criminais, aos detidos são conferidas diversas garantias processuais. Em primeiro lugar, ao ser detido por suspeita de ter cometido um ilícito penal, o indivíduo deve ser levado prontamente perante um juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer o poder judicial³⁸. Isto significa que a revisão judicial é automá-

³⁶ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No 35. CCPR/C/GC/35, de 16 de dezembro de 2014. 2014.

³⁷ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No 35. CCPR/C/GC/35, de 16 de dezembro de 2014. 2014.

³⁸ Artigo 5º, n.º 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

tica, independentemente do requerimento do indivíduo em causa. Do mesmo modo, tem direito a um julgamento num prazo razoável ou será libertado, ainda que com julgamento pendente. Somam-se a essas garantias a presunção de inocência³⁹, a necessidade de as autoridades sempre considerarem a adoção de medidas alternativas à prisão preventiva, audiência pessoal e assistência jurídica e linguística concedida gratuitamente, conforme necessário.

Além disso, merece destaque que, diferentemente da detenção criminal, a ordem de detenção administrativa é geralmente expedida pelo Poder Executivo, sem julgamento ou condenação criminal, o que já pode levantar problemas sobre a garantia do devido processo legal e o Princípio da Separação dos Poderes. O uso generalizado dessa prática pode envolver privação de liberdade sem garantias judiciais, o que representa um potencial perigo à violação de direitos individuais, pois poderia, no extremo, substituir o sistema de justiça penal ordinário.

Outro aspecto controvertido da Diretiva diz respeito à detenção de crianças. Nesse sentido, a norma prevê que as crianças somente devem ser detidas como uma medida de último recurso e pelo período de tempo mais curto possível, e estabelece que a busca pelo superior interesse da criança deve estar no centro do contexto da detenção (artigo 17). No entanto, critica-se a Diretiva nesse ponto pois, ao permitir a detenção das crianças, viola os princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ao não reconhecer que a detenção de uma criança, por causa do estatuto migratório de seus pais, sempre constitui uma violação dos seus direitos e interesses.⁴⁰

O não cumprimento das condições de entrada, permanência ou residência em um Estado-Membro da União Europeia (UE) não pode privar os migrantes em situação irregular de certos direitos básicos compartilhados por todos os seres humanos.

4 Criminalização de imigrantes no Tribunal de Justiça da União Europeia

4.1 Caso El Dridi

O caso diz respeito a H. El Dridi, estrangeiro que entrou ilegalmente na Itália, ou seja, sem autorização de permanência. Foi-lhe comunicada uma ordem de afastamento do território nacional, emitida em 21 de maio de 2010 pelo *questore de Udine*. Essa ordem de afastamento tinha como fundamento a indisponibilidade de um veículo ou de outro meio de transporte, a falta de documentos de identidade de El Dridi e a impossibilidade de o admitir provisoriamente num centro de detenção por falta de lugar nas estruturas previstas para o efeito⁴¹.

Durante inspeção efetuada em 29 de setembro de 2010, verificou-se que El Dridi não havia cumprido a ordem de afastamento, e, assim, foi condenado pelo *Tribunale di Trento*, que julgou a causa por Juiz Singular em processo sumário, a uma pena de um ano de prisão, pelo crime a que se refere o artigo 14.º, n.º 5 *ter*, do Decreto Legislativo n.º 286/1998, da qual recorreu para a *Corte d'appello di Trento*.

A pena de prisão foi aplicada, portanto, após ter sido verificada a violação de uma fase intermédia do procedimento gradual de execução da decisão de regresso, previsto na Diretiva, nomeadamente a inobservância da ordem de afastamento⁴². Nessas condições, a *Corte d'appello di Trento* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

À luz do princípio da cooperação leal, cujo efeito útil é alcançar os objectivos da directiva, e dos princípios d[a] proporcionalidade, da adequação e da razoabilidade da pena, os artigos 15.º e 16.º da Directiva 2008/115[...], obstam:

- à possibilidade de punir, enquanto crime, a violação de uma fase intermédia do procedimento administrativo de regresso, antes de este estar concluído, recorrendo ao máximo rigor ainda possível em matéria de coerção administrativa?
- à possibilidade de punir com pena de prisão que

³⁹ Artigo 6º, n.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

⁴⁰ PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (PICUM). *PICUM Position Paper on EU Return Directive*. 2015. p.17; BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: rights, criminalization, and the transnational migration of unaccompanied children. *The University of Chicago Law School Roundtable*. v. 7, n. 1, 2000.

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridi (Case C-61/11)*. Parágrafo 19. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

⁴² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridi (Case C-61/11)*. Parágrafo 24. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

pode ir até quatro anos a simples falta de cooperação, por parte do interessado, no procedimento de expulsão e, em especial, a hipótese de inobservância da primeira ordem de afastamento por parte da autoridade administrativa?⁴³

O que estava em causa, em essência, é se a Diretiva, em suas disposições sobre a detenção, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro que determina a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro, em situação irregular, unicamente porque este, sem motivo justificado, permanece no território do Estado-Membro em violação a uma ordem de afastamento.

O Tribunal reconheceu que, a princípio, as legislações penais e processuais penais são matérias de responsabilidade dos Estados-Membros, assim como a gestão da imigração e permanência ilegais. Contudo, repousa sobre os Estados-Membros o dever de cooperação leal, e isso significa que os Estados não podem aplicar normas, ainda que em matéria penal, que são suscetíveis a comprometer a realização dos objetivos da Diretiva de Retorno.

Consequentemente, os Estados-Membros não podem prever uma pena privativa de liberdade somente porque um nacional de um país terceiro, depois de ter sido notificado de uma ordem de afastamento e de ter expirado o prazo fixado nessa ordem, continua irregularmente presente no território do Estado-Membro, devendo os Estados, ao invés disso, prosseguirem nos seus esforços para executar a decisão de regresso, que continua a produzir efeitos.

Além disso, o Tribunal entendeu que uma pena dessa natureza pode comprometer a eficácia, ou seja, a realização do objetivo prosseguido pela Diretiva, a saber, a instauração de uma política eficaz de afastamento e de repatriamento dos imigrantes em situação irregular. Isto porque, se a decisão de regresso objetiva, como está claro, o afastamento físico do estrangeiro, uma pena de prisão frustra a aplicação das medidas necessárias para sua execução, nos termos do artigo 8º. (1) da Diretiva.

Percebe-se, nesse caso, portanto, que o TJUE limitou a capacidade dos Estados Membros de criminalizarem os migrantes irregulares e considerou que o procedimento de regresso de estrangeiros ilegais compreende

duas fases progressivas, a primeira não coerciva (saída voluntária) que pode levar, em caso de descumprimento, a uma fase coerciva (ordem de afastamento), sendo todo esse procedimento de natureza administrativa, que o direito penal doméstico não pode impedir ou frustrar sua aplicação por meio do uso de medidas criminais⁴⁴.

Essa interpretação, porém, tem um impacto limitado na criminalização da migração. Isto porque os Estados são livres para impor uma pena de prisão se a remoção da pessoa em questão falhar e, ainda, no decurso do processo de regresso, podem invocar outras sanções penais que não sejam capazes de impedir o afastamento, como multas, por exemplo⁴⁵.

4.2 Caso Achughbadian

Em 24 de Junho de 2011, a polícia francesa efetuou controlos de identidade na via pública e prendeu, preventivamente, Alexandre Achughbadian, por suspeitas de ter cometido o crime previsto no artigo L. 621.1 da lei francesa *Ceseda*: a entrada ou permanência em território francês sem a devida autorização ou a permanência com o visto expirado, ofensa punida com prisão de um ano e multa de 3 750 euros.

A investigação da polícia revelou que Achughbadian havia entrado em França a 9 de abril de 2008 e tinha solicitado uma autorização de residência, que foi indeferida. Em Junho de 2011, o *préfet du Val-de-Marne* determinou a detenção administrativa de A. Achughbadian.

Achughbadian recorreu para a *cour d'appel de Paris*, alegando que o artigo L. 621-1 do *Ceseda* seria incompatível com a Diretiva de Retorno, à luz da interpretação do TJUE no acórdão *El Dridi*, já referido. A *cour d'appel* decidiu, então, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte⁴⁶:

Tendo em conta o seu âmbito de aplicação, a Diretiva [2008/115] opõe-se a uma regulamentação nacional, como o artigo L. 621-1 do [Ceseda], que prevê a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro com fundamento apenas

⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridi (Case C-61/11)*. Parágrafo 25. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

⁴⁴ SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419, 2016.

⁴⁵ MAJCHER, Izabella. "Crimmigration" in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, p. 42, 013.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Achughbadian (Case C-329/11)*. Kirchberg, 6 de dezembro de 2011.

na sua entrada ou permanência irregular no território nacional?

Questiona-se, em essência, se o procedimento de regresso poderia ser adiado, de modo a acomodar duas possíveis medidas ao imigrante, (i) a sua remoção e (ii) a imposição de sanções privativas de liberdade. Portanto, o caso difere de *El Dridri* no sentido de que o caso *Achughbabian* diz respeito à criminalização da entrada e permanência irregular *per se*, e *prima facie* sem ligação a um procedimento de afastamento⁴⁷. O Tribunal teve que analisar, em primeiro lugar, a aplicabilidade da Diretiva à situação enfrentada pelo estrangeiro em causa, e esclareceu que a exceção do Artigo 2(2)(b) da Diretiva⁴⁸ não se refere à tipificação da mera conduta de entrada ou permanência ilegal enquanto crime, pois essa interpretação restringiria o escopo da Diretiva e lhe desvirtuaria a finalidade e o efeito vinculativo⁴⁹.

A Corte rejeitou os argumentos de que as disposições da Diretiva sobre detenção impediriam a imposição de uma sentença de prisão somente durante o procedimento de retorno, e não antes do seu início. Para isso, entendeu, à luz do artigo 6 da Diretiva e do dever de cooperação leal, que os Estados devem iniciar o processo de afastamento o mais rápido possível, a partir do reconhecimento da situação irregular, e claramente não seria esse o caso se, depois de reconhecido esse estatuto, o imigrante recebesse uma sentença de prisão ao invés de uma ordem de afastamento. Assim, no que se refere à privação de liberdade, o indivíduo poderia, no máximo, estar sujeito à detenção administrativa, visando assegurar o seu afastamento.

Portanto, o Tribunal repetiu e reafirmou a decisão tomada quanto à legislação italiana do caso *El Dridri*, considerando a legislação francesa que criminalizava a entrada e permanência de imigrantes irregulares como susceptível de prejudicar a aplicação dos padrões e procedimentos comuns estabelecidos pela Diretiva, pondo

em causa a sua própria eficácia, por atrasar injustificadamente o procedimento do retorno.

4.3 Novos paradigmas do Caso Celaj

Até o caso Celaj, o TJUE havia transformado a Diretiva de Retorno num poderoso escudo jurídico para os imigrantes irregulares contra as penas privativas de liberdade⁵⁰. Nesse sentido, o Tribunal havia considerado que a Diretiva impede a aplicação de uma pena de prisão aos migrantes irregulares tanto durante a execução da decisão de regresso (*El Dridri*) como antes da sua adoção (*Achughbabian*).

Savino⁵¹ nos informa, porém, que a extensão desse escudo permaneceu uma questão em aberto até o julgamento Celaj. Isso porque, conquanto esclarecido que o encarceramento não pode ser imposto antes e durante o procedimento de regresso, esse impedimento se aplica a uma situação em que, após o repatriamento, o migrante volta a entrar irregularmente no território de um Estado-Membro, violando uma proibição de entrada? O Estado continua a ser obrigado a iniciar um novo procedimento de regresso e a aplicá-lo de imediato? Ou, em vez disso, os Estados-Membros têm a liberdade de recorrer, nesse caso, a sanções penais que envolvam uma pena de prisão? A interpretação do TJUE nos apresenta as respostas.

Em primeiro lugar, esse caso diz respeito a um nacional da Albânia, *Skerdjan Celaj*, que se encontrava no território da Itália em situação irregular. Em 2011, *Celaj* foi preso, julgado e condenado por tentativa de assalto; a execução da pena, porém, foi suspensa por estar em curso o procedimento de seu regresso. Em abril do ano seguinte, as autoridades italianas emitiram uma ordem de deportação, acompanhada de uma proibição de entrada com duração de três anos⁵², a qual não foi cum-

⁴⁷ MITSILEGAS, Valsamis. Immigration detention, risk and human rights in the law of the European Union: lessons from the return directive. In: GUIA, Maria João et al (ed.). *Immigration detention, risk and human rights*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015. p. 35.

⁴⁸ Os Estados-Membros podem decidir não aplicar a presente directiva aos nacionais de países terceiros que: b) Estejam obrigados a regressar por força de condenação penal ou em consequência desta, nos termos do direito interno, ou sejam objecto de processo de extradição.

⁴⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Achughbabian (Case C-329/11)*. Parágrafo 41. Kirchberg, 6 de dezembro de 2011.

⁵⁰ SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1420, 2016.

⁵¹ SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1421, 2016.

⁵² Nos termos do artigo 11º da Diretiva, é obrigatória a emissão de uma ordem de proibição de entrada, acompanhando a decisão de regresso, sempre que não tenha sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária, ou a obrigação de regresso não tenha sido cumprida. Nos outros casos, os Estados têm a discricionariedade para decidir se as decisões de regresso serão ou não acompanhadas de uma proibição de entrada. A duração da proibição de entrada é determinada tendo em consideração todas as circunstâncias rel-

prida de imediato, apenas em 4 de setembro de 2012, quando deixou o território Italiano. Na sequência desses episódios, *Celaj* reentrou no território Italiano, descumprindo, portanto, a proibição de entrada, foi identificado e preso pelas autoridades italianas a fevereiro de 2014.

A lei italiana em causa é o Decreto Legislativo N.º 286, cujo artigo 13 (13) penaliza a transgressão de proibição de entrada com a pena de prisão de um a quatro anos, além da expulsão imediata logo após o seu cumprimento.⁵³

Durante o procedimento criminal, a defesa de *Celaj* pediu a sua absolvição, sob o argumento de que o Artigo 13(13) do Decreto N.º 286 não seria compatível com a Diretiva de Retorno. Com isso, a Corte Distrital de Florença decidiu suspender o processo e submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, questionando se as provisões da Diretiva se opõem à legislação de um Estado-Membro que permite a imposição de uma sentença condenatória culminando em pena de prisão sobre um nacional de país terceiro que, tendo sido removido para o seu país de origem com base em uma prévia decisão de regresso, reingressou no território do Estado-Membro violando uma proibição de entrada.

Na opinião do Advogado Geral⁵⁴, o Tribunal deveria interpretar a Diretiva no mesmo sentido dos julgamentos passados (*El Dridri e Achughababian*) sobre o tema, isto é, que a Diretiva proíbe qualquer tipo de detenção criminal para imigrantes ilegais. Para isso, argumentou, em resumo, que (i) o objetivo primordial da Diretiva 2008/115 não é prevenir, mas acabar com uma permanência ilegal; (ii) os Estados-Membros têm o dever constante de iniciar um procedimento de afastamento

evantes do caso concreto, não devendo em princípio exceder cinco anos. Essa duração pode, contudo, ser superior a esse período se o nacional de país terceiro constituir uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional. Se o estrangeiro objeto de uma proibição de entrada provar que deixou o território de um Estado-Membro em plena conformidade com uma decisão de regresso, os Estados podem revogar ou suspender a proibição de entrada, a partir de uma análise ponderada do caso concreto.

⁵³ Lo straniero espulso non puo' rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno; in caso di trasgressione, e' punito con l'arresto da due mesi a sei mesi ed e' nuovamente espulso con accompagnamento immediato. Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Art. 13 (13). Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

⁵⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Opinion of Advocate General Szpunar in Case C-290/14, *Celaj*, EU:C:2015:285. Kirchberg, 01 de outubro de 2015.

mediante a emissão de uma decisão de regresso e, a seguir, aplicar esse procedimento; (iii) uma vez que o dever de remoção é persistente e contínuo, nenhuma distinção pode ser feita entre uma primeira entrada ilegal e uma reentrada, no caso de um procedimento de retorno já realizado; (iv) a violação das proibições de entrada, dada a sua natureza acessória, não pode ser penalizada com medidas privativas de liberdade, uma vez que a prisão de um migrante irregular por razões diferentes das previstas na diretiva atrasa o procedimento de regresso e equivale a uma suspensão temporária unilateral da diretiva; (v) A própria diretiva não contém disposições sobre a possibilidade de os Estados-Membros recorrerem à prisão ou detenção como sanção penal em conexão com uma estada ilegal, pelo simples motivo de que não há margem para tal sanção se o objetivo da diretiva for fornecer proporcionar um rápido retorno dos imigrantes em situação ilegal⁵⁵.

A opinião do Advogado Geral expressa uma leitura “minimalista” da possibilidade de os Estados criminalizarem a migração irregular depois da adoção da Diretiva. A *ratio* dessa argumentação, conforme indica Savino⁵⁶, é a de que, se o objetivo primordial da Diretiva é garantir a remoção dos imigrantes, qualquer medida de privação de liberdade deve cumprir as regras relativas à detenção para efeitos de remoção, nos termos do Capítulo IV da Diretiva, em particular o Artigo 15. Desse modo, apenas a detenção administrativa poderia ser imposta, se, e na medida que, conducente ao processo de afastamento.

O julgamento em *Celaj*, no entanto, seguiu um rumo radicalmente diferente, pois foi o primeiro em que o TJUE sustentou que a aplicação da detenção ou prisão, enquanto sanção criminal, em um caso de permanência ilegal, é compatível com a Diretiva de Retorno. Em casos passados, recorde-se, a Corte havia decidido que esse tipo de legislação não seria compatível com o Princípio da Eficácia da Diretiva e o dever de cooperação leal dos Estados.

Cabe destacar, em primeiro lugar, a distinção feita pelo Tribunal entre o caso *Celaj* e os casos anteriores. Diferentemente de *El Dridri e Achughababian*, o estrangei-

⁵⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Case C-290/14, *Celaj*, EU:C:2015:285. Parágrafos 49-57. Kirchberg, 28 de abril de 2015.

⁵⁶ SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the *Celaj* Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1428-1429, 2016.

ro em causa foi submetido a um primeiro procedimento de retorno no Estado Membro, aplicado eficazmente para pôr termo à primeira permanência ilegal⁵⁷.

O Tribunal entendeu que o escopo da Diretiva se limita ao processo de retorno, e, assim, não impede por completo a criminalização da migração irregular, no que se refere, em particular, a uma legislação que tipifica e pune criminalmente uma reentrada de um estrangeiro em violação uma proibição de entrada. A corte rejeitou, portanto, a ideia de que a criminalização da migração ilegal é *per se* incompatível com o Direito da UE e, em especial, com a Diretiva de Retorno.

Havia uma difícil decisão a ser tomada pela Corte sobre o que é mais importante quando se trata de um estrangeiro indesejável. De um lado, a imposição de uma sanção criminal com o objetivo de dissuadi-lo de tentar uma nova entrada ilegal; do outro lado, a efetividade de uma política de afastamento pelo início imediato do procedimento de retorno. A Corte entendeu nesse caso que é mais importante penalizar o imigrante. Ao interpretar a Diretiva dessa nova maneira, o TJUE dá primazia à soberania do Estado-Membro em lidar com o fluxo migratório em seu território, ao contrário dos casos anteriores, baseados na interferência da legislação da UE sobre o direito interno. Esse julgamento, nas palavras de Anna Kosinka⁵⁸, é uma resposta às necessidades dos tempos, especialmente no atual contexto de influxo massivo de migrantes nos territórios dos Estados-Membros que se encontram nas fronteiras externas da União.

5 Considerações finais

1. O regime de detenção de imigrantes irregulares na União Europeia, tal como previsto na Diretiva de Retorno, mostra-se excessivo e contribui para a criminalização da migração no âmbito da União. Com efeito, observa-se uma maior punição criminal dentro de um sistema formalmente administrativo, que é a regula-

mentação da imigração, do que no próprio sistema de justiça criminal. Uma maneira de abordar esse excesso seria proporcionar aos detidos de imigração as mesmas garantias conferidas aos indivíduos encarcerados de acordo com o direito penal.

2. Embora as normas comuns estabelecidas pela Diretiva reflitam, em várias ocasiões, uma política draconiana em relação aos migrantes, deve-se ressaltar que as suas disposições podem, entretanto, constituir um limite para uma maior criminalização da migração, ao estabelecer limites à aplicação pelos Estados-Membros, por exemplo em relação à duração e motivos para a detenção.

3. As normas mínimas previstas pela Diretiva, não estão, ao menos formalmente, em violação às normas internacionais de direitos humanos. No entanto, as suas definições gerais e abstratas conferem aos Estados-Membros um espaço alargado para interpretação de suas previsões, o que leva a variadas aplicações da Diretiva dentro das políticas migratórias nacionais. Essas definições amplas e aplicações variadas tem feito com que o TJUE seja recorrentemente requisitado a manifestar-se sobre o escopo, objetivos e limitações da Diretiva, o que nos leva a concluir que a redação dessa norma não foi bem-sucedida.

4. O Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio do julgamento do Caso Celaj, rompe com uma linha interpretativa favorável à gestão migratória aparte da legislação criminal, e abre as portas para um novo momento na gestão da migração ilegal no âmbito da União, ao decidir pela compatibilidade da Diretiva de Retorno com a criminalização da migração irregular.

5. Apesar da atual tendência de criminalização da imigração irregular, importa assentar que o não cumprimento de certas condições de entrada, permanência ou residência em um Estado-Membro da União Europeia (UE), bem como de qualquer outro Estado, não pode privar os migrantes dos direitos e garantias básicas compartilhados por todos os seres humanos ao abrigo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Referências

AGUIAR, Jeannine Tonetto; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A criminalização dos imigrantes em situação irregular nos países-membros da União Europeia: institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor? *In: SEMINÁRIO NACIONAL DE-*

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Case C-290/14, *Celaj*, EU:C:2015:285. Parágrafos 27 e 28. 01 de outubro de 2015.

⁵⁸ KOSINKA, Anna. The problem of criminalisation of the illegal entry of a third-country national in the case of Breaching an Entry Ban: commentary on the judgment of the Court of Justice of 1 October 2015 in Case C 290/14, Skerdjan Celaj. *European Journal of Migration and Law*, Netherlands, n. 18, p. 256, 2016.

- MANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais [...]* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016.
- BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: rights, criminalization, and the transnational migration of unaccompanied children. *The University of Chicago Law School Roundtable*. v. 7, n. 1, 2000.
- SANTOS, Christian Gomes Bezerra dos. A criminalização da imigração irregular e os direitos humanos: os casos específicos de Brasil e Itália. *Revista da FARN*, Natal, v.9, n. 1/2, p. 101-129, 2010.
- BOSWORTH, Mary; TURNBULL, Sarah. Immigration detention, punishment, and the criminalization of migration. In: HAMM, J.; PICKERING, S. *The routledge handbook on crime and international migration: criminal justice, borders and citizenship research paper n. 2451088*, 2014.
- BRZOZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137-156, 2012.
- CARRERA, S.; BLOCKMANS, S.; GROS, D.; GUILD, E. *The EU's response to the refugee crisis: taking stock and setting policy priorities*. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2015.
- COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of migrants and refugees in European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- DEMLEITNER, Nora. Immigration threats and rewards: effective law enforcement tools in the “war” on terrorism? *51 Emory Law Journal*, 1059, 2002.
- DÍEZ, Laura; AJA, Eliseo. La regulación de la inmigración en Europa. *Colección Estudios Sociales*. n.17, 2005.
- FARMER, Alice. El impacto de la detención migratoria en los niños. *Revista Migraciones Forzadas*, Oxford, n. 44, p. 14-17, 2013.
- GARCIA, Fernanda Di Flora. A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. *REMHU - Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana*, Brasília, ano 22, n. 43, p. 235-250, 2014.
- GUIA, Maria João. Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 90-120, 2012.
- HATZIS, Nicholas. Detention of irregular migrants and the European Public Order. *Legal Research Paper Series*, Oxford, n. 74, 2013.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No 35. CCPR/C/GC/35, de 16 de dezembro de 2014*. 2014.
- KALHAN, Anil. Rethinking immigration detention. *Columbia Law Review Sidebar*, New York, v. 110, p. 42-58, 2010.
- KOSINKA, Anna. The problem of criminalisation of the illegal entry of a third-country national in the case of Breaching an Entry Ban: commentary on the judgment of the Court of Justice of 1 October 2015 in Case C 290/14, Skerdjan Celaj. *European Journal of Migration and Law*, Netherlands, n. 18, p. 244-257, 2016.
- LEGOMSKY, Stephen. The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms. *Washington and Lee Law Review*, p. 471-527, 2007.
- LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à diretiva de retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 108, 2010.
- MACHADO, Jónatas. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013.
- MAJCHER, Izabella. The European Union returns directive: does it prevent arbitrary detention? *Oxford Monitor of Forced Migration*, Oxford, v. 3, n. 2, p. 23-30, 2011.
- MESSINEO, Francesco. Non-refoulement obligations in Public International Law: towards a new protection status? In: JUSS, Satvinder (ed). *Research companion to migration theory and policy*. Farnham: Ashgate, 2011.
- MILLER, Teresa. Blurring the boundaries between immigration and crime control after september 11th. *25 Boston College Third World Law Journal*, 81, 2005.
- MARIN, Luisa; SPENA Alesandro. Introduction: the criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 147, 2016.

MITSILEGAS, Valsamis. Immigration detention, risk and human rights in the law of the European Union: lessons from the return directive. In: GUIA, Maria João *et al* (ed.). *Immigration detention, risk and human rights*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015.

PARKIN, Joanna. The criminalisation of migration in Europe: a State-of-the-Art of the Academic Literature and Research. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 61, p. 15, 2013.

PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (PICUM). *PICUM Position Paper on EU Return Directive*. 2015. p.17

SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419-1440, 2016.

STUMPF, J. The crimmigration crisis: immigrants, crime & sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 368-419, 2006.

TREVISANUT, Seline. The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v.12, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridri (Case C-61/11)*. Parágrafos 19 - 25. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Achughbaban (Case C-329/11)*. Kirchberg, 6 de dezembro de 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Kadzoev (C-537/09 PPU)*.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O caso Intel: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia

The Intel case: the impact on the evolution of the effects doctrine in the competition law of the European Union

Augusto Jaeger Junior

Mariana Sebalhos Jorge

O caso Intel: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia*

The Intel case: the impact on the evolution of the effects doctrine in the competition law of the European Union

Augusto Jaeger Junior**

Mariana Sebalhos Jorge***

Resumo

O objetivo do presente artigo é analisar a evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia ao longo dos anos e o impacto da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Intel*, julgado em 2017. Em um primeiro momento, serão analisadas as redações normativas do ex-artigo 81º do Tratado de Roma e do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que preveem a teoria dos efeitos, e decisões do TJUE que aplicaram a norma unional extraterritorialmente. Em um segundo momento, serão analisados os aspectos fáticos e as conclusões do advogado-geral Nils Wahl no caso *Intel*, bem como a decisão proferida pelo TJUE em dezembro de 2017. Questiona-se, assim, o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso *Intel* a respeito da aplicação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo de uma análise geral da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia até premissas particulares a partir da análise do caso *Intel* e o impacto dessa decisão no alcance extraterritorial da norma. O caso *Intel* amplia o alcance da norma concorrencial da União Europeia para casos ocorridos integralmente no exterior, desde que produzam efeitos “qualificados” no mercado interno. Como hipótese de pesquisa, acredita-se que esta decisão não seja suficiente para consagrar a Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, uma vez que limitou o alcance extraterritorial à existência de efeitos “qualificados”. O caso *Intel*, no entanto, ratifica a Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia e representa um avanço na evolução da aplicação extraterritorial da norma.

Palavras-chave: União Europeia. Direito da concorrência. Teoria dos Efeitos. Extraterritorialidade.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the evolution of the effects doctrine in the European Union’s competition law over the years and the impact of

* Recebido em 14/09/2018
Aprovado em 01/02/2019

** Doutor em Direito Comunitário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Associado da Faculdade de Direito da UFRGS e Professor Permanente do seu programa de Pós-Graduação, em Porto Alegre, Brasil. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito Internacional da Concorrência” (UFRGS/CNPq). E-mail: augusto.jaeger@ufrgs.br

*** Doutoranda em direito internacional privado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em direito internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: msebalhos@gmail.com

the decision of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the Intel case judged in 2017. In a first moment they will be analyzed the normative drafting of former Article 81 of the Treaty of Rome and Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which predict the effects doctrine, and decisions of the CJEU that applied the regional norm extraterritorially. In a second moment, will be examined the factual aspects and the conclusions of Advocate General Nils Wahl in the Intel case, as well as the decision of the CJEU. The research problem is: what is the impact of the CJEU's decision in the case Intel on the application of the theory of effects in competition law of the European Union. For this purpose, the deductive method is used, starting from a general analysis of the effects doctrine on the competitive law of the European Union and specifying in the analysis of the case Intel and the impact of this decision. The Intel case extends the scope of the European Union's competition rule to cases occurring wholly abroad, provided that they produce "qualified" effects in the internal market. It is concluded that this decision is not sufficient to enshrine the effects doctrine in the European Union's competition law, since it limited the extraterritorial scope to the existence of "qualified" effects. The Intel case, however, ratifies the effects doctrine in the European Union's competition law and represents a step forward in the evolution of extraterritorial enforcement.

Keywords: European Union. Competition Law. Effects Doctrine. Extraterritoriality.

1 Introdução

A globalização¹, aliada ao desenvolvimento tecnológico e ao aprimoramento das comunicações e dos transportes, foi fundamental para a liberalização do

¹ Andrea Bonomi afirma que "a globalização é um fenômeno extremamente complexo, de natureza sobretudo econômica e social, cujos fatores mais significativos são a redução das barreiras aos intercâmbios internacionais de bens e serviços, a instauração de novos modelos transnacionais de produção, a expansão das comunicações e a criação de uma sociedade da informação de alcance mundial". Esses fatores resultam em "um aumento das relações privadas transfronteiriças, tanto em âmbito mercantil e trabalhista quanto em âmbito familiar e sucessório". BONOMI, Andrea. Globalização e direito internacional privado. In: POSENATO, Naiara (org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186. p. 159.

comércio e o consequente aumento do fluxo comercial internacional, originando atos comerciais que passaram a envolver mais de um país, transformando-se em multijurisdicionais. Com esse cenário, surge, no direito internacional da concorrência, a chamada Teoria dos Efeitos², que permite a um Estado ampliar o alcance da sua legislação extraterritorialmente, julgando em suas cortes, com a aplicação da sua legislação, atos que venham a produzir efeitos no território nacional, ainda que praticados integralmente no exterior³.

Este trabalho analisará a evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao longo dos anos, até um dos mais recentes casos encontrados: o caso *Intel*⁴. Questiona-se, dessa forma, se o caso *Intel* corresponde a uma ratificação da Teoria dos Efeitos no direito unional⁵ da concorrência, reconhecendo o alcance extrater-

² A primeira incidência da Teoria dos Efeitos ocorreu nos Estados Unidos da América, no emblemático caso *Alcoa*. Ver mais em: *U.S. v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Conforme José Ângelo Estrella Faria, "a aplicabilidade do direito nacional a acordos celebrados no estrangeiro que apenas produzam efeitos indesejados no território nacional encontra respaldo na effects-doctrine no direito norte-americano, que se depreende de uma sentença do Justice Learned, do ano de 1945, no conhecido caso *United States vs. Aluminium Co. of America (ALCOA)*". FÁRIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 27, n. 105, p. 19-46, 1990. p. 27.

³ Conforme Wolfgang Wurmnest, a hostilidade internacional existente contra a Teoria dos Efeitos diminuiu. Afirma que a aplicação da lei antitruste contra a conduta que afeta substancialmente um determinado mercado é amplamente aceita na arena internacional, sendo senso comum que no comércio global, um princípio estrito de territorialidade não pode proteger adequadamente a concorrência. Conclui que um princípio estrito de territorialidade não captura condutas anticompetitivas que ocorram inteiramente no exterior e afetem um mercado interno. Tradução livre de: "*Over the years, however, the international hostility against the effects test has subsided. Today, application of antitrust law against conduct substantially affecting a given market is widely accepted in the international arena. It is common sense that in global commerce, a strict territoriality principle cannot adequately protect competition. It does not capture anticompetitive conduct occurring entirely abroad that affects a domestic market*". WURMNEST, Wolfgang. Foreign Private plaintiffs, global conspiracies, and the extraterritorial application of U.S. Antitrust Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 28, n. 2, p. 205-228, 2005. p. 210.

⁴ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁵ Este estudo adotará a utilização do termo "unional" em substituição ao termo "comunitário", observando que em 1992 o Tratado da União Europeia, conhecido como Tratado de Maastricht, determinou no seu artigo "A" que as partes contratantes instituíam entre si "uma União Europeia, adiante designada por 'União'", e assinalou "uma nova etapa no processo de criação de uma união

ritorial da norma, mais precisamente dos artigos 101º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Pretende-se, assim, solucionar os seguintes problemas de pesquisa: qual é o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso *Intel* na aplicação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia? O caso *Intel* ratifica a adoção da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, sendo possível afirmar que consagra o alcance extraterritorial da norma?

Para tanto, será utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise geral do direito unional da concorrência e das primeiras decisões do TJUE que aderiram, ainda que de modo tímido, à Teoria dos Efeitos, até a análise de um caso específico (o caso Intel) julgado em 2017.

O objetivo principal consiste na análise da evolução da aplicação extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia ao longo dos anos e o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso Intel, julgado em 2017. Ainda que o TJUE não tenha afirmado expressamente, em casos anteriores, a adesão à Teoria dos Efeitos, o reconhecimento da competência unional em atos ocorridos integralmente no exterior, que tenham produzido efeito no mercado interno, é um reflexo direto da incidência da Teoria dos Efeitos. Se a sua incidência era realizada de modo tímido pelo TJUE nos casos anteriores, no caso Intel, essa manifestação se torna expressa.

Como hipótese de pesquisa, acredita-se que o caso Intel não consagre a Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, ratificando, apenas, o alcance extraterritorial da norma.

O trabalho, assim, é dividido em duas partes. A primeira destinada a uma análise geral da evolução da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia, iniciando pelas disposições normativas presentes no TFUE, e passando para a análise de casos julgados pelo TJUE: caso *Béguelin Import* (1971); caso *Imperial Chemical Industries Ltd* (1972); caso *Wood Pulp* (1988); e caso *Gencor* (1999). A segunda parte é destinada à análise do caso *Intel* a partir dos aspectos fáticos e das conclusões do advogado-geral Nils Wahl, a fim de serem solucionados os problemas de pesquisa apresentados.

cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia, de 07 de fevereiro de 1992*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:11992M/TXT>. Acesso em: 26 nov. 2017.

O caso *Intel* corresponde a um marco importante na evolução da Teoria dos Efeitos pelo TJUE, uma vez que amplia o alcance da norma concorrencial da União Europeia para casos ocorridos integralmente no exterior, desde que produzam efeitos “qualificados” no mercado interno. A dúvida que permanece, no entanto, é se essa decisão é suficiente para consagrar a Teoria dos Efeitos no direito concorrencial unional, ou ela, apenas, ratifica o seu alcance extraterritorial.

2 A teoria dos efeitos no direito da concorrência da união europeia

Nesta primeira parte do artigo, o objetivo é realizar uma análise geral do direito da concorrência na União Europeia e a incidência da Teoria dos Efeitos. Em um primeiro momento, serão observados os dispositivos de proibição às práticas anticoncorrenciais existentes no Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia, e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que atualmente vigora.

Em um segundo momento, o foco passará a ser a Teoria dos Efeitos, adotada pelo bloco econômico desde o Tratado de Roma com base na previsão do ex-artigo 81º (também ex-artigo 85º), e que se manteve no artigo 101º do TFUE. Dessa forma, a fim de observar a evolução da aplicação da Teoria dos Efeitos no direito unional concorrencial, serão analisadas decisões do TJUE ao longo dos anos, desde o caso *Béguelin Import* (1971) que ficou conhecido por ser o primeiro a aplicar a norma extraterritorialmente.

2.1 O direito internacional da concorrência na União Europeia

Com o término da 2ª Guerra Mundial, o cenário internacional foi marcado pela internacionalização dos direitos humanos e dos direitos econômicos. Demonstrou-se uma intensa “política internacional de liberalização mercadológica”⁶ com o surgimento de um Direito Internacional Econômico e de um Direito Internacional Concorrencial.

⁶ SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-153, maio 2014. p. 131.

O fenômeno da globalização proporcionou um novo cenário internacional, tanto econômico como político. O desenvolvimento tecnológico fez parte desse processo, com as constantes descobertas e avanços, e com um sistema capitalista que alterou o modo de produção e modificou, substancialmente, a estrutura social. O capital passou a circular livremente, ignorando as fronteiras geográficas, fenômeno chamado de “mundialização do capitalismo”⁷. Conforme Octavio Ianni, “a dinâmica do capital, sob todas suas formas, rompe ou ultrapassa fronteiras geográficas, regimes políticos, culturas e civilizações”⁸.

Nesse cenário, o livre-comércio⁹ obteve grande importância para o fenômeno, uma vez que passou a ser defendido pelos adeptos do capitalismo. Aliado a esse novo modo de produção, Joseph Stiglitz afirma que “a globalização reduziu a sensação de isolamento que muitas das nações em desenvolvimento sentiam um século atrás, e deu acesso a um conhecimento que estava além do alcance de muitas pessoas nesses países — até mesmo dos mais ricos em qualquer país”¹⁰.

Uma das consequências diretas da globalização foi a concentração de empresas, afetando o comércio internacional com base no reagrupamento de empresas que antes se distanciavam em seus mercados puramente nacionais. Essa multiplicação das operações de concentrações de empresas “é uma das consequências mais sensíveis da globalização”¹¹. Se a fronteira não é mais um empecilho para as trocas comerciais, esta não pode ser um empecilho para a plena proteção da livre concorrência.

O direito da concorrência e a preocupação com as práticas anticoncorrenciais esteve presente na legislação da União Europeia¹² desde a sua origem, ainda que não

represente uma longa tradição dos Estados europeus¹³ que formam o bloco econômico. Em 1957, foi assinado o Tratado da Comunidade Econômica Europeia, conhecido como Tratado de Roma, e que marcava o início da então “Comunidade Europeia”. O Tratado de Roma não se destinava a um determinado setor econômico e abrangia todos os ramos da economia entre os Estados-membros e as suas relações com Estados terceiros, sendo considerado um acordo básico com princípios fundamentais¹⁴.

O Tratado de Roma marca não apenas o início da “Comunidade Europeia”, mas também o início da regulação do direito da concorrência no bloco econômico, a partir das previsões contidas entre os ex-articles 81º e 89º. O preâmbulo desse tratado define a criação de uma Comunidade Europeia com base no reconhecimento de que “a eliminação dos obstáculos existentes requer uma ação concertada tendo em vista garantir a estabilidade na expansão econômica, o equilíbrio nas trocas comerciais e a lealdade na concorrência”¹⁵. O ex-artigo 81º passou a proibir os atos suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que possuíssem o objetivo ou o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum; e o ex-artigo 82º proibiu que uma ou mais empresas explorassem, de forma abusiva, uma posição dominante no mercado comum ou em parte substancial deste.

de que para ter grandes empresas multinacionais, adaptadas a um mercado único, é preciso uma contrapartida na proteção ao consumidor e às pequenas empresas. Tradução livre de: “*In EU terms I would say, but it is a very personal view, that competition forms part of a broader social compact. This social compact is along the lines of: if we are to have large multi-national firms, adapted to a single market throughout the European Community, and the economies of scale this will bring, then the ‘quid pro pro’ is some protection for the consumer, and for the smaller firms, through the rules on competition*”. BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*, Boston, v. 34, n. 1, p. 15-20, 1999. p. 18.

¹³ Valéria Guimarães de Lima e Silva afirma que “os países europeus não possuem uma longa tradição concorrencial”, ao contrário dos Estados Unidos da América. Afirma, ainda, que até 1927 apenas dois Estados haviam promulgado leis destinadas ao direito da concorrência: a Noruega e a Alemanha. Nos demais países, o controle às práticas anticoncorrenciais era realizado através do direito civil ou do direito penal. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 185-186.

¹⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 51.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Roma, institui a Comunidade Europeia*. Disponível em: https://infoeuropa.euroid.pt/files/web/documentos/ue/2002/2002_tratadoCE_compil.pdf. Acesso em: 27 jul. 2018.

⁷ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 48.

⁸ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998. p. 48.

⁹ Conforme Roberto Di Sena Junior, “o sistema econômico internacional reside na compreensão da noção de ‘livre-comércio’, que consiste na minimização da interferência estatal do fluxo comercial através das fronteiras nacionais”. DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio Internacional e Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 49.

¹⁰ STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002. p. 30.

¹¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 150.

¹² Conforme Christopher Bellamy, a regulação da concorrência na União Europeia faz parte de um pacto social mais amplo, no sentido

A regulação do direito da concorrência, ainda que não fosse recorrente nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros da União Europeia, esteve presente desde o início da “Comunidade Europeia”, a partir das previsões contidas no Tratado de Roma. Esta regulação visava garantir a consolidação do mercado comum¹⁶. Conforme essa previsão do ex-artigo 81º, é possível perceber que a Teoria dos Efeitos já estava presente no direito concorrencial comunitário, incluindo os atos que possuísem o objetivo ou o efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

Em 1992, com o advento do Tratado de Maastricht, foi instituída a União Europeia, não sendo mais aquele processo de integração denominado de Comunidade Europeia. Conforme a previsão contida no artigo “A”, esse tratado assinalava “uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos”¹⁷. Atualmente, os dispositivos que regulam o direito unional da concorrência se encontram no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), entre os artigos 101º e 109º (ex-artigos 81º ao 89º do TCE, como visto).

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) possui uma atuação fundamental para o fortalecimento do bloco econômico. O TJUE possui como missão velar para que o direito da União Europeia seja interpretado e aplicado da mesma forma em todos os Estados-membros do bloco, garantindo que as instituições e os Estados-membros respeitem o direito unional¹⁸.

Essa proteção à liberdade concorrencial pode acontecer ao se aplicar o ordenamento jurídico de um único país a atos que envolvam países terceiros, conhecida como a aplicação extraterritorial do direito da concorrência, utilizada pela primeira vez pelos Estados Unidos da América e evidenciada na chamada Teoria dos

Efeitos¹⁹.

De acordo com Gabriel Valente dos Reis, “a aplicação extraterritorial é uma tentativa, por parte dos Estados, de se protegerem contra condutas anticoncorrenciais estrangeiras”²⁰, de forma que, diante da falta de uma norma multilateral, é preciso que cada Estado procure medidas para a proteção do seu mercado nacional. No entanto, conforme o autor, “as medidas adotadas devem adstringir-se aos objetivos da aplicação extraterritorial: a proteção da concorrência no mercado nacional”²¹.

Na falta de uma legislação comum aos países, estes viram na Teoria dos Efeitos uma possibilidade de defender seus interesses, ainda que isto significasse atingir uma relação ocorrida inteiramente no exterior, tendo em vista que “pouco interessa, para a aplicação da legislação de defesa da concorrência, o local onde a prática foi provocada”²². A fim de observar a evolução do direito concorrencial no bloco econômico, bem como o seu alcance extraterritorial, é imprescindível a análise das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia.

2.2 A evolução da Teoria dos Efeitos na União Europeia

A União Europeia, influenciada pelo direito norteamericano, adotou a Teoria dos Efeitos desde os primórdios da legislação concorrencial unional, entendendo que “os efeitos são suficientes para fins de

¹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98.

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Maastricht*. Disponível em: https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_pt.pdf. Acesso em: 27 jul. 2018.

¹⁸ O artigo 267º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia assim determina: “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁹ Como afirma Augusto Jaeger Junior, “os Estados Unidos da América não tiveram dificuldades em ampliar os limites de sua jurisdição em direito da concorrência. Eles foram, como visto, os primeiros a aplicar extraterritorialmente as suas leis nacionais de forma ativa, impondo-as fora da jurisdição territorial, ampliando a sua soberania”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71. Esta teoria teve o seu início marcado pelo caso Alcoa, julgado pelos Estados Unidos da América, ocorrido entre o United States e a Aluminium Co. of America, em 1945. Caso United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa), 148 F. 2d 416 (2nd Cir. 1945).

²⁰ REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado: entre a Teoria dos Efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 303-329, 2010. p. 320.

²¹ REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado: entre a Teoria dos Efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 303-329, 2010. p. 320.

²² JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 45.

estabelecimento da competência jurisdicional na esfera do mercado comum”²³.

É possível observar a evolução da Teoria dos Efeitos com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia ao longo dos anos. A primeira decisão que aplicou uma norma comunitária a uma relação envolvendo uma empresa situada fora da União Europeia ocorreu em 1971, no caso *Béguelin Import*. Conforme Valéria Guimarães de Lima e Silva, no entanto, é equivocado afirmar que esse caso representou a consagração da Teoria dos Efeitos na então Comunidade Europeia, uma vez que “se tratava de um litígio privado cujas consequências se produziram somente na esfera civil”²⁴, em que os atos anticoncorrenciais foram praticados no interior da Comunidade. Conforme a autora, esse caso representou a aplicação inicial da Teoria da Unidade Econômica e da Teoria da Implementação²⁵, entendidas como variações da Teoria dos Efeitos.

Em outras decisões do Tribunal de Justiça, no entanto, é possível observar esse caso como um precedente à adoção da Teoria dos Efeitos. No caso *Intel*, caso C-413/14²⁶, que será analisado posteriormente, o Tribunal de Justiça afirmou: “Assim, foi entendido que, no que se refere à aplicação do artigo 101º TFUE, o fato de uma empresa participante num acordo estar situada num Estado terceiro não obsta à aplicação dessa disposição, já que esse acordo produz efeitos no território do mercado interno (acórdão de 25 de novembro de 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, nº 1)”. Como o próprio Tribunal de Justiça remete à decisão do caso 22/71, caso *Béguelin Import*, para justificar a aplicação da Teoria dos Efeitos no caso *Intel*, surge a dúvida de se

ele foi precursor ou não, e a análise do caso torna-se imprescindível.

2.2.1 Caso *Béguelin Import* (1971)

O caso *Béguelin Import*²⁷, caso C-22/71, reflete uma das primeiras decisões em que pode ser observada a incidência do direito concorrencial da União Europeia a uma empresa situada fora do território unional, julgado em 25 de novembro de 1971 pelo Tribunal de Justiça. Nesse caso, o Tribunal de Nice enviou duas questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça, sobre a interpretação do ex-artigo 85º TCE e do Regulamento nº 67/67 da Comissão Europeia quanto à aplicação do nº 3 do ex-artigo 85º a certas categorias de acordos de exclusividade.

No caso, uma sociedade belga de importação e exportação (*Béguelin*) celebrou um contrato com uma empresa japonesa *Oshawa* em 1967 que lhe assegurava a qualidade de representante exclusivo para a França e para a Bélgica de isqueiros a gás da marca *Win* e que resultou na criação de uma filial da *Béguelin* na França. Posteriormente, a empresa japonesa celebrou contrato semelhante com uma empresa alemã, a sociedade *Marbach*. Em 1969, então, uma sociedade francesa, *G. L. Import Export*, de Nice, adquiriu dezoito mil isqueiros *Win* da sociedade *Marbach*, passando a distribuí-los na França.

As empresas *G. L. Import Export* e *Malbach* foram acionadas pelas empresas *Béguelin*/França e *Béguelin*/Bélgica a fim de que fossem proibidas de vender o isqueiro da marca *Win* em território francês, e que indenizassem pelos prejuízos e danos causados em função da concorrência ilícita e desleal. Nesse caso, a empresa requerente baseou o seu pedido no contrato de representação exclusiva celebrado com a empresa *Oshawa*.

A primeira questão elaborada pelo Tribunal de Nice questionava os acordos não notificados à Comissão quando um produtor estabelecido em um país terceiro concedeu a uma empresa de um Estado-membro o direito exclusivo de distribuir os seus produtos no território desse Estado.

O Tribunal de Justiça afirmou, nesse caso, que, para ser considerado incompatível com o mercado comum e

²³ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 239.

²⁴ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 247.

²⁵ Segundo a Teoria da Unidade Econômica da Empresa, “o comportamento deve ser praticado dentro do mercado comum por uma empresa efetivamente situada na Comunidade Europeia, mas é imputado a sua matriz estrangeira ou à empresa que administra o grupo em decorrência da unidade econômica e do comportamento que exista entre elas”. Segundo a Teoria da Implementação, “a empresa não precisa ter qualquer vínculo dentro do mercado comum, sendo o comportamento desmembrado e interpretado de tal forma que é suficiente que o comprador do bem ou do serviço esteja estabelecido na Comunidade para que seja considerado que a conduta foi aí executada”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 106-108.

²⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

²⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-22/71. 25 de novembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:113.

proibido nos termos do ex-artigo 85°, um acordo deve ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-membros e ter por objetivo ou efeito prejudicar a concorrência no mercado comum. O Tribunal afirmou, expressamente, que “a circunstância de uma das empresas signatárias do acordo estar estabelecida num país terceiro não impede a aplicação da referida disposição quando o acordo produz os seus efeitos no território do mercado comum”²⁸.

A resposta do Tribunal de Justiça ao Tribunal de Nice foi no sentido de que um acordo de exclusividade entre um produtor nacional de um país terceiro e um distribuidor estabelecido no mercado comum está abrangido pela proibição do ex-artigo 85° quando impede, de direito ou de fato, que “o distribuidor reexporte os produtos em causa para outros Estados-membros, ou que esses produtos sejam importados de outros Estados-membros para a zona protegida e aí sejam distribuídos por pessoas diferentes do concessionário ou dos seus clientes”.

Conforme Valéria Guimarães de Lima e Silva, esse caso não reflete a incidência da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial unional e, sim, a utilização da teoria da unidade econômica e da teoria (do local) da implementação, que são fundadas “na localização do comportamento anticoncorrencial, e não nos efeitos por ele causados”²⁹. No entanto, é preciso observar que o caso *Intel*, julgado em 2017, utilizou o caso *Béguelin Import* como precedente para a incidência da Teoria dos Efeitos. Nesse sentido, Luca Prete afirma que o TJUE, no caso *Béguelin*, adotou, ainda que timidamente, um critério baseado nos efeitos³⁰.

2.2.2 Caso Imperial Chemical Industries Ltd (1972)

O caso C-48/69³¹ foi, também, um dos primeiros a aplicar o direito concorrencial da então Comunidade Europeia extraterritorialmente. Esse caso envolveu empresas produtoras de corantes que adotaram práticas que resultaram em aumentos de preços e que estavam situadas tanto dentro do território unional como fora. Um dos questionamentos remetidos para o Tribunal de Justiça visava esclarecer se as empresas com sede no exterior do mercado comum (a *Imperial Chemical Industries* no Reino Unido, a *Geigy* e a *Sandoz* na Suíça), poderiam estar sujeitas a sanções pecuniárias devido a sua participação em práticas concertadas anticoncorrenciais realizadas no interior do mercado comum.

A empresa recorrente nesse caso possuía sede social fora da Comunidade Europeia e, por esse motivo, alegava que a Comissão não possuía competência para lhe aplicar multas por atos que tivessem sido praticados no exterior da Comunidade. O Tribunal de Justiça utilizou a Teoria da Unidade Econômica da Empresa³², abrangendo, extraterritorialmente, o direito concorrencial do bloco, ao entender que a recorrente utilizou “do seu poder de autoridade sobre as suas filiais estabelecidas na Comunidade” para ampliar o preço do produto dentro do mercado comum.

O Tribunal de Justiça afirmou, assim, que “quando a filial não possui uma autonomia real na determinação de uma linha de ação no mercado, as proibições constantes do n° 1 do artigo 85° podem ser consideradas como inaplicáveis às relações entre ela e a sociedade-mãe, com a qual forma uma unidade econômica”³³. Entendeu, en-

²⁸ UNIÃO EUROPEIA. C-22/71. 25 de novembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:113.

²⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 247.

³⁰ Dedução a partir de tradução livre de: “Even if in a very early case it seemed to timidly endorse an effect criterion (*Béguelin*), in its subsequent caselaw the Court of Justice had, until recently, always avoided taking a clear position on its validity (either under the EU merger regulation or for the purposes of Articles 101 and 102 TFEU)”. PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487–495, Oct. 2018. p. 3.

³¹ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.

³² Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, o Tribunal de Justiça da União Europeia, nesse caso, “considerou que uma empresa-mãe pode ser responsável pela conduta das suas filiais, em especial quando a filial, apesar de ter personalidade jurídica distinta, não decide de forma independente sobre o seu próprio comportamento no mercado, mas realiza, em todos os aspectos materiais, as instruções dadas pela empresa-mãe”. Tradução livre de: “It held that a parent company may be responsible for the conduct of its subsidiaries, in particular where the subsidiary, although having separate legal personality, does not decide independently upon its own conduct on the market, but carries out, in all material respects, the instructions given to it by the parent company”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 35.

³³ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.

tão, que a recorrente poderia influenciar a política dos preços de venda das suas filiais no mercado comum de forma determinante e que esta utilizou esse poder no momento dos aumentos de preços ocorridos em 1964, 1965 e 1967. Concluiu que a recorrente “quem realizou a prática concertada no interior do mercado comum”³⁴.

Afirma-se que este foi o primeiro caso em que o Tribunal impôs multas para empresas situadas fora do território da Comunidade Europeia, ainda que a afirmação da incidência da Teoria dos Efeitos tenha sido tímica³⁵. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, a Teoria da Unidade Econômica da Empresa “serviu ao TJUE com o objetivo de evitar o reconhecimento explícito da Teoria dos Efeitos, embora a ampliação do âmbito de aplicação do direito da concorrência da União Europeia se referisse aos efeitos sobre o então mercado comum”³⁶. Afirmam, ainda, que a fragilidade dessa teoria se tornou rapidamente evidente quando participantes das práticas concertadas estavam estabelecidos fora do mercado comum e sem uma filial no território da União Europeia, como ocorreu no caso *Wood Pulp*³⁷.

2.2.3 Caso *Wood Pulp* (1988)

O caso *Wood Pulp*³⁸ foi julgado em 27 de setembro de 1988. Esse caso envolveu um número significativo de empresas de diferentes países que violaram as normas concorrenciais do bloco ao “fixarem o preço de polpas de madeira de sulfato branco por elas fabricadas e comercializadas no mercado comum”, reduzindo, também, o “volume produtivo com o intuito de manter o preço da matéria-prima alto, o que levou à afetação do comércio intracomunitário e da estrutura concorrencial em toda a Comunidade”³⁹.

Conforme decisão do TJUE, essas infrações teriam consistido em uma prática concertada entre os produtores sobre os preços anunciados trimestralmente aos clientes estabelecidos na Comunidade, com base em recomendações de preços feitas pela *Pulp Paper and Paperboard Export Association of the United States* (designada como “KEA”). A decisão do TJUE determinou que “quando esses produtores se concertam sobre os preços que proporcionarão aos seus clientes estabelecidos na Comunidade e põem em prática essa concertação, vendendo a preços efetivamente coordenados, participam numa concertação que tem por objetivo e por efeito restringir a concorrência no mercado comum, na acepção do artigo 85º do Tratado”⁴⁰.

Para justificar a competência comunitária, o TJUE afirmou que, em matéria de repressão de acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, “o que é determinante é o lugar da respectiva execução, e não o da sua celebração”, afirmando que “pouco importa que os produtores tenham, ou não, recorrido a filiais, agentes, subagentes ou sucursais estabelecidos na Comunidade com vista a estabelecer contatos entre eles e os compradores que nela estão estabelecidos”⁴¹.

As empresas recorrentes, membros da KEA, alegaram que essa aplicação era contrária ao direito internacional público, violando o Princípio da Não Intervenção. Afirmaram que “a aplicação do artigo 85º prejudicou o interesse que têm os Estados Unidos em promover as atividades de exportação das suas empresas, interesse consagrado na lei *Webb-Pomerene* de 1918, em virtude da qual as associações de exportação, como a KEA, escapam à aplicação das leis antitrust americanas”⁴².

internacionais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 244.

³⁴ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.

³⁵ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 244.

³⁶ Tradução livre de: “*The doctrine of ‘single economic unit’ served the CJEU for the purpose of avoiding explicit recognition of the effects doctrine, although essentially the broadening of the scope of application of EU competition law was all about the effects on the then common market*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. *EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 35.

³⁷ MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. *EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 35.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

³⁹ SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos*

⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴¹ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴² O Tribunal de Justiça da União Europeia rebateu esse argumento: “sem que seja necessário tomar posição quanto à existência de semelhante regra em direito internacional, bastará reconhecer que as condições da sua aplicação, em qualquer caso, não estão preenchidas. Com efeito, não há, no caso em apreço, contradição entre o comportamento prescrito pelos Estados Unidos e o prescrito pela Comunidade, dado que a lei *Webb-Pomerene* se limita a excluir a aplicação das leis antitrust americanas em relação à formação de cartéis de exportação, sem impor a celebração de tais acordos. Aliás, convém sublinhar que as autoridades dos Estados Unidos não levantaram objeções com base no eventual conflito de competência, quando foram consultadas pela Comissão em conformidade com a recomendação do Conselho da OCDE, de 25 de outubro de 1979 (Atos da Organização, volume 19, p. 376), relativa à cooperação

Nesse sentido, o TJUE argumentou que “as principais fontes de abastecimento em pasta de madeira estão situadas fora da Comunidade”, de modo que o mercado tem, como consequência, uma dimensão mundial. Assim, quando produtores estabelecidos em países terceiros efetuam vendas diretamente a compradores estabelecidos na Comunidade, concorrendo entre si em matéria de preços, há concorrência no mercado comum. Conforme o TJUE, “fazer depender a aplicabilidade das proibições estabelecidas pelo direito da concorrência do lugar da formação do acordo redundaria evidentemente em fornecer às empresas um meio fácil para se subtraírem às referidas proibições”⁴³, defendendo, assim, que o lugar da execução do acordo é que é determinante.

Percebe-se, na decisão, a incidência da norma comunitária a uma relação entre empresas estrangeiras, com base na justificativa de que os efeitos do ato estrangeiro interferiam, diretamente, no mercado interno. Ainda que o TJUE não tenha utilizado a expressão “efeitos” e sim “execução”, percebe-se, nesse caso, a incidência da Teoria dos Efeitos com a ampliação do alcance extraterritorial da norma comunitária concorrencial, com base na Teoria da Implementação.

Nesse caso, “a única conexão com o território da União Europeia foi a venda das mercadorias para o mercado interno”⁴⁴, de modo que não era possível ampliar o alcance da lei concorrencial com base na Teoria da Unidade Econômica da Empresa como no caso *Imperial Chemical Industries Ltd.* Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, “o TJUE não estava pronto para assumir a Teoria dos Efeitos mas procurava um meio alternativo para justificar a jurisdição da União Europeia”⁴⁵.

dos Estados-membros em caso de práticas comerciais restritivas que afetem as trocas internacionais”. UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.

⁴⁴ Tradução livre de: “*In WoodPulp the single link to the EU territory was sale of the products into the EU market*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 36.

⁴⁵ Tradução livre de: “*Again, the CJEU was not prepared to embark on the “effects doctrine” but looked for an alternative way to justify the EU jurisdiction. The reason was probably the political position in EU, especially in UK, against the “effects doctrine” in the US, to which legal scholars provided scientific support by labelling it contrary to the principle of the sovereignty of States*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 36.

2.2.4 Caso Gencor (1999)

No processo T-102/96⁴⁶, julgado em 25 de março de 1999, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou um ato de concentração de empresas sul-africanas, uma vez que os efeitos desse ato de concentração seriam sentidos no interior do mercado comum. O caso envolveu as empresas *Gencor Ltd* (sul-africana), *Impala Platinum Holdings Ltd* (sul-africana), a *Lonrho Pic* (inglesa), *Lonrho Platinum Division* (sul-africana).

Uma consequência do acordo de concentração seria a eliminação das relações de concorrência que existiam, anteriormente, entre a *Implats* e a *LPD*, designadamente no que respeita às suas vendas na Comunidade, o que alteraria a estrutura da concorrência no interior do mercado comum, uma vez que, em lugar de três fornecedores sul-africanos, apenas restariam dois.

Na decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia afirmou que, quando for “previsível que uma concentração projetada possa produzir efeitos imediatos e substanciais na Comunidade, a aplicação do regulamento é justificada à luz do direito internacional público”. A empresa recorrente argumentou que a posição dominante não afetaria mais a Comunidade do que qualquer outra entidade competente, afirmando que, inclusive, afetaria a Comunidade a um nível inferior ao de outros mercados. O TJUE fundamentou:

O fato de, no contexto de um mercado mundial, outras partes do mundo serem afetadas pela concentração não impede a Comunidade de fiscalizar uma operação de concentração que afeta substancialmente a concorrência no interior do mercado comum devido à criação de uma posição dominante.⁴⁷

No caso, o TJUE manteve a decisão do Tribunal Geral e afastou o argumento da empresa recorrente de que a Comissão não possuía competência para apreciar o ato de concentração em questão. O TJUE entendia que o elemento decisivo para justificar a jurisdição comunitária era a implementação do ato dentro da União Europeia, não importando o local onde o acordo, a decisão ou a prática concertada haviam sido firmados⁴⁸.

⁴⁶ UNIÃO EUROPEIA. T-102/96. 25 de março de 1999. ECLI:EU:T:1999:65.

⁴⁷ UNIÃO EUROPEIA. T-102/96. 25 de março de 1999. ECLI:EU:T:1999:65.

⁴⁸ Tradução livre de: “*Thus, the rule at the time was that the location where an agreement, decision or a concerted practice is formed does not play a role, while the decisive element was the implementation within the EU*”. MALNAR,

2.3 A aplicação da Teoria dos Efeitos na União Europeia

Os casos analisados demonstram a aplicação tímida que a Teoria dos Efeitos teve nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia ao longo dos anos. É possível afirmar que a União Europeia adota, sim, a Teoria dos Efeitos desde os primórdios do bloco. Já no Tratado de Roma em 1957, é visível a previsão do ex-artigo 81º que determinava a proibição dos atos que possuíssem o objetivo ou o simples efeito de impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Essa previsão foi mantida no atual artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Observa-se que, conforme a previsão normativa, o mero efeito de um ato que impeça, restrinja ou falseie a concorrência no mercado comum já resulta na sua proibição. A inserção da palavra “efeito” nesses dispositivos permite afirmar que a União Europeia adota a Teoria dos Efeitos desde o início da regulação do direito concorrencial unional.

A partir das decisões acima, percebe-se que a Teoria dos Efeitos foi aplicada ao longo dos anos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, ainda que de forma tímida. O TJUE amplia a sua competência para relações jurídicas ocorridas fora do território da União, quando essas relações jurídicas interferem no mercado comum. Ainda que não seja uma aplicação agressiva da Teoria dos Efeitos, tal como o fazem os Estados Unidos da América, é possível perceber que a União Europeia aplicou as suas normas unionais extraterritorialmente ao longo dos anos.

A aplicação extraterritorial esteve, no entanto, disfarçada entre a Teoria da Unidade Econômica da Empresa e a Teoria da Implementação, por meio da recusa em assumir, explicitamente, a Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia. A aplicação dessas teorias, “embora difira teoricamente da Teoria dos Efeitos, possui consequências práticas parecidas com as que decorrem da aplicação dessa, podendo acarretar, inclusive, uma extensão jurisdicional quase tão ampla quanto aquela apresentada pela aplicação da Teoria dos Efeitos”⁴⁹.

Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 38.

⁴⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Cu-

Ao mencionar os casos *Wood Pulp* e *Gencor*, Jurgen Basedow⁵⁰ afirma que uma conduta praticada fora da União por uma empresa estrangeira pode estar sujeita à legislação comunitária em matéria de concorrência, caso as restrições anticoncorrenciais ocorram na União Europeia. Conforme o autor, essa abordagem estava sendo caracterizada como “Princípio dos Efeitos Disfarçados”⁵¹, o que seria muito próximo à Teoria dos Efeitos.

Com base nessas teorias, o alcance extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia exigia que o ato possuísse uma ligação com o território do mercado comum, seja pela presença de uma filial ou pela implementação de comportamentos anticoncorrenciais. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, essas teorias revelaram as suas limitações práticas, uma vez que a legislação da União Europeia não se aplicaria a um acordo firmado externamente que proibisse vendas no interior do mercado comum⁵². Essas limitações práticas resultaram na decisão do caso *Intel*, em 2017, em que o TJUE deixou de evitar a Teoria dos Efeitos.

ritiba: Juruá, 2008. p. 108.

⁵⁰ BASEDOW, Jurgen. International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1037-1052, 2000. p. 1040.

⁵¹ Tradução livre de: “*Even if that is not the case, conduct carried out outside the Community by a foreign corporation may still be subject to Community competition law if the restrictions of competition are to be implemented within the Community. This approach has been characterized as an ‘effects principle in disguise’ and it comes very close to the effects principle indeed, although some differences remain*”. BASEDOW, Jurgen. International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1037-1052, 2000. p. 1040.

⁵² Tradução livre de expressão contida na passagem: “*However, just like the doctrine of a ‘single economic unit’, the ‘implementation’ doctrine soon revealed its practical limitations. Under these doctrines combined, EU competition law operates with a requirement that there be an adequate link to the EU territory, be it in the form of the presence of a subsidiary, or the implementation of anticompetitive conduct within that territory. However, when comparing the EU ‘implementation’ doctrine and the US ‘effects’ doctrine, the noted divergence arises out of the fact that under the former the EU law would not apply to a situation where an agreement entered into outside the EU prohibits sales within the EU or purchases from EU producers, whereas under the latter the US competition law would be applicable provided that such an agreement is directed at the US market. This proved to be true in Intel where the CJEU eventually ceased avoiding the ‘effects’ doctrine*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 39.

3 O caso Intel e a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia

Nesta segunda parte do artigo, o objetivo é analisar o processo C-413/14, julgado em setembro de 2017, que ratificou a Teoria dos Efeitos na União Europeia. Esse processo, conhecido como caso *Intel*, manteve a linha que o Tribunal de Justiça da União Europeia seguia em casos anteriores. No entanto, reconheceu a competência unional quando o ato produziu efeitos “qualificados” no mercado interno, independentemente de esse ter sido celebrado no território da União Europeia.

Assim, em uma primeira parte serão analisados os aspectos fáticos do caso *Intel* a partir da prática anticoncorrencial ocorrida, da manifestação da Comissão e do Tribunal Geral até o recurso ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Serão analisadas, ainda, as conclusões elaboradas pelo advogado-geral Nils Wahl, em 2016, que reconheceu a importância da Teoria dos Efeitos, mas reforçou a cautela que a sua aplicação deve possuir.

Em um segundo momento, será analisada a decisão do TJUE proferida em setembro de 2017, que reconheceu a incidência da Teoria dos Efeitos, utilizando a expressão “efeitos qualificados”. Dessa forma, quando o ato produzir efeitos “qualificados” no mercado interno da União estará ratificada a competência unional, sendo possível a aplicação dos artigos 101º e seguintes do TFUE, independentemente do local em que ocorrer o ato.

3.1 Caso *Intel*: aspectos fáticos e conclusões do advogado-geral

O processo C-413/14⁵³, julgado no dia 6 de setembro de 2017, representa a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia. Tem por objeto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral interposto pela empresa *Intel Corporation Inc.*⁵⁴

⁵³ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁵⁴ A *Intel Corporation Inc.* é uma sociedade de direito americano que assegura a concessão, o desenvolvimento, o fabrico e a comercialização de microprocessadores e de outros componentes semicondutores. O mercado em causa corresponde ao dos processadores, em especial os CPU x86 que permite o funcionamento dos sistemas operativos Windows e Linux. UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

(*Intel*), com sede nos Estados Unidos da América, que questionava, entre outras questões, a competência da Comissão tendo em vista o âmbito territorial. Diante de uma denúncia apresentada pela empresa *Advanced Micro Devices Inc.* (AMD) em outubro de 2000, a Comissão iniciou uma investigação, procedendo a inspeções em instalações na Alemanha, na Espanha, na França, na Itália e no Reino Unido.

Em decisão controvertida, a Comissão descreveu dois comportamentos anticoncorrenciais da *Intel* em relação aos seus parceiros comerciais: descontos condicionais e restrições que se destinavam a excluir um concorrente do mercado dos CPU x86. O primeiro comportamento consistia na concessão de descontos a grandes fabricantes de equipamentos informáticos, “*Original Equipment Manufacturers*”, denominadas ao longo da decisão como OEM (*Dell, Lenovo, HP e NEC*), na condição de estas lhe comprarem todos os respectivos CPU x86. O segundo comportamento consistia na concessão de pagamentos às OEM para travarem, anularem ou limitarem a comercialização de produtos equipados com CPU da empresa AMD. Por esse motivo, a Comissão concluiu pela existência de uma infração única e continuada ao artigo 102º do TFUE e ao artigo 54º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, aplicando uma multa no valor de 1,06 mil milhões de Euros.

Em recurso ao Tribunal Geral, a *Intel* questionou a competência territorial da Comissão para proferir uma decisão contra os fatos em questão. A decisão do Tribunal Geral determinou que “para justificar a competência da Comissão à luz do direito internacional público, bastava provar os efeitos qualificados da prática ou a sua execução na União Europeia”⁵⁵. Pelo entendimento do Tribunal Geral, “os efeitos substanciais, previsíveis e imediatos que o comportamento da *Intel* poderia produzir no Espaço Económico Europeu (EEE) permitiam

⁵⁵ Conforme Wouter Wils, ao analisar os efeitos do ato, é preciso considerar se a empresa em questão exerce uma posição dominante ou não. Afirma que os efeitos do que pode parecer uma mesma prática podem ser muito diferentes dependendo se a empresa que adota a prática é dominante ou não. Tradução livre de: “*The nature and effects of what may look like the same practice can be very different depending on whether the undertaking adopting the practice is dominant or not. Moreover, by providing for Article 102 TFEU in addition to Article 101 TFEU, the EU Treaties have chosen to treat dominant undertakings differently from non-dominant undertakings*”. WILS, Wouter. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 37, n. 4, p. 405-434, 2014. p. 428.

justificar a competência da Comissão”⁵⁶.

Um novo recurso foi submetido ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em que a *Intel* alegou, em um dos seus fundamentos, a aplicação incorreta dos critérios relativos à competência da Comissão em relação aos acordos celebrados entre a *Intel* e a *Lenovo* entre os anos de 2006 e 2007. Na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), é possível observar os fundamentos que permeiam a Teoria dos Efeitos, e que justificam a competência territorial da Comissão.

As conclusões do advogado-geral Nils Wahl, referentes a esse caso, foram apresentadas no dia 20 de outubro de 2016. Este afirma que é “especialmente importante que a competência seja estabelecida com uma certa cautela quando esteja em causa um comportamento que, em rigor, não teve lugar no território da União Europeia”⁵⁷.

O advogado-geral adota uma postura de cautela quanto à aplicação da Teoria dos Efeitos e afirma que “por uma questão de cortesia, e pela mesma ordem de ideias, para garantir que as empresas possam exercer a sua atividade num quadro jurídico previsível, os efeitos do comportamento em causa só podem ser utilizados como critério de atribuição da competência com grande prudência, sobretudo nos dias de hoje”. Sustenta que existem, atualmente, mais de cem autoridades nacionais ou supranacionais no mundo que se consideram competentes em matéria de práticas concorrenciais.

Ao analisar o artigo 101º TFUE, Nils Wahl alega que a previsão está longe de dar à Comissão uma “carta branca” para aplicar o direito da concorrência da União a qualquer comportamento, independentemente do local onde este ocorra e da existência ou não de um vínculo claro com o território da União. Conforme o advogado-geral, as disposições do artigo 101º TFUE “têm por objeto comportamentos anticoncorrenciais coletivos ou unilaterais dentro do mercado interno”⁵⁸.

Nils Wahl afirma que vários “advogados-gerais já sugeriram ao Tribunal de Justiça que adotasse, no domínio do direito da concorrência, uma abordagem à competência *ratione loci* baseada nos efeitos”, mas que,

até aquele momento (2016), o Tribunal de Justiça não havia ratificado ou rejeitado essa teoria expressamente. No entanto, os casos já mencionados revelam, sim, a adoção da Teoria dos Efeitos, de forma tímida. Ainda que o Tribunal de Justiça da União Europeia não tenha afirmado, expressamente, que adota a Teoria dos Efeitos, a incidência da norma unional a uma relação ocorrida integralmente fora do território da União é um reflexo direto dessa teoria.

O advogado geral afirma, ainda, que “a aplicação das regras de concorrência da União a um comportamento específico só pode ser justificada se esse comportamento tiver efeitos imediatos, substanciais e previsíveis no mercado interno”, reconhecendo que é possível traçar “um paralelismo óbvio com as regras da concorrência aplicáveis nos Estados Unidos da América (EUA)”⁵⁹. Nils Wahl afirma que a postura adotada pela União Europeia é semelhante à postura adotada pelos Estados Unidos da América no *Sherman Act*⁶⁰. Defende, assim, que os efeitos devem ser diretos (ou imediatos), substanciais e previsíveis, denominados de efeitos “qualificados”. Em suas palavras: “o teor dos artigos 101º e 102º TFUE não justifica a aplicação do direito da União pela Comissão a comportamentos que não tenham um efeito ‘qualificado’ no território da União Europeia”⁶¹.

⁵⁹ O advogado-geral afirma: “podemos traçar aqui um paralelismo óbvio com as regras da concorrência aplicáveis nos Estados Unidos da América (EUA): A section 1 do Sherman Antitrust Act estabelece uma proibição geral das restrições ao comércio sem quaisquer limites geográficos, razão pela qual, em 1982, o Congresso norte-americano aprovou o Foreign Trade Antitrust Improvement Act (a seguir ‘FTAIA’) (191), com vista a clarificar (e, possivelmente, restringir) a aplicação extraterritorial do Sherman Antitrust Act. O FTAIA dispõe, nomeadamente, que as regras antitrust norte-americanas não se aplicam a comportamentos praticados no estrangeiro, salvo se tiverem um efeito direto, substancial e razoavelmente previsível nos EUA. No acórdão Empagran, o Supremo Tribunal dos EUA concluiu, no contexto da interpretação do Sherman Act e do FTAIA, que não era razoável aplicar a legislação dos EUA a um comportamento praticado no estrangeiro quando os danos dele resultantes fossem independentes de qualquer dano interno”. UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016. ECLI:EU:C:2016:788.

⁶⁰ Os Estados Unidos da América foram um dos países responsáveis pelas primeiras legislações que visavam garantir a livre concorrência, o que ocorreu com a promulgação em 1890 do *Sherman Act* que visava reagir “contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos”, disciplinando a fim de garantir a livre concorrência. Este, porém, se mostrou insuficiente para a garantia da liberdade concorrencial, não garantindo, eficientemente, a segurança e a previsibilidade que era desejada pelos agentes econômicos, tendo sido substituído em 1914 pelo *Clayton Act*. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 65.

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016.

⁵⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁵⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016. ECLI:EU:C:2016:788.

⁵⁸ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 20 de outubro de 2016. ECLI:EU:C:2016:788.

O entendimento da doutrina, antes da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, era de que o caso *Intel* oferecia à União Europeia a oportunidade de igualar a sua jurisprudência à jurisprudência dos Estados Unidos da América, como destacou Peter Behrens⁶². Uma decisão que igualasse a jurisprudência da União Europeia à jurisprudência dos Estados Unidos da América poderia representar a consagração da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência unional.

3.2 A decisão do TJUE

Se o advogado-geral Nils Wahl afirmou que até 2016 o Tribunal de Justiça não havia se manifestado expressamente sobre a adesão à Teoria dos Efeitos, após a decisão do caso *Intel*, essa realidade não é mais a mesma. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, não há outro acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia que tenha despertado tanta atenção nos últimos dois anos como este do caso *Intel*, e um dos motivos é que essa decisão ratificou o alcance extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia⁶³. No mesmo sentido, Pablo Ibáñez Colomo afirma que, na última década, nenhum julgamento foi aguardado tão ansiosamente quanto essa decisão do caso *Intel*⁶⁴.

O TJUE iniciou a sua decisão referindo que importa examinar, em um primeiro momento, o argumento da *Intel* de que o Tribunal Geral admitiu, sem razão, que o

critério dos efeitos qualificados pode servir de fundamento à competência da Comissão. Destaca-se, assim, nessa decisão que as regras de concorrência da União previstas nos artigos 101º e 102º do TFUE possuem como objeto os comportamentos, coletivos ou unilaterais, das empresas que limitam a concorrência dentro do mercado interno. Segundo o TJUE, enquanto o artigo 101º do TFUE proíbe os acordos ou práticas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, o artigo 102º proíbe a exploração de forma abusiva de uma posição dominante no mercado interno ou em uma parte substancial deste.

Na decisão do TJUE afirma-se que restou compreendido no caso *Béguelin Import*⁶⁵, julgado em 1971, que o fato de uma empresa participante em um acordo estar situada em um Estado terceiro não obsta a aplicação do artigo 101º do TFUE, já que esse acordo produz efeitos no território do mercado interno.

No voto, o TJUE afirma que o critério dos efeitos qualificados possui como objetivo detectar comportamentos que, ainda que não tenham sido adotados no território da União, produzam efeitos anticoncorrenciais capazes de repercutir no mercado da União, concluindo que a *Intel* “não tem razão quando afirma que o critério dos efeitos qualificados não pode servir de fundamento à competência da Comissão”, e considerando esse argumento improcedente.

Em um segundo momento, passou à análise do argumento subsidiário apresentado pela *Intel*, de que, mesmo admitindo que o critério dos efeitos qualificados é aplicável nesse caso, os acordos celebrados com a *Lenovo* em 2006 e 2007 não produzem efeitos previsíveis, imediatos e substanciais no mercado interno da União, referenciando o número limitado de produtos em causa. O TJUE, em sua decisão, destacou os argumentos utilizados pelo Tribunal Geral, referindo que o critério dos efeitos qualificados permite justificar a aplicação do direito da concorrência da União quando o comportamento em causa produzir efeitos imediatos e

ECLI:EU:C:2016:788.

⁶² Tradução livre de: “*The extraterritorial reach of EU competition rules has always been a very sensitive problem. The more the EU as well as foreign States such as the US extend the ‘long arm’ of their laws so as to reach conduct on foreign territory, the more likely it becomes that jurisdictional conflicts will arise. It is nevertheless to be welcome that the Intel case provides an opportunity for the ECJ to align its jurisprudence with US jurisprudence*”. BEHRENS, Peter. *Discussion Paper n° 3/16: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ*. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016. p. 14.

⁶³ Tradução livre de: “*There is hardly another judgement of the Court of Justice of the EU (CJEU) that sparked so much attention over the last couple of years as the one in Intel.2 This was a long awaited judgement for at least two reasons. For one thing, in its overturning quality this judgment is paving a way for the new direction of antitrust enforcement in respect of exclusive dealings and fidelity rebates. And for another, it is no less than a clear endorsement of the effects doctrine in determining the reach of the EU competition law beyond the EEA borders*”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. *EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 57.

⁶⁴ Tradução livre de: “*No judgment in the past decade has been awaited as eagerly as the appeal ruling in Intel*”. COLOMO, Pablo Ibáñez. *The future of article 102 TFEU after Intel*. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v. 9, n. 5, p. 293-303, 2018. p. 293.

⁶⁵ Conforme trecho da decisão, observa-se a referência ao caso *Béguelin Import*: “Assim, foi entendido que, no que se refere à aplicação do artigo 101º TFUE, o facto de uma empresa participante num acordo estar situada num Estado terceiro não obsta à aplicação dessa disposição, já que esse acordo produz efeitos no território do mercado interno (acórdão de 25 de novembro de 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, n.o 11)”. UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

substanciais no mercado interno. Destaca, ainda, que, para determinar se a Comissão dispõe da competência necessária para aplicar ao caso o direito da concorrência da União, deve-se considerar o comportamento da empresa envolvida em âmbito global.

Conforme o TJUE, ainda que os acordos celebrados com a *Lenovo* envolvessem a remessa de CPU à China, estes produziram um efeito imediato no mercado interno da União, uma vez que, conforme foi destacado pelo Tribunal Geral, “basta ter em conta os efeitos prováveis de um comportamento na concorrência para que se verifique o requisito da exigência de previsibilidade”. O TJUE ratificou o voto do Tribunal Geral, uma vez que o comportamento da *Intel*, em relação à *Lenovo*, configurava uma estratégia global delineada para que nenhum computador portátil da *Lenovo* equipado com CPU da AMD estivesse disponível no mercado, incluindo o mercado interno da União, o que corrobora os efeitos desses acordos.

No voto do TJUE, é possível observar a manutenção da decisão proferida pelo Tribunal Geral, alegando que este:

Não cometeu um erro de direito ao considerar que, perante uma estratégia como a desenvolvida pela *Intel*, havia que ter em consideração o comportamento da empresa no seu conjunto para apreciar a natureza substancial dos seus efeitos no mercado da União e do EEE⁶⁶.

O TJUE entendeu que o comportamento da *Intel*, em relação à *Lenovo*, fazia parte de uma estratégia global para impedir o acesso da AMD aos canais de venda mais importantes do mercado, o que não foi negado pela empresa recorrente. Conforme o Tribunal de Justiça, “proceder de maneira diferente conduziria a uma fragmentação artificial de um comportamento anticoncorrencial global, suscetível de afetar a estrutura do mercado no EEE, numa série de comportamentos distintos, suscetíveis de escapar à competência da União”⁶⁷. Esse caso, julgado em 2017, reforça o caráter extraterritorial da legislação concorrencial unional, baseada na Teoria dos Efeitos.

A empresa norte-americana questionou a competência territorial tanto perante o Tribunal Geral como perante o Tribunal de Justiça, obtendo a mesma resposta.

⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

O Tribunal Geral afirmou que, para justificar a competência da Comissão, bastava “provar os efeitos qualificados da prática ou a sua execução na União Europeia”. O TJUE ratificou o posicionamento do Tribunal Geral, e reiterou que o critério dos efeitos qualificados possui como objetivo detectar comportamentos que produzam efeitos anticoncorrenciais capazes de repercutir no mercado da União, ainda que não tenham sido praticados no território da União⁶⁸.

Como visto, a União Europeia regula o direito da concorrência desde a criação da Comunidade Europeia, em 1957, uma vez que a proibição das práticas anticoncorrenciais era uma necessidade em uma integração regional que visava atingir um mercado comum. O caso *Intel*, julgado em 2017, corresponde a uma ratificação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência unional.

3.3 O avanço necessário para a futura consagração da Teoria dos Efeitos na União Europeia

Ainda que a Teoria dos Efeitos tenha sido aplicada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia de forma tímida nos casos anteriores, e, no caso *Intel*, enseja que os efeitos sejam “qualificados”, a sua presença no direito concorrencial unional é incontestável. Quando uma prática anticoncorrencial produz os chamados efeitos “qualificados” dentro do mercado interno, a norma concorrencial unional é incidente, independentemente do local que tenha sido praticado o ato (dentro ou fora do território da União).

Conforme Peter Behrens, o caso *Intel* oferecia uma oportunidade para o TJUE alinhar a sua jurisprudência com a jurisprudência dos Estados Unidos da América, afirmando que os “braços longos das duas jurisdições finalmente se tornariam igualmente longos”⁶⁹. Afirmava

⁶⁸ O Tribunal de Justiça assim determina: “ora, o critério dos efeitos qualificados prossegue o mesmo objetivo, a saber, detectar comportamentos que, embora não tenham sido adotados no território da União, produzem efeitos anticoncorrenciais suscetíveis de se repercutir no mercado da União. Assim, a Intel, apoiada pela ACT, não tem razão quando afirma que o critério dos efeitos qualificados não pode servir de fundamento à competência da Comissão”.

⁶⁹ Tradução livre de: “*The extraterritorial reach of EU competition rules has always been a very sensitive problem. The more the EU as well as foreign States such as the US extend the ‘long arm’ of their laws so as to reach conduct on foreign territory, the more likely it becomes that jurisdictional conflicts will arise. It is nevertheless to be welcome that the Intel case provides an opportunity for the ECJ to align its jurisprudence with US jurisprudence. Both jurisdictions’ ‘long arms’ would finally become equally long.*”. BEHRENS, Peter. *Discus-*

que não haveria mais refúgio seguro que as empresas pudessem usar para se envolver em restrições da concorrência⁷⁰. A exigência de efeitos “qualificados”, no entanto, limitou uma possível aplicação ampla e irrestrita da Teoria dos Efeitos.

Davide Guadagnino afirma que a doutrina dos efeitos qualificados confere à Comissão poderes para aplicar os artigos 101º e 102º do TFUE quando um comportamento anticoncorrencial possuir um efeito imediato, substancial e previsível no mercado interno⁷¹. Assim, “uma vez que a conduta seguida pela *Intel* tinha o potencial de prejudicar o mercado único, a Comissão Europeia foi considerada competente para punir as condutas da *Intel*”⁷².

O caso *Intel* ratificou a aplicação da Teoria dos Efeitos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 2017. Tanto a Comissão como o Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça da União Europeia condenaram a empresa norte-americana *Intel Corporation Inc.* pela existência de uma infração única e continuada ao artigo 102º do TFUE e ao artigo 54º do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu, aplicando uma multa no valor de 1,06 mil milhões de euros. Tanto o Tribunal Geral como o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceram a competência unional com base na incidência dos efeitos “qualificados” no mercado interno, ou seja, efeitos diretos (ou imediatos), substanciais ou previsíveis.

No âmbito da aplicação da lei da concorrência e da jurisdição da Comissão para decidir os processos antitrustes contra atividades localizadas fora da União Europeia, a decisão do caso *Intel* “finalmente resolve o dilema duradouro de se a Teoria dos Efeitos é parte

do direito da concorrência da União Europeia”⁷³. Conforme Vlatka Butorac Malnar e Ivana Kunda, com a confirmação explícita da doutrina dos “efeitos qualificados”, ratifica-se a extraterritorialidade da lei concorrencial unional.

Segundo Luca Prete, o TJUE, com base na decisão no caso *Intel*, “alinhou o alcance de aplicação das regras de concorrência da UE com o de vários outros países, e, em particular, dos Estados Unidos da América”⁷⁴. Afirma, ainda, que o julgamento do caso *Intel* pode ser considerado como um passo significativo na busca por uma abordagem equilibrada do alcance extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia pelo TJUE⁷⁵. Observa, no entanto, que o TJUE tratou o tema com brevidade, afastando a possibilidade de uma consagração desse alcance extraterritorial a partir do caso *Intel*.

Em uma abordagem crítica, é preciso mencionar que a aplicação do direito concorrencial extraterritorialmente apresenta reflexos negativos. Esses reflexos negativos são, às vezes, capazes de gerar uma competição regulatória danosa no sistema internacional e interferem diretamente na atuação das empresas em nível mundial. Entre esses reflexos negativos que a aplicação

sion Paper n° 3/16: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016. p. 14.

⁷⁰ BEHRENS, Peter. *Discussion Paper n° 3/16*: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016. p. 14.

⁷¹ GUADAGNINO, Davide. The curious case of Intel Corporation v European Commission: loyalty rebates under EU law. *Rivista Eurojus*, Milano, 2018. p. 4.

⁷² Tradução livre de: “Most notably, this doctrine empowers the Commission to apply Article 101 and 102 TFEU whereas an anti-competitive conduct may have an immediate, substantial and foreseeable effect within the EEA. Since the conduct pursued by Intel had the potential to impair the Single Market, the European Commission was found to have jurisdiction and punish Intel’s conducts”. GUADAGNINO, Davide. The curious case of Intel Corporation v European Commission: loyalty rebates under EU law. *Rivista Eurojus*, Milano, 2018. p. 4.

⁷³ Tradução livre de: “On the scope of application of the EU competition law and the associated Commission jurisdiction to decide the antitrust cases against persons and activities located outside the EU, the CJEU judgment in Intel finally settles the long-lasting dilemma of whether the effects doctrine is part of the EU competition law. With the explicit confirmation of the “qualified effects” doctrine, the triangle of alternative legal bases has been completed. This “extraterritoriality triangle” now should capture all anti-competition situations, which might be detrimental to the competition structure on the internal market”. MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018. p. 57.

⁷⁴ Conforme o autor, as regras do Sherman Act, como determinou o Foreign Trade Antitrust Improvement Act, são inaplicáveis à conduta estrangeira, salvo quando esta tenha um efeito direto, substancial e previsível no país. Tradução livre de: “On the one hand, the judgment is clear and unambiguous in, finally, embracing a qualified effect test for the purposes of Articles 101 and 102 TFEU. This is a major development: the Court has aligned the reach of the system of enforcement of EU competition rules to that of several other countries, and in particular of the United States”. PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487–495, Oct. 2018. p. 7.

⁷⁵ Tradução livre de: “The judgment in Intel may be regarded as a step – and a significant one – in the Court of Justice’s quest for such a balanced approach. However, because of its brevity on the point, the EU Courts will most likely be called upon, in future cases, to clarify and refine their case-law on such a key and sensitive issue”. PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487–495, Oct. 2018. p. 9.

extraterritorial gera, “destacam-se o aumento de diversos custos de transação e o risco de decisões divergentes ou inconsistentes, em particular no controle dos atos de concentração”⁷⁶. A aplicação extraterritorial de um direito é capaz de interferir, ainda, na harmonia internacional, com possibilidade de gerar uma eventual fragmentação do direito internacional. A realidade existente atualmente intensificou a interdependência entre os Estados, incentivando a cooperação e a integração⁷⁷.

Ao abordar a fragmentação do direito internacional, Raphael Carvalho de Vasconcelos destaca a redução do papel do Estado nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional, afirmando que as normas internacionais, cada vez mais, se desprenderam dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderiram “a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais”⁷⁸.

A aplicação extraterritorial, no entanto, atua como uma valiosa alternativa de proteção concorrencial em um mundo globalizado. Conforme Vinicius Marques de Carvalho e Paulo Burnier da Silveira, em um mundo globalizado, as atividades das empresas não são limitadas ao território de um único país, de modo que “uma prática realizada em um país pode perfeitamente provocar efeitos significativos na economia de outro país”, afirmando que “vários Estados, portanto, estão envolvidos por esses efeitos e estão propensos a controlá-los para a proteção de seus mercados e de sua política econômica”⁷⁹.

Com base na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Intel*, é possível afirmar que o TJUE reconhece o alcance extraterritorial da norma concor-

rencial unional perante aqueles atos que produzam efeitos “qualificados” no mercado interno da União, ratificando, expressamente, a incidência da Teoria dos Efeitos. A necessidade de qualificar os efeitos atua, no entanto, como uma limitação à aplicação ampla e irrestrita da Teoria dos Efeitos, não sendo visível, ainda, uma aplicação tal como existe na jurisprudência dos Estados Unidos da América⁸⁰. Conforme Karla Margarida Martins Santos, “a aplicação extraterritorial das normas de defesa da concorrência também se verifica no Direito Comunitário Europeu, porém de forma menos agressiva quando comparada à do direito norte-americano”⁸¹.

É possível questionar, dessa forma, se essa ratificação da Teoria dos Efeitos pela União Europeia seria capaz de gerar uma competição regulatória danosa, prejudicando a livre concorrência. A aplicação extraterritorial do direito da concorrência da União Europeia, ainda que tenha sido ratificada com base na decisão do caso *Intel*, não se equipara à aplicação extraterritorial exercida pelos Estados Unidos da América. Os aspectos negativos que o alcance extraterritorial da norma concorrencial apresenta aparentam ser menos graves que a

⁸⁰ Conforme Karla Margarida Martins Santos, “apesar das críticas em torno da adoção do alcance extraterritorial das decisões envolvendo direito antitruste, nos Estados Unidos, sua aplicabilidade tem sido reiterada pelas autoridades antitruste nos casos de investigação a cartéis internacionais. [...] Com efeito, a edição do Foreign Trade Antitrust Improvement Act, em 1982, estabeleceu a incidência da jurisdição antitruste norte-americana sobre condutas que tivessem efeito ‘direto, substancial e razoavelmente previsível’ sobre o comércio dos Estados Unidos, inclusive sobre suas exportações”. SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 59-91, 2012. p. 78-79.

⁸¹ SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 59-91, 2012. p. 79. Conforme Valéria Guimarães de Lima e Silva, a prática dos Estados Unidos da América é, por vezes, tida como exorbitante, agressiva, excessiva, abusiva, inconsistente, extremada e paradoxal. Afirma que os Estados Unidos da América “lidera a produção de leis reguladoras [...], procurando aplicá-las extraterritorialmente; no campo diplomático, pressiona outros países a adotarem legislações [...] baseadas nos valores e princípios norte-americanos, firma acordos [...] em matéria concorrencial a partir dessa finalidade — o que lhe garante uma posição de vantagem nas negociações em separado com cada país e lhe assegura que os acordos não terão caráter obrigatório, o que significa que somente serão aplicados quando houver interesse — e, finalmente, utiliza lobbies e outros instrumentos de pressão visando impedir a criação de mecanismos internacionais de regulação (o país tem se mostrado categoricamente contrário à regulação internacional da concorrência [...])”. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 55.

⁷⁶ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013. p. 100.

⁷⁷ Conforme Vasconcelos: “De fato, a nova realidade histórica – global e pós-moderna – verificada atualmente nas relações internacionais parece ter intensificado de maneira bastante nítida a interdependência, fenômeno que repercutiu no direito internacional, pós-positivista e pós-nacional, no incremento das chamadas iniciativas de cooperação e integração”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, 2011. p. 349.

⁷⁸ VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, 2011. p. 357.

⁷⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013. p. 98.

impossibilidade de coibir uma prática anticoncorrencial que, apesar de ter ocorrido integralmente no exterior, gerou efeitos significativos na economia interna de determinado país. Ou, nesse caso, na economia do mercado interno da União Europeia.

4 Considerações finais

Este trabalho analisou a evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ao longo dos anos, até um dos mais recentes casos encontrados: o caso *Intel*. Pretendeu, assim, identificar o impacto da decisão proferida pelo TJUE no caso *Intel* na aplicação da Teoria dos Efeitos no direito da concorrência da União Europeia, analisando se este ratificou a adoção da Teoria dos Efeitos e se seria possível afirmar que consagrou o alcance extraterritorial da norma.

O trabalho foi dividido em duas partes. A primeira parte da pesquisa destinou-se a uma análise geral do direito concorrencial da União Europeia, com base nos primeiros dispositivos legais destinados à proibição dos atos anticoncorreciais até a legislação vigente atualmente. Após breve análise do ex-artigo 81º e do atual artigo 101º TFUE, foi possível observar que a Teoria dos Efeitos está presente no direito da concorrência da União desde a sua vigência, em 1957. A análise da evolução da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia foi realizada, assim, com base nas decisões proferidas pelo TJUE ao longo dos anos. Foram analisados os seguintes casos: *Béguelin Import* (1971)⁸²; *Imperial Chemical Industries Ltd* (1972)⁸³; *Wood Pulp* (1988)⁸⁴ e *Gencor* (1999)⁸⁵. A adoção da Teoria dos Efeitos nesses casos ocorria de modo tímido, de modo que a aplicação extraterritorial se disfarçava entre a Teoria da Unidade Econômica da Empresa e a Teoria da Implementação, diante da recusa em assumir, explicitamente, a Teoria dos Efeitos no direito da concorrência

da União Europeia.

A segunda parte da pesquisa, então, destinou-se à análise do caso *Intel*⁸⁶, com base em seus aspectos fáticos, dos argumentos apresentados pelas partes, pelo advogado-geral, pela Comissão, pelo Tribunal Geral e, finalmente, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. O TJUE, no caso *Intel*, afirmou, expressamente, que “o critério dos efeitos qualificados prossegue o mesmo objetivo, a saber, detectar comportamentos que, embora não tenham sido adotados no território da União, produzem efeitos anticoncorreciais suscetíveis de se repercutir no mercado da União”⁸⁷.

Conclui-se que o caso *Intel*, julgado em 2017, representa a ratificação da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia. A manifestação explícita do TJUE, ao utilizar a expressão “efeitos qualificados” para justificar a competência unional, é a ratificação de uma teoria que, apesar de já ser utilizada anteriormente, era tímida e se escondia por meio de diferentes nomenclaturas. Contudo, a necessidade de qualificar os efeitos, não se pode deixar de reconhecer, não permite que se fale de uma aplicação ampla e irrestrita da Teoria dos Efeitos, nem de uma aplicação tal como existe na jurisprudência dos Estados Unidos da América. Ainda assim, para além da mera ratificação, o caso *Intel* representa um avanço na busca pela consagração da Teoria dos Efeitos no direito concorrencial da União Europeia.

Referências

- BASEDOW, Jurgen. International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization. *Louisiana Law Review*, v. 60, n. 4, p. 1037-1052, 2000.
- BEHRENS, Peter. *Discussion Paper n° 3/16: the extraterritorial reach of EU competition law revisited: the “effects doctrine” before the ECJ*. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2016.
- BELLAMY, Christopher. Some reflections on competition law in the global market. *New England Law Review*, Boston, v. 34, n. 1, p. 15-20, 1999.
- ⁸² UNIÃO EUROPEIA. C-22/71. 25 de novembro de 1971. ECLI:EU:C:1971:113.
- ⁸³ UNIÃO EUROPEIA. C-48/69. 14 de julho de 1972. ECLI:EU:C:1972:70.
- ⁸⁴ UNIÃO EUROPEIA. Casos 89, 104, 114, 116, 117, 125 e 129/85. 27 de setembro de 1988. ECLI:EU:C:1988:447.
- ⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. T-102/96. 25 de março de 1999. ECLI:EU:T:1999:65.
- ⁸⁶ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.
- ⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. C-413/14. 06 de setembro de 2017. ECLI:EU:C:2017:632.

- BONOMI, Andrea. Globalização e direito internacional privado. In: POSENATO, Naiara (org.). *Contratos internacionais: tendências e perspectivas: estudos de direito internacional privado e de direito comparado*. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 159-186.
- CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.
- COLOMO, Pablo Ibáñez. The future of article 102 TFEU after Intel. *Journal of European Competition Law & Practice*, Oxford, v. 9, n. 5, p. 293-303, 2018.
- DI SENA JUNIOR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003.
- FARIA, José Ângelo Estrella. Aplicação extraterritorial do direito da concorrência. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 27, n. 105, p. 19-46, 1990.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GUADAGNINO, Davide. The curious case of Intel Corporation v European Commission: loyalty rebates under EU law. *Rivista Eurojus*, Milano, 2018.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- MALNAR, Vlatka Butorac; KUNDA, Ivana. EU competition law in the digital era: what to tell about Intel? *EU and comparative law issues and challenges series*, v. 2, n. 2, p. 31-62, 2018.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PRETE, Luca. On implementation and effects: the recent case-law on the territorial (or extraterritorial?) application of EU competition rules. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 8, p. 487-495, Oct. 2018.
- REIS, Gabriel Valente dos. Direito concorrencial internacionalizado: entre a Teoria dos Efeitos e os efeitos da teoria. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 18, n. 73, p. 303-329, 2010.
- SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, p. 59-91, 2012.
- SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito antitruste: aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVINO, Ângelo Menezes. Para onde vai o direito internacional concorrencial: das políticas alfandegárias à cooperação. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-153, maio 2014.
- STIGLITZ, Joseph E. *A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002.
- VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Unidade, fragmentação e o direito internacional. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 59, p. 337-366, 2011.
- WEBBER, Marianne Mendes. *Direito da concorrência e cooperação jurídica internacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- WILS, Wouter. The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called ‘more economic approach’ to abuse of dominance. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 37, n. 4, p. 405-434, 2014.
- WURMNEST, Wolfgang. Foreign Private plaintiffs, global conspiracies, and the extraterritorial application of U.S. Antitrust Law. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 28, n. 2, p. 205-228, 2005.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The duty of care of parent companies: a tool for establishing a transnational environmental civil liability

O dever de diligência das empresas matrizes: um instrumento para estabelecer uma responsabilidade civil ambiental transnacional

Mathilde Hautereau Boutonnet

The duty of care of parent companies: a tool for establishing a transnational environmental civil liability*

O dever de diligência das empresas matrizes: um instrumento para estabelecer uma responsabilidade civil ambiental transnacional

Mathilde Hautereau Boutonnet**

Abstract

The duty of vigilance of parent companies in respect of the environmental damage caused by the activities of their subsidiaries abroad occupies an increasingly important place in various rights. While the legislator came to recognize this duty in French law, the judge offers him a place in Common Law and the companies themselves recognize it in the transnational order. However, this article aims to show how, in complement and interaction, under the action of the legislator, the judge and the addressees of the duty, the bringing into play of the responsibility of the parent companies in a transnational dispute could be facilitated. The duty of care could become an important tool of environmental responsibility.

Keywords: Duty of care - French law - Judge - Common Law - National law - Transnational law - Voluntary instruments – Environmental civil liability - Transnational litigation - Parent company - Subsidiaries

Resumo

O dever de vigilância das empresas matrizes referente aos danos ambientais causados pelas atividades de suas subsidiárias no exterior ocupa um lugar cada vez mais importante em vários direitos nacionais. Enquanto o legislador chegou a reconhecer este dever na lei francesa, o juiz oferece-lhe um espaço no Common Law e as próprias empresas reconhecem-no na ordem transnacional. No entanto, este artigo tem como objetivo mostrar como, sob a ação e a articulação do legislador, do juiz e dos destinatários do dever, a responsabilidade das empresas matrizes em uma disputa transnacional poderia ser facilitada. O dever de diligência pode se tornar uma importante ferramenta da responsabilidade ambiental.

Palavras-chave: Diligência, Direito francês, Juiz, Direito nacional, Direito transnacional.

* Autora convidada/Guest author.

** Law Professor, University Jean Moulin, Lyon 3, PhD Law (University of Orléans).
E-mail: mathildeboutonnet@gmail.com.

1 Introduction

Our contribution aims to show how the duty of vigilance¹, or duty of care, of companies that exists in various domestic legal orders, enshrined in legislation or case law, and in the transnational order in the form of “soft law”, could lead, if breached and in the context of a transnational dispute, to the establishment of an environmental civil liability for parent companies and thereby contribute to improving environmental protection.

Transnational environmental disputes are complex². This is due, on the one hand, to the relocation of business operations that allows large corporations to carry out their business via subsidiaries based overseas and, on the other hand, to the globalisation of environmental threats, namely the fact that a threat created by a company located in one country A can result in harmful consequences for victims domiciled in another country B. While the former is perfectly exemplified by the *Shell* decision, where Nigerian citizens and a Dutch NGO sought compensation, before a Dutch court, from the Shell parent company domiciled in the Netherlands and from its Nigerian subsidiary for the environmental harm caused by oil spills in the Niger Delta³, the *RWE* case currently pending before a German court, brought by a Peruvian farmer against German corporation RWE regarding climate damage allegedly caused by the activities of this energy giant domiciled on German soil, is emblematic of the latter⁴.

In this type of dispute, the victims’ goal is to bring before the forum court, in addition to the overseas subsidiary if the latter is directly responsible for the prejudice in country B, the parent company domiciled in country A. The extraterritorial reach of the duty of care

of companies should enable the courts, subject to certain conditions imposed by the various applicable laws, to find parent companies liable for the harm caused on foreign land by the activities of their subsidiaries.

What is this duty we are discussing here? In France, the *devoir de vigilance* is set out in the law of 27 March 2017, which requires certain French parent and subcontracting companies to draw up and implement a vigilance plan to prevent the occurrence of harm to the health and safety of employees and of human rights and environmental violations caused by their activities and those of their commercial partners⁵. In other legal systems, the courts have been the ones to recognise this duty. Thus, in common law systems, due diligence consists in a more general duty stemming from tort law rather than company law. On a closer look, as underlined by a number of authors, there are already some signs that reveal the willingness of common law judges to use this duty of care as a tool to demand from certain companies a more diligent conduct with regard to the risks created by their activities and those of their subsidiaries and, in the event of a breach, to find them liable.

This observation reminds us that, as a supplement or as a remedy to the shortcomings of legislators, the courts of all domestic legal orders do have the power to change the legal landscape and contribute to improving environmental justice. And, it must be pointed out that these evolutions of domestic laws, through the action of legislators (I) and of the courts (II), could be reinforced on contact with transnational law (III) and, thus, taking a global perspective of the law, contribute to improving the compensation of environmental harm.

2 French law: the scope of a duty of vigilance established by the legislator

In the event of environmental damage caused by the overseas subsidiary of a French group of companies, victims should act against the French parent company,

¹ S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019.

² See Report : HAUTEREAU-BOUÏTONNET, M.; TRUILHÉ, E. *Le procès environnemental, du procès sur l’environnement au procès pour l’environnement, soutenu par la Mission de Recherche Droit et Justice*, 2019. Available in: <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2019/05/16.31-RF-mai-2019.pdf> Access in: 10 jun. 2019.

³ V. Appeal Court of La Haye, 18 déc. 2015 and the comments, C. BRIGHT, C. Quelques réflexions à propos de l’affaire Shell aux Pays-Bas. *SFDI L’entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2016. p. 127.

⁴ See *LLuïya v. RWE*, currently before Appeal Court of Hamm (Germany). The case was admitted (13 nov. 2017). See comments: <http://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2017/12/07/the-huaraz-case-lluïya-v-rwe-german-court-opens-recourse-to-climate-law-suit-against-big-co2-emitter/>

⁵ L. n° 2017-399, 27 mars 2017, JO 28 mars 2017, texte n° 1; S. SCHILLER, S. Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d’ordre. *LexisNexis*, 2017. p. 622; DANIS-FATÔME, A.; VINEY, G. La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre. *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017. p. 1610; B. PARANCE, B.; GROULT E. Regards croisés sur le devoir de vigilance et la *duty of care*. *Journal du Droit International*, 2018.

supposed to be more robust than its subsidiaries to sustain their claim for compensation⁶. To do so, they must establish the French court's jurisdiction and seek the application of a legal rule suitable to find the parent company liable on the merits. That the French courts have jurisdiction is not an issue. Regulation (EC) n° 1215/2012 of 12 December 2012, Brussels I bis (on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) provides that the claimant may sue in the courts for the domicile of persons domiciled in a Member state (art. 4.1). And thus, is it possible for foreign victims to bring proceedings before a French judge when the parent company is domiciled in France. However, traditionally, even if jurisdiction is established, it for the judge not to be able to rely on any French legal rule to find a defendant liable. It should be pointed out that, pursuant to article 4.1 of regulation n° 864/2007 of 11 July 2007 (Rome II) on the law applicable to non-contractual obligations, in civil liability matters, the law applicable is the law of the country where the damage occurs. However, as an exception, article 7 of the regulation enables the victim, when environmental damage is involved, to choose between the law of the place where the damage occurred and the law of the place where the harmful event took place, in this case the head office of the parent company. Assuming that victims opt for the law of the harmful event, this makes no difference. Under French law, as in many other legal systems, because of the patrimonial autonomy of companies, the "group" does not constitute a legal entity and the "parent company" is not liable for the harmful actions of its subsidiaries⁷. There is currently no general liability of a parent company for the actions of its subsidiaries. Admittedly, there are some exceptions⁸. The corporate veil can be lifted if the facts demonstrate a subsidiary's lack of patrimonial autonomy. A court may view the subsidiary as a mere fictitious company or, if this is not possible, rely on the theory of perception by third parties or the theory of interference by the parent company in the management of its subsidiary, in order to find such parent company

⁶ BOSKOVIC, O. Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé. *Européen et international*, 2016; La compétence des juridictions des pays source pour connaître des actions intentées à l'encontre des entreprises multinationales, Dalloz, Point de vue, p. 732; Fascicule 146-30 Droit international privé et environnement, JurisClasser Droit international, LexisNexis.

⁷ See Cass. Com. 15 nov. 2011, n° 10-21.701.

⁸ See *La responsabilité dans les groupes de sociétés*, Actes pratiques et ingénierie sociétairé préc.

liable for the debt of its subsidiary. Here however, the conditions for lifting the veil are rarely met, and environmental matters are no exception⁹.

The entry into force of the law of 27 March 2017 was a game changer, not only for parent companies, but also subcontracting companies – and they can sometimes be both –, if they employ a certain number of employees (over 5,000 employees in France or 10,000 employees in France and abroad) and have their registered office in France. More specifically, these companies are now required to draw up and implement a vigilance plan. Pursuant to article L. 225-102-4-1, paragraph 3, of the French Commercial code, this plan "includes reasonable vigilance measures suitable to identify risks and prevent serious violations of human rights and fundamental freedoms as well as harm to the health and safety of individuals and to the environment, resulting from the activities of the company and those of the companies it controls within the meaning of paragraph II of article L. 233-16, directly or indirectly, as well as the activities of subcontractors or suppliers with whom an established commercial relationship exists, when these activities are linked to this relationship"¹⁰. Should companies fail to comply, the legislator has specifically provided that they shall be directly liable, in accordance with the general rules of civil liability, for the damage that the performance of these obligations would have avoided (article L. 225-102-5 of the Commercial code).

We see how this mechanism could be of interest in the context of a transnational dispute. The vigilance plan includes the activities of a company's overseas subsidiaries, subcontractors and suppliers. The French duty of vigilance has an extraterritorial reach. Hence, in the future, a French transnational company could find itself before a court to answer for environmental harm caused in a foreign country if such harm could have been avoided by the effective implementation of a vigilance plan imposed pursuant to the new French duty of vigilance. It is true that the scope of this duty of vigilance remains limited. Besides the fact that it does not apply to all large corporations, the doctrine highlights how difficult it would be to prove the causal link between a breach of the duty of vigilance and the damage involved¹¹. In that case, reverting back to general rules

⁹ HANNOUN, C. La responsabilité environnementale des sociétés mères. *Revue Environnement*, 2009.

¹⁰ Our translation.

¹¹ A. Danis-Fâtome et G. Viney, art. préc.

of civil liability, a court would have to determine whether, on the basis of its personal responsibility, the parent company may have committed a fault that resulted in the damage caused by its subsidiary. However, like certain foreign judges when applying the duty of care that exists in common law systems, the courts' power of interpretation could enable them to bring about certain evolutions.

3 Common law: the scope of a duty of care construed by the courts

As under French law, under Common Law, there is no vicarious liability of parent companies for the harm caused by their subsidiary. However, they can be found directly liable for negligence if there is a pre-existing duty of care, a duty owed by certain persons towards other natural or legal persons because of their proximity¹².

Each jurisdiction carries its own interpretation. For example, in England, the establishment by a court of a duty of care depends on the assessment of three elements stemming from the ruling in *Caparo Industries plc/ Dickman*¹³: 1) the foreseeability of the damage caused to the claimant, 2) the proximity between the claimant and the defendant, and 3) that it is fair, just and reasonable to impose a duty of care in light of the facts of the case or of the wider political context. If all these elements are satisfied, the company can potentially incur liability for lack of due diligence if damage occurs. This is how, in the case of *Chandler v/ Cape* dated 25 April 2012¹⁴, an English court found a British parent company liable for the health-related damage suffered by the employees of its subsidiary because of the activities of the latter, after considering that, not only did the parent company know of the risks caused by the activities of its subsidiary (foreseeability), but also, there were policies applicable in relation to health issues that applied to the whole group, and it was fair, just and reasonable for the parent company to owe a duty of care in this respect¹⁵.

¹² Not. R.-C. Drouin, art. préc.

¹³ Case rendered By House of Lords in 1990, 2 A.C. 605. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2626806

¹⁴ Court of Appeal R.U., 25 avril 2012. See H. Muir Watt, *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 632.

¹⁵ Sur ce rappel M.-C. DROUIN, R.C. Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales: quel rôle pour

A review of the case law shows that, on several occasions, by making a detour via the substantial conditions governing liability in order to rule on matters of jurisdiction, a number of judges, in particular English, Dutch and Canadian judges¹⁶, appear to be ready to accept the liability of parent companies for the environmental harm caused by their subsidiaries.

On the English side, the ruling in *Dominic Liswaniso Lungowe v/ Vedanta Resources* by the UK's Court of Appeal on 13 October 2017 and by the Supreme Court on 10 April 2019¹⁷ is topical. In this case, a group of Zambian victims brought proceedings in respect of discharges of harmful substances due to the mining activity of the Zambia-based subsidiary of parent company Vedanta Resources¹⁸. To accept jurisdiction, the court accepted that the liability of the parent company could be envisaged based on the applicable law, in that instance Zambian law, which is derived from common law and identical to English law. Thus, it is by expanding its approach, not only to cases of property, physical and environmental damage suffered by third parties – beyond employees –, but also to cases of damage caused by overseas subsidiaries, that the court accepted its jurisdiction with regard to a subsidiary, in addition to the parent company.

As for the Netherlands, it was in the *Shell* decision that a Dutch court accepted jurisdiction with regard to Royal Dutch (Shell) and its Nigerian subsidiary. This case involved a lawsuit brought by Nigerian farmers who sought compensation for environmental harm (soil and water contamination from oil spills) and human rights violations¹⁹. To support their claim, the victims had argued that the law applicable to the merits of the case was Nigerian law, which is based on common law and thus recognises a duty of care. Pointing to the

le devoir de vigilance? *Droit social*, 2016. p. 246.

¹⁶ About this evolution see : H. Muir Watt, « Compétence du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l'étranger », *Revue critique de droit international privé* 2017, p. 613 ; R.-C. Drouin, art. préc. ; SAUMIER, G. L'ouverture récente des tribunaux canadiens aux poursuites dirigées contre les sociétés mères pour les préjudices causés par leurs filiales à l'étranger. *Revue critique de droit international privado*, 2018. p. 775.

¹⁷ Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others, 2019, UKSC 20.

¹⁸ Royal Court of Justice, 13 oct. 2017, v. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2017/1528.html>

¹⁹ BRIGHT, C. Quelques réflexions à propos de l'affaire Shell aux Pays-Bas. *SFDI L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2016. p. 127.

potential liability of a parent company on the basis of the decision in *Chandler v. Cape*, the Dutch court was able to accept jurisdiction.

Lastly, we must highlight the importance of the Canadian court in the case of *Choc c./ Hudbay Minerals Inc*, ruled on by the Ontario Superior court in 2013 and involving, once again, a mining company²⁰. Although the claimants located on Guatemalan soil (members of an indigenous Mayan population) were seeking remedy for human rights violations caused by the security personnel of the subsidiary of Canadian company Hudbay, the reasoning is transposable to environmental cases. In this instance, when ruling on the admissibility of the claim, the court found that the parent company could potentially be found liable because the three criteria necessary for the establishment of a duty of care were satisfied.

These cases do not change the fact that, when it comes to the merits of a case, a court may decide not to sanction a parent company. Hence, in the *Shell* case, in the end, the court found, for reasons of opportunity, justice and equity, that the company had not breached its duty of care²¹. However, by contemplating the potential liability of parent companies in order to accept jurisdiction, judges show that the concept of a duty of care is a very malleable standard that could enable them to take the leap and actually find a company liable. This is all the more compelling that, when taking a closer look at this line of cases, we see that this standard is bound to evolve on contact with the conduct, within the transnational order, of corporations themselves.

4 The transnational order: the scope of a duty of care accepted by corporations

The duty of care or vigilance also finds its source in various instruments stemming from the transnational – non-state – order which, as part of the normative world of CSR (corporate social responsibility), call for companies to exercise due diligence by acting within their “sphere of influence” to prevent human rights violations and harm to the health and safety of workers and

to the environment²². Thus, it is included in the OECD Guidelines for multinational enterprises²³, in the ISO 26000 standard providing guidance on social responsibility of organisations published in November 2010 and in the guiding principles on business and human rights (drawn up by John Ruggie, the Special representative of the secretary general on human rights and transnational corporations and other business enterprises and approved by the Human Rights Council in its resolution 17/4 of 16 June 2011)²⁴. Although these are voluntary commitments, still, when companies adhere to them, they agree to implement the various recommendations and, to do so, to take measures allowing them to ensure that their activities do not cause harm, in particular to human rights and to the environment. To achieve this, they can, for instance, adopt codes of good practice or impose sustainable development clauses in certain agreements entered into with their suppliers.

Now, couldn't the courts rely on these voluntary commitments to establish the existence of a duty of care pursuant to tort law, or of a *faute civile* in a civil law context? Couldn't these commitments lead to a renewed interpretation of the duty of care capable of making parent companies liable if damage is caused by their subsidiaries and, ultimately, other commercial partners? Since the duty of care is a standard, its content is bound to evolve in parallel with social transformations and with what is “normally expected” today from a transnational enterprise. An increasing number of authors support this and consider that it is how CSR could be grasped by the law²⁵. In practical terms, the idea is as follows: in addition to the fact that companies that

²² See S. Schiller (dir.), *Le devoir de vigilance*, LexisNexis, 2019.

²³ <http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>

²⁴ http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/IntroductionsGuidingPrinciples_fr.pdf

²⁵ See R. de QUENAUDON, R.; MARTIN-CHENUT, K. *La RSE saisie par le droit*. Paris: Pedone, 2016.; ABADIE, P. Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise. *Recueil Dalloz*, n. 6, p. 302-308, 2018 ; v. aussi, I. DESBARATS, I. La RSE à la française, où en est-on? *Droit social*, 2018. p. 525 ; P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in *Le droit souple*, Association Henri Capitant, coll. Thèmes et commentaires Dalloz 2009, p. 122 ; *Responsabilité sociale des entreprises*, Répertoire Dalloz Sociétés, F.G. Trébulle ; M.P. BLIN, M. P.; DESBARATS, I.; JAZOTTES G.; VIDALENS, V. Entreprise et développement durable: approche juridique pour l'acteur économique du XIXe siècle. *Revue juridique de l'Environnement*, v. 2, p. 403-404, 2011. p. 120. V. aussi M. HAUTEREAU-BOUTONNET, M. Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique. *Brazilian Journal of International Law*, v. 14, 2017. Available in: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4998> Access in: 10 jun. 2019.

²⁰ *Choc c/ Hudbay minerals*, Superior Court of Ontario, CV-10-411159, Judge Master Graham, 29 juin 2013.

²¹ Tribunal District La Haye, 30 janvier 2013 et Appeal Court La Haye, 18 déc. 2015 :

commit to adopting a diligent approach with regard to the risks created directly or indirectly by their activities, could be blamed for wrongful conduct if damage occurred as a result of the non-observance of their commitments, more generally, the multiplication of these voluntary commitments could be the manifestation of a new custom applicable to all transnational enterprises, on which courts could rely to assess the various criteria surrounding the common law concept of a duty of care and civil law concept of a *faute*.

The first signs of this can already be seen.

In France, already, in the Erika case that led to Total incurring liability for the environmental harm caused by the tanker it had chartered, the French judge did not hesitate to rely on voluntary norms to assess the criminal wrongdoing of the company²⁶. While the control exercised over its subsidiary was deduced from the terms of the charter-party imposing certain diligence practices in favour of the parent company, the failure of this control was assessed in light of the vetting rules (a preventive contractual instrument in maritime transport law) put in place at the request of the parent company itself. And, more importantly, the Paris Court of appeal, in a ruling dated 19 December 2013, did not hesitate to consider a director's wrongdoing, stating that "an increasing number of investors are focused on "engagement" (...)" and "that a listed company cannot ignore its shareholders' practices which today are considered 'normal'"²⁷. Thus, as a result of common practices emerges a requirement imposing a conduct that is normally expected from enterprises with regard to risk management.

As for foreign courts, while traces do appear in the *Vedanta* jurisprudence, it was mostly in the aforementioned *Hudbay* case that the judge underlined the importance of the various public commitments made by the parent company. Some had to do with the standards of conduct applicable to its security guards, others related to human rights, such as the subscription to the voluntary principles regarding security and human rights. Furthermore, in the *Shell* decision, in order to accept jurisdiction, the court did not hesitate to highlight that the duty of care owed by the parent company was justified by the fact that the latter acknowledged it by adopting

certain voluntary commitments towards the prevention of environmental harm, such as codes of good practice. And at that point, the court even suggested that in the next stage of the appeal, the court should consider, in light of various issues, whether these voluntary commitments had in fact led to the adoption of certain mechanisms, the absence of which would prove wrongdoing. Thus, as explained by Renée-Claude Drouin, these commitments provide a basis for the demonstration, altogether, of the foreseeability of the damage, of the existence of a certain degree of proximity with third parties, and of the politically acceptable nature of this duty of care.

This study thus reveals that it is through a combination and a convergence of state and non-state, hard and soft, both imposed and voluntarily accepted, laws, that the duty of care of transnational companies as recognised in the various legal orders could become an essential tool for the compensation of environmental harm.

References

- ABADIE, P. Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise. *Recueil Dalloz*, n. 6, p. 302-308, 2018.
- BLIN, M. P.; DESBARATS, I.; JAZOTTES G.; VIDALENS, V. Entreprise et développement durable: approche juridique pour l'acteur économique du XIXe siècle. *Revue juridique de l'Environnement*, v. 2, p. 403-404, 2011.
- BOSKOVIC, O. Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé. *Européen et international*, 2016.
- BRIGHT, C. Quelques réflexions à propos de l'affaire Shell aux Pays-Bas. *SFDI L'entreprise multinationale et le droit international*, Pedone, 2016.
- DANIS-FATÔME, A.; VINEY, G. La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2017.
- DESBARATS, I. La RSE à la française, où en est-on? *Droit social*, 2018.
- DROUIN, R.C. Le développement du contentieux à l'encontre des entreprises transnationales: quel rôle pour le devoir de vigilance? *Droit social*, 2016.

²⁶ Cass. 25 septembre 2012, n° 10-82938.

²⁷ Paris, 19 déc. 2013, n° 12/22644, *Rev. Sociétés* 2014, p. 306, comments A. Viandier. [Our translation]

- HANNOUN, C. La responsabilité environnementale des sociétés mères. *Revue Environnement*, 2009.
- HAUTEREAU-BOUTTONNET, M. Une illustration du droit global, la *lex mercatoria* climatique. *Brazilian Journal of International Law*, v. 14, 2017. Available in: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4998> Access in: 10 jun. 2019.
- HAUTEREAU-BOUTTONNET, M.; TRUILHÉ, E. Le procès environnemental, du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement, soutenu par la *Mission de Recherche Droit et Justice*, 2019. Available in: <http://www.gip-recherche-justice.fr/wp-content/uploads/2019/05/16.31-RF-mai-2019.pdf> Access in: 10 jun. 2019.
- MUIR WATT, H. Compétence du juge anglais en matière de responsabilité de la société mère pour les dommages causés par sa filiale à l'étranger. *Revue critique de droit international privé*, 2017.
- PARANCE, B.; GROULT E. Regards croisés sur le devoir de vigilance et la *duty of care*. *Journal du Droit International*, 2018.
- QUENAUDON, R.; MARTIN-CHENUT, K. *La RSE saisie par le droit*. Paris: Pedone, 2016.
- SAUMIER, G. L'ouverture récente des tribunaux canadiens aux poursuites dirigées contre les sociétés mères pour les préjudices causés par leurs filiales à l'étranger. *Revue critique de droit international privado*, 2018.
- SCHILLER, S. Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre. *LexisNexis*, 2017.
- TRÉBULLE, F. G. Responsabilité sociale des entreprises. *Repère Dalloz Sociétés*, 2003.

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

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.

Mapeamento e comparação de acordos de proteção de investimentos internacionais na América Latina e Central 1990 a 2018

Anderson Fonseca Machado (organizador) et al., Letícia Braga Carvalho Kataoka (organizadora), Ana Terra Teles de Meneses, André Leão, Andrea Luísa de Oliveira, Edilson Enedino das Chagas, Henrique Haruki Arake Cavalcante, Mariana Rezende Maranhão da Costa, Rafael Freitas Machado, Vitor Levi, Wilson Sampaio Sahade Filho

Private International Law chronicles

Nadia de Araujo, Marcelo De Nardi, Inez Lopes, Fabrício Polido (org.), Inez Lopes, Fabrício Bertini Pasquot Polido

El rol de las instituciones arbitrales en el desarrollo del arbitraje internacional

Ivette Esis

Revisitando a aversão brasileira à cláusula investidor-Estado: capitalismo de Estado e treaty-shopping

Marcelo Simões dos Reis e Gustavo Ferreira Ribeiro

Arbitral interpretation of investment treaties: problems and remedies for the debate on "legitimacy"

Santiago Díaz-Cediel

Arbitragem Internacional sob Anexo VII da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e as Controvérsias Mistas: Análise de Casos Recentes

Alexandre Pereira da Silva

Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: o caso EDF International S/A

Patrícia Maria da Silva Gomes

International Constitutional Court: Rise and Fall of an International Debate

Arthur Roberto Capella Giannattasio, Taina Ometto Bezerra, Elizabeth Bannwart, Débora Drezza, Jessica Buchler, Giovanna Martins, Breno Oliveira

International Constitutional Court: Rise and Fall of an International Debate

Janaína Gomes Garcia de Moraes e Patricio Alvarado

Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade

Silvio Beltramelli Neto e Julia de Carvalho Voltani

O diálogo entre fontes normativas e o controle de convencionalidade: entre o livre comércio e o desenvolvimento econômico e sustentável

Eduardo Biacchi Gomes e Julia Colle Marinuzzi

O direito internacional do desenvolvimento e suas raízes imperialistas no contexto do pluralismo normativo: por um paradigma libertário e não (neo)liberal

Lucas Silva de Souza e Jânia Maria Lopes Saldanha

Entre o escudo e a espada: caracterizando o Land grabbing como crime contra a humanidade

Rodolfo Soares Ribeiro Lopes

Descolonialismo e o Direito Internacional Privado na América Latina: desvendando novos paradigmas

Eduardo Biacchi Gomes e Luis Alexandre Carta Winter

Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj

Felipe Augusto Lopes Carvalho

O caso Intel: o impacto na evolução da teoria dos efeitos no direito da concorrência da União Europeia

Augusto Jaeger Junior e Mariana Sebalhos Jorge

The duty of care of parent companies: a tool for establishing a transnational environmental civil liability

Mathilde Hautereau Boutonnet