

ISBN: 978-85-7651-229-5

Anais da
II RODADA DE EVENTOS EM DIREITO E RELAÇÕES
INTERNACIONAIS NA UNIFOR

Realizada entre 26 a 28 de outubro de 2011

em Homenagem a San Tiago Dantas

Eventos

“II SEMINÁRIO DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS”

“II JORNADA BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL NA UNIFOR”

Realização: Universidade de Fortaleza

Fundação Alexandre de Gusmão

Organização: Núcleo de Estudos Internacionais e

Programa de Pós-Graduação em Direito
Constitucional (PPGD)

ANO DE PUBLICAÇÃO - 2013

ORGANIZAÇÃO

Antônio Walber M Muniz (Org).

COMISSÃO CIENTÍFICA:

Prof. Judicael Sudário de Pinho
Prof. Moacir Barreira Danziato
Prof. José Filomeno Moraes
Prof. João Bosco Monte
Prof. Antônio Walber M Muniz
Prof. Laécio Noronha Xavier
Profa. Daniela Gardano B. Mont'Alverne
Profa. Gina Vidal M. Pompeu
Prof. Valter Moura Carmo

REVISORES:

PAULO CÉSAR COUTINHO DOS SANTOS (Aluno Mestrado em Informática Aplicada da Unifor)
PEDRO SOUZA LIMA (Pesquisador do NEI-UNIFOR)

Equipe de apoio:

Alunos da Pós-Graduação em Direito Internacional: Edson Pereira Neto, Viviane Pontes, Mabel Portela, Cibele Studart, Igor Ramos, Carla Mariana, Camila de Paula, Fco. Moreira Neto, Rafaela Brito, Giselly Andrade, Eduarda Mourão,

Alunos da Graduação m Direito: Ariadna Coelho, Maria Célia de Lima, Lorena Costa Lima, Camila Moutinho, Bruna Demes, Aline Costa Tomaz, Priscila Saraiva, Lucas Macedo Lopes.

APRESENTAÇÃO

A II Rodada de Eventos em Direito e Relações Internacionais inclui em 2011 dois Eventos. O Seminário de Direito e Relações Internacionais e a Jornada Brasileira de Direito Internacional. O Seminário substitui o Ciclo de Direito e Relações Internacionais, realizado em duas edições anuais, concebido em 2006 para fortalecer o estudo de Direito Internacional na Unifor em parceria com o seu Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional. A Jornada Brasileira de Direito Internacional trata-se de um evento idealizado pela Academia Brasileira de Direito Internacional – ABDI, para fomentar a discussão do direito Internacional em instituições acadêmicas nas regiões brasileiras, inclusive as menos favorecidas nesta área de estudo, mais precisamente fora do eixo Brasília, Rio e São Paulo.

No caso da Unifor esta Jornada contribui para enaltecer os esforços desenvolvidos por alunos e professores pesquisadores do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI, concebido em 2008 e instalado na Universidade em 2009. Busca-se, portanto, com esta Rodada disseminar uma cultura voltada para o estudo do Direito e das Relações Internacionais no Ceará envolvendo pesquisadores nacionais e locais, de instituições governamentais e acadêmicas, por meio da apresentação de trabalhos e pesquisas alicerçadas nas áreas de estudo definidas no protocolo de intenções firmado em 2008 pela Fundação Edson Queiroz e Fundação Alexandre de Gusmão.

A Rodada passou a ser um evento anual organizado pelo Núcleo de Estudos Internacionais da Unifor, realizada no segundo semestre que reúne grandes nomes do Direito e das Relações Internacionais brasileiras, inclusive com destaque internacional, em torno de uma temática de interesse nacional a ser aprofundada no evento, e uma ícone do Direito das Relações Internacionais de renome internacional para ser homenageado, este ano San Tiago Dantas. Antecede à realização do Evento a divulgação junto a instituições brasileiras, o período de submissão de trabalhos por estudiosos interessados no Brasil ou fora dele e a divulgação dos trabalhos selecionados para apresentação. No caso da Jornada Brasileira, este evento conta com a apresentação de Conferências proferidas por dois professores convidados, seguida da apresentação de trabalhos por Professores orientadores e estudantes pesquisadores do NEI, em painéis específicos.

As informações sobre o Evento, tais como: inscrições, submissão de trabalhos, programação, homenagens, temática, cobertura e anais são publicadas no site www.unifor.br/nej, e por este site é emitido online os certificados dos participantes.

Neste ano, além da organização conjunta do evento com a FUNAG, pela primeira vez, a Rodada contou com apoio financeiro do Banco do Nordeste do Brasil, razão pela qual foi ampliado o número de participantes e a estrutura do Evento.

AGRADECIMENTOS

A Fundação Edson Queiroz em 2007 reconhece a importância e contribui para o desenvolvimento do Direito e das Relações Internacionais no Brasil, haja vista o envolvimento do Ceará neste cenário e do potencial que a Universidade de Fortaleza possui para iniciar um processo de engajamento de acadêmicos nesta área do conhecimento. Por esta motivação acatou ideia do Embaixador cearense Jeronimo Moscardo para firmar parceria com a Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG e instituiu um Núcleo de Estudos Internacionais em seu *campi*.

O papel da Unifor e da FUNAG somado à iniciativa da ABDI na promoção de eventos nacionais tornou-se o de promover Seminários, Jornadas, Conferências, pesquisas, cursos de extensão e de pós-graduação na área, visando fortalecer as regiões norte e nordeste, até então desvinculadas dos grandes centros de pesquisa na área. Esta iniciativa vem se tornando concreta com a realização destes eventos, da maior participação de Professores e alunos em eventos científicos nacionais e locais.

Neste ano de 2011 comemoraremos 40 anos de existência da Fundação Alexandre de Gusmão – FUNAG, hoje pelo ilustre Embaixador carioca **Gilberto Vergne Sabóia**. À FUNAG em seu nome prestamos nossa homenagem de agradecimento e reconhecimento pela contribuição e pelos relevantes e significativos esforços dispensados ao Brasil, para o desenvolvimento da nossa política externa e política internacional. Enaltecemos também o Embaixador Sabóia na sua condição de membro da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas.

Nos aproximamos das comemorações de 60º aniversário do Banco do Nordeste do Brasil que ocorrerá em 2012. Esta Instituição em muito tem contribuído e apoiado as iniciativas acadêmicas para o desenvolvimento científico tecnológico de nosso Estado. Com especial atenção e seriedade na análise de projetos a ele submetidos, participa deste evento contribuído com apoio financeiro o que nos possibilitam trazer ao Ceará autoridades, estudiosos e pesquisadores nas áreas de conhecimento abordadas pelo Seminário, além da possibilidade de registrarmos em Anais toda a programação e trabalhos apresentados durante a II Rodada.

Por fim destacamos o envolvimento do Centro de Ciências Jurídicas – CCJ e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Mestrado e Doutorado) com a participação de seus professores na organização deste evento, em conjunto com os integrantes do Núcleo de Estudos Internacionais da Universidade de Fortaleza.

PROGRAMAÇÃO

II RODADA DE EVENTOS EM DIREITO E REALÇÕES INTERNACIONAIS TEMÁTICA: “PERSPECTIVAS PARA A AMÉRICA LATINA” Em Homenagem ao centenário de San Tiago Dantas

DIA 26.10 – QUARTA – FEIRA - Local: Gabinete da Reitoria.

16h - Encontro de Trabalho:

Reitoria da UNIFOR. Presidência da FUNAG. Diretoria do IPRI e Convidados.

17h Visita à sede do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI – BZ sala 47.

DIA 26.10 – QUARTA – FEIRA - Local: Auditório da Biblioteca Central.

Seminário de Direito e Relações Internacionais

Início: 18h40min - Sessão de Abertura:

Representantes da Universidade de Fortaleza da Fundação Edson Queiroz. Fundação Alexandre de Gusmão. Banco do Nordeste do Brasil.

Hino Nacional – Coral da Unifor.

19h: 1ª Sessão: TEMA 1 - Política, Direito e Relações Internacionais.

Palestra 1:

“Estudo sobre o papel da Comissão de Direito Internacional da ONU na codificação do Direito Internacional”.

Palestrante: **Embaixador Gilberto Vergne Saboia**

Membro da Comissão de Direito Internacional da ONU e Presidente da Fundação Alexandre de Gusmão- FUNAG.

Palestra 2:

“As Organizações Internacionais ONU e OEA e suas políticas para a América Latina”.

Palestrante: **Embaixador João Clemente Baena Soares**

Membro da Comissão Jurídica Interamericana (CJI) da Organização dos Estados Americanos (OEA). Presidente do Centro de Estudos Internacionais – CEI. Ex-Secretário-Geral da OEA.

20h30min: 2ª Sessão: *Homenagem a San Tiago Dantas. e,*

Homenagem da UNIFOR a Fundação Alexandre de Gusmão pela passagem de seus 40 anos de existência.

Coordenação: **Professora Ana Paula Holanda** – Gabinete da Reitoria da UNIFOR.

Convidados: **Professora Amélia Rocha** – Professora da Universidade de Fortaleza e Defensora Pública

Professora Dalva M. Martins - Centro de Estudos Internacionais – CEINTER - RJ.

DIA 27.10.11 – QUINTA – FEIRA - Local: Anfiteatro da Divisão de Pós Graduação - Bloco B 47.

Início: 8h30min: 3ª Sessão: - **Encontro de Trabalho (NEI/FUNAG/IPRI)** (Pesquisadores convidados).

Organizadores: **Embaixador José Vicente de Sá Pimentel**

Diretor do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais – IPRI- da Fundação Alexandre de Gusmão/MRE.

Roberto Ney Ciarlini Teixeira

Vice-reitor de Pesquisa e Pós-graduação da Universidade de Fortaleza. VRPPG-UNIFOR.

Antônio Walber M Muniz

Coordenador do Núcleo de Estudos Internacionais. NEI/UNIFOR/FUNAG

Moderador: **José Sydrião de Alencar Jr.**

Professor Doutor do curso de pós-graduação em Direito Internacional. UNIFOR/BNB.

Este encontro de trabalho visa discutir com os convidados presentes, sobre as perspectivas para criação de uma rede de pesquisadores, inclusive internacionais e situados nas mais diversas instituições acadêmicas, com vistas ao desenvolvimento de estudos de temas internacionais objetivando estimular análises e gerar contribuições capazes de subsidiar a política externa brasileira.

DIA 27.10 – QUINTA – FEIRA - Local: Auditório da Biblioteca Central.

Início: 9h45min 4ª Sessão- TEMA 2 – Práticas Políticas e Relações Internacionais Contemporâneas.

Convidado/ Moderador:

Professor Dr. Laecio Noronha Xavier

Professor do curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR.

Palestra 3:

“BRIC’S e Política Externa Brasileira”.

Palestrante: **Embaixador José Vicente de Sá Pimentel**

Diretor do Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais da Fundação Alexandre de Gusmão/MRE.

Palestra 4:

“Estado e Economia: Perspectivas político-constitucionais para a América Latina”.

Palestrante: **Professora Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu**

Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR. Professora do Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza.

Palestra 5:

“Os novos BRICS e a nova ordem mundial”: Uma análise entre o Direito Clássico e o Direito Internacional Pós-Moderno e suas influências.

Palestrante: **Professor Dr. Adherbal Meira Mattos**

Doutor em Direito. Advogado. Escritor. Professor titular de Direito Internacional na Universidade Federal do Pará.

DIA 27.10 – QUINTA –FEIRA - Local: Auditório da Biblioteca Central.

Início: 18h30min: 5ª Sessão - Painel Acadêmico

Convidados/ Moderadores:

Professor Dr. Filomeno Moraes

Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

Professor Ms. Judicael Sudário de Pinho

Juiz do Trabalho e Professor do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza.

Apresentação de Trabalhos

1. “A interação da Política Militar e a Política Externa nas Relações Internacionais”.

José Gilberto Quintero Torres - Venezuela

Professor Titular de Relações Internacionais na UNAMA.

2. “Administrações Transitórias Civas das Nações Unidas”.

Ana Flávia Magalhães Gualberto – Belo Horizonte

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

3. “Análise Crítica sobre a Utilização da Arbitragem na Solução de Conflitos do Comércio Internacional”.

João Carlos Leal Júnior* e **Tânia Lobo Muniz**** – Paraná

**Mestrando em Direito Negocial pela UEL/PR e Bolsista CAPES. ** Doutora em Direito pela PUC/SP.*

4. “Reforma da ONU sob o enfoque da reestruturação do Conselho de Segurança e a posição do Brasil: aspectos políticos, jurídicos e diplomáticos”.

Viviane Rufino Pontes - Fortaleza

Advogada. Pós-graduanda em Direito Internacional na UNIFOR. Pesquisadora do NEI/UNIFOR.

5. “Abordagens sobre Barreiras a produto brasileiro pela União Européia: o caso do mel natural”.

Eduarda Mourão Eduardo Pereira de Miranda - Piauí

Advogada na área empresarial. Pós-graduanda em Direito Internacional.

6. “Ação popular promovida por estrangeiros: legitimidade baseada na paz perpétua de Kant”.

Bruno César Braga Araripe – Fortaleza. **Martônio Mont’Alverne Barreto Lima** - Orientador

Graduando em Direito na UNIFOR. Monitor institucional em Direito Constitucional.

7. “As Repercussões acerca dos Direitos Humanos e da Lei de Anistia no caso Gomes Lund contra o Brasil”

Carla Mariana Aires Oliveira* e **Raphael Calixto Brasil**** - Fortaleza / Piauí

**Advogada e Pós-graduanda em Direito Internacional. ** Advogado e Pós-graduando em Direito Internacional.*

8. “Ponderações sobre um novo mecanismo global de unificação dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos”.

Gerardo Maia Mendonça Neto* e **Sabrina Florêncio Ribeiro**** – Fortaleza

**Graduando na UNIFOR e pesquisador PAVIC. ** Graduanda na UNIFOR e pesquisadora PAVIC.*

Demais trabalhos aprovados

9. *Cânones do Direito de Concorrência na União Européia como Proteção aos Direitos dos Consumidores e ao Mercado Comum*

Rosa Júlia Plá Coelho – Fortaleza.

Coordenadora do Curso de Comércio Exterior da Universidade de Fortaleza. Professora de Direito Internacional Público e Privado.

10. *Direito Internacional: Unidade na Fragmentação*

Raphael Carvalho de Vasconcelos – São Paulo

Doutorando em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Advogado. raphaelvasconcelos@ig.com.br

11. *A Atuação do Conselho Permanente e da Assembléia Geral da OEA na Supervisão do Cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Comparatismo e Considerações para um Mecanismo mais Eficiente*

Rodrigo de Almeida Leite – Rio Grande do Norte

Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA - Mossoró-RN).

12. *FOCEM – Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do MERCOSUL para Pequenas e Médias Empresas*

Fernanda Eduardo Olea do Rio – São Paulo

Graduanda em Direito na UNINOVE – São Paulo.

13 *A Utilização da arbitragem internacional como instrumento de solução de litígios no âmbito do Mercosul*

Allana de Freitas Lacerda e Mariana Perdigão Coutinho Gelio – Fortaleza

Graduandas em Direito na Universidade Federal do Ceará- UFC.

DIA 28.10 - SEXTA-FEIRA - Local: (Auditório A3)

Jornada Brasileira de Direito Internacional

A Jornada Brasileira acontecerá no formato “Comunicação Acadêmica” de estudos e pesquisas desenvolvidas e/ou em andamento, por professores orientadores e seus respectivos alunos, integrantes do Núcleo de Estudos Internacionais, NEI/UNIFOR/FUNAG, ou de quaisquer outros grupos de pesquisas ou estudos internacionais, existentes na UNIFOR, cujos trabalhos tenham sido submetidos a esta Jornada.

Início: 8h: 6ª Sessão -

Coordenação: **Professora Dra. Daniela Gardano Montalverne**

Chefe da Divisão de Pesquisa da VRPPG/UNIFOR

Trabalhos/pesquisas em desenvolvimento: Título do Trabalho. Pesquisador. Orientador.

1. A Viabilidade dos Blocos Econômicos. **Nadja Ponte Nogueira** - Sérgio Henrique Forte.
2. As diferenças socioculturais na América Latina. **Karla Mara Mesquita Feitosa de Moura** - Antônio Walber Muniz.
3. A Blindagem Jurídica Brasileira e a entrada dos Bancos Internacionais. **Almino Silveira Lopes** - Sérgio Henrique Forte.
4. O “Treaty Shopping” como alternativa para evitar bitributação internacional. **Lílian Bastos** - Moacir Danziato.
5. A atuação do Brasil no Conselho de Segurança da ONU. **Jéssica Guimarães Pinheiro** - Antônio Walber Muniz.
6. Direito Autoral comparado entre Brasil e Noruega: O domínio Público. **Renata Monteiro Teixeira** - Fco. Humberto Cunha.
7. A Promoção da igualdade racial e a união entre culturas no âmbito da educação a partir da UNILAB. **Ana Paula Braga** - Antônio Walber Muniz.
8. Direito Internacional dos Direitos Humanos no sistema ONU. Da Incipiência à busca da Tutela efetiva. **Igor Araujo de Moura** - Antônio Walber Muniz.
9. Direito dos Idosos no âmbito internacional: o envelhecimento sob a visão dos direitos fundamentais. **Maria Célia Lima Moreira e Lílian Virgínia Carneiro Gondim** - Antônio Walber Muniz.
10. As consequências da crise financeira mundial nos investimentos externos. **José Ernani Santos** – Antônio Walber Muniz.
11. Brasileiros residentes no Japão após Terremoto recente. **Vanessa Frota Siqueira**. S/Orientador.

12. Política Externa aduaneira e comercial brasileira em perspectiva: o processo de evolução da política aduaneira no Brasil e a influencia da organização mundial de aduanas. **Edson Pereira Portela Neto** - Talita Carneiro Ary.
13. Histórico sobre a condição jurídica do estrangeiro no Brasil. **Renata França Bezerra de Macêdo** - Gustavo Brígido.
14. Justiça Internacional e o Caso Habré. **Paula Lima Rocha e Karla Patrícia Severo** - Elizabeth Alecrim.
15. O Diálogo como princípio fundante das leis de combate ao terror. **Fernando Feitosa Ribeiro** - João Araújo Monteiro Neto.
16. As Redes Sociais, a Destinação do Facebook e o Panorama de Crescimento na América Latina – Paulo Cesar Coutinho. S/Orientador.

DIA 28.10 – SEXTA – FEIRA - Local: (Auditório A3)

Início: 10h: 7ª Sessão - TEMA 3 – Cultura, Estado, Sociedade e Economia.

Painel Temático:

“Educação Superior na América Latina e Reconhecimento de Título Acadêmico - Mestrado e Doutorado”.

Coordenação: **Professora Ms. Beatriz de Castro Rosa**

Professora e Assessora da vice-Reitoria de Pesquisa e Pós-graduação da Universidade de Fortaleza.

Convidados/Debatedores

Professora Stela Meneghel

Professora pró-reitora de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão- UNILAB.

Professor Dr. Wagner Tadeu Iglecias

Universidade de São Paulo – Programa de Integração da América Latina – USP/EACH/PROLAM.

Professor Dr. José Flávio Sombra Saraiva

Diplomata e Professor da Universidade Nacional de Brasília. Presidente do Instituto Brasileiro de Relações Internacionais. UNB/IBRI.

Professor Dr. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós Graduação em Direito da UNIFOR. Procurador Geral do Município de Fortaleza e Coordenador do Comitê de avaliação da CAPES, área de Direito.

Moderadores:

Professor Ms. Antônio Walber Muniz

Professor na Universidade de Fortaleza. Doutorando em Integração da América Latina na Universidade de São Paulo - UNIFOR/USP.

Professor Artur José Vieira Bruno

Deputado Federal Titular da Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados em Brasília-DF

Avaliador:

Professor Dr. João Bosco Monte

Doutor em Educação e Professor da Universidade de Fortaleza.

INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES:

1. **Comissão Organizadora da II Rodada de Eventos:** Profs: Antônio Walber Muniz, João Bosco Monte, Daniela Gardano, Lilia Maia Sales, Gina Pompeu, Filomeno Moraes, Valter Carmo;
2. Envio de trabalhos: orientações pelo site www.unifor.br/nei Prazo para submissão: 06.10.2011;
3. **INSCRIÇÕES GRATUITAS: Feitas pelo site www.unifor.br/nei**
4. O Painel temático que versa sobre Educação Superior na América Latina cuidará de uma breve exposição sobre a temática, seguida de debate entre os convidados e os demais presentes.

Realização:



Organização:



CCJ



Apoio:



SUMÁRIO

AUTORES E TRABALHOS APRESENTADOS

Adherbal Meira Mattos

1. Os Novos BRICs e a Nova Ordem Mundial.

The new BRIC's and the New World Order

Allana de Freitas Lacerda. Mariana Perdigão Coutinho Gelio

2. A Utilização da arbitragem internacional como instrumento de solução de litígios no âmbito do Mercosul

The use of international arbitration as a means of resolving disputes within Mercosur

Ana Flávia Magalhães Gualberto

3. Administrações Transitórias Civis das Nações Unidas.

United Nation's Civil Transitory Administration

Carla Mariana Aires Oliveira. Raphael Calixto Brasil.

4. As Repercussões acerca dos Direitos Humanos e da Lei de Anistia no caso Gomes Lund contra o Brasil.

Edson Pereira Portela Neto

5. Política externa aduaneira e comercial brasileira em perspectiva: o processo de evolução da política aduaneira no Brasil e a influência da Organização Mundial das Aduanas

The Brazilain foreign customs and commerce politics under perspective: the evolutionary process of the Brazilian foreign custom politics and the influence of the World Custom Organization

Eduarda Mourão Eduardo Pereira de Miranda

6. Abordagens sobre barreiras aos produtos brasileiros pela União Européia: o caso do mel natural

Discussion about the barriers imposed by the European Union to Brazilin products: the natural honey case

Fernanda Eduardo Olea do Rio

7. FOCEM – Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do MERCOSUL para Pequenas e Médias Empresas

FOCEM – Convergence of Structural Funds and Institutional Strengthening of MERCOSUR of Small and Medium Enterprises

Gerardo Maia Mendonça Neto. Sabrina Florêncio Ribeiro

8. Ponderações sobre um novo mecanismo global de unificação dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos

Considerations about a new global unification mechanism of the Human Rights protection systems

João Carlos Leal Júnior. Tania Lobo Muniz

9. Análise crítica sobre a utilização da arbitragem na solução de conflitos no comércio internacional.

Critical analysis concerning the utilization of arbitration in resolving conflicts of international trade.

José Gilberto Quintino Torres

10 A interação da Política Externa militar e a Política Externa nas Relações Internacionais

The interaction of the military foreign politics and the foreign politics on the International Relations

Lílian Bastos Pereira

11 O Treaty Shopping como alternativa para evitar a bitributação internacional

The Treaty Shoppin as an alternative to avoid the international double-taxation

Maria Célia Lima Moreira. Lilian Virgínia Carneiro Gondim. Antônio Walber Matias Muniz

12 Direito dos idosos no âmbito internacional: o envelhecer sob a visão dos direitos humanos

The elderly rights on the international scope: getting older under the sight of the human rights

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Bruno César Braga Araripe

13 Ação Popular promovida por estrangeiro: legitimidade baseada na paz perpétua Kantiana?

Popular Action Promoted By Foreigners: Legitimacy Based On Kantian's Perpetual Peace

Paulo César Coutinho dos Santos. Cyjara Orsano Machado

14 As Redes Sociais, a Destinação do Facebook e o Panorama de Crescimento na América Latina

Social Networks, Facebook and the Allocation of Panorama Growth in Latin America

Raphael Carvalho de Vasconcelos

15 Direito Internacional: Unidade na Fragmentação

Derecho Internacional: La unidad en la fragmentación

Rodrigo de Almeida Leite

16 A Atuação do Conselho Permanente e da Assembleia Geral da OEA na Supervisão do Cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Comparatismo e Considerações para um Mecanismo mais Eficiente

El papel del Consejo Permanente y la Asamblea General de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el comparatismo y Consideraciones de un mecanismo eficaz

Rosa Júlia Plá Coelho

17 Cânones do Direito de Concorrência na União Europeia como Proteção aos Direitos dos Consumidores e ao Mercado Comum

Canons of the Competition Law in the European Union and the Consumer Rights Protection and the Common Market

Viviane Rufino Pontes

18 Reforma da ONU sob o enfoque da reestruturação do Conselho de Segurança e a posição do Brasil: aspectos políticos, jurídicos e diplomáticos.

UN reforms under the light of the restructuration of the Security Council and the position of Brazil: political, legal and diplomatic aspects.

INTRODUÇÃO

A Rodada de eventos é mais um passo na consolidada e importante parceria, decorrente de protocolo de intenções firmado entre FUNAG e UNIFOR em 2008, visando fomentar a produção de conhecimento e formação de recursos na área das Relações Internacionais.

Durante a Rodada, cuja temática versou sobre “Perspectivas para a América Latina” fez-se homenagem especial a Francisco Clementino de **San Tiago Dantas**, pela passagem de seu centenário, bem como aos 40 anos de existência da FUNAG. Também ocorreu o lançamento da edição atualizada do livro “**Política Externa Independente**”, onde constam discursos de San Tiago Dantas e três textos inéditos escritos pelo Presidente do Instituto San Tiago Dantas de Direito e Economia. Por iniciativa e condução do Embaixador José Vicente de Sá Pimentel, diretor do IPRI, Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais da Fundação Alexandre de Gusmão, ocorreu um Encontro de trabalho em uma das sessões da Rodada. Em torno da criação de uma rede de pesquisadores brasileiros sobre temáticas de interesse nacional foi realizado este encontro, tendo sido os BRICS o primeiro tema decidido a ser trabalhado academicamente em instituições brasileiras a partir de então.

A Rodada encontra **justificativa** na necessidade em se fomentar a reflexão sobre a dinâmica valorização do Direito internacional, a construção de normas a partir das Relações Internacionais na atualidade, e o relevante destaque à defesa do interesse nacional ao tempo em que o Brasil pode ser visto como um novo **player internacional**. Seu **objetivo principal** foi o de envolver estudiosos do Direito e das Relações Internacionais na construção e transmissão para a comunidade em geral, de conhecimentos sobre os reflexos para a sociedade mundial das ações proativas do Brasil na sua política internacional, como instrumento de esperança entre os povos.

As temáticas contemporâneas, tais como: o Universalismo e o Multilateralismo humanista, a promoção do desenvolvimento e da integração, a governança global e a construção de uma ordem internacional mais justa e democrática, a reforma da ONU, os avanços científicos e a alta tecnologia, a diversidade biológica e energia, os conflitos e crises internacionais, a livre circulação de pessoas, a constitucionalização dos tratados e a cooperação internacional entre países e continentes, devem ser constantemente estudadas e mantidas reflexões sobre as mesmas. Para esta Rodada a América Latina foi a temática preferida.

Com esta motivação e dando segmento ao se compromisso em desenvolver e aprofundar estudos em Direito e Relações Internacionais desde 2007, a Universidade de Fortaleza promoveu entre os dias, **26 a 28 de outubro de 2011**, o debate sobre temas de Direito e Relações Internacionais, envolvendo, Professores, Diplomatas, Estudantes de diversos cursos, além de estudiosos e convidados de instituições brasileiras e Internacionais, visando, também, estimular cada vez mais alunos e professores, direcionando-os ao enfrentamento de situações voltadas para a reflexão nos planos de ensino do Direito Internacional e das Relações Internacionais.

A **metodologia** aplicada ao evento foi no formato de painéis com conferências e expositores palestrando em torno de uma temática pertinente as linhas de pesquisa do “Núcleo de Estudos Internacionais”, aberta à participação dos presentes, e de painel com os apresentadores dos melhores trabalhos aprovados, submetidos ao Seminário.

1. Os Novos BRICs e a Nova Ordem Mundial

The new BRIC's and the New World Order

Prof. Dr. Adherbal Meira Mattos¹

Resumo

Os novos BRICs, agora compreendidos por Brasil, Rússia, Índia e China, somando o Chile e a África do Sul reúnem países com assimetrias, entretanto, com os mesmos interesses e objetivos. A Nova Ordem Mundial multipolar exige dos novos BRICs um papel fundamental na economia, em razão da sua elevada capacidade de produção, PIB elevados, produção de energia nuclear e intenso mercado internacional. Adicione-se a isso sua população crescente, seu aumento de influencia internacional, seu poder de compra e evolução social, o que faz do novos BRICs um importante ator do cenário internacional pós-moderno.

Palavras-chave: BRICs; Nova Ordem Mundial; economia; internacional.

Abstract

The new BRICs, now comprehending Brazil, Russia, India, China, adding Chile and South Africa gather countries with differences, however, with the same interest and goals. The New World Order requires of the new BRICs a fundamental role on the economy, regarding their great production capacity, high GDP, nuclear capacity, and intense international market. Adding to this their ever growing population, their increase of international influence, its purchase power and social development, which make of the new BRICs an important player of the post-modern international scenario.

Keywords: BRICs; New World Order; economy; international.

Introdução

Os novos BRICs (Brasil, Rússia, Índia, China, Chile e África do Sul) reúnem, de maneira informal, países emergentes assimétricos, mas, com interesses recíprocos e desafios semelhantes, no atual contexto econômico internacional.

Positiva é sua participação na Nova Ordem Mundial, que convive com a Cooperação, com a Integração e com a Globalização – reunindo Estados, Organizações e Corporações Financeiras – no plano econômico, político e social.

É assim que a presença atuante dos BRICs se faz notar, tanto na Agenda Norte-Sul, como na Agenda Sul-Sul, com forte repercussão sobre a América Latina (o LAC-TRADE), em especial, por parte da China e da Índia.

Daí decorre, para o Brasil, enquanto Estado-Nação e como integrante do MERCOSUL, significativo progresso no campo-econômico-social e importante respeito no campo político, em decorrência da manutenção de sua Soberania (tanto no aspecto institucional, como no aspecto territorial) em meio à Interdependência, que caracteriza a Nova Ordem Mundial. Sem agredir a Multipolaridade, com vistas à manutenção da Coexistência.

1. A Nova Ordem

A Nova Ordem Mundial é complexa nos mais diversos planos (econômico, político, social, jurídico, ambiental, estratégico) reunindo fenômenos factuais e princípios jurídicos na

¹ Doutor em Direito. Titular de Direito Internacional da UFPA. Escritor.

dimensão internacional, hoje, também, transnacional e supranacional. Trata-se da convivência (nem sempre pacífica) entre antigos e novos atores (Estados, Organizações Governamentais, Organizações Não-Governamentais, enfim, a Sociedade Civil, como um todo).

No campo da Cooperação, vg, a ONU desempenhou papel de grande alcance, mas, com o tempo, mostrou-se inoperante, exigindo uma revisão, que nunca se efetivou. Aí incluo a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho de Tutela, a Corte Internacional de Justiça, o Secretariado, além de órgãos regionais e organismos especializados, a despeito da criação de um Conselho de Direitos Humanos. A Integração, por sua vez, mesmo em seu exemplo maior – a União Européia – mostrou-se reticente e, de certa forma, paralisada, em face do repúdio a seu Tratado Constitucional, com desentendimentos internos, que culminaram com o Tratado de Lisboa. E com a Globalização, a problemática adquiriu feição mais diversificada, em face do confronto entre Estado-Nação e Corporação Financeira Transnacional.

Tudo isso repercutiu sobre as bases normativas do Direito Internacional, no plano Pós-Moderno, forçando a convivência do Pacta Sunt Servanda com a Rebus Sic Stantibus e com as Cláusulas Hardship. Daí a caracterização do Direito-Norma, de Kelsen, com um Direito-Conduta, de Cossio e com um Direito-Fato Mutável, de Bobbio. Claro que tudo isso integra o contexto de sua institucionalização, seja em termos de perplexidades, seja em termos de inovações, seja em termos de surpresas positivas.

Refiro-me a perplexidades, reportando-me, sempre, à paralisação da ONU ao alimentar o detestável direito de veto, a não permitir o alargamento do quadro de membros permanentes, em não consolidar a obrigatoriedade das decisões de sua Corte de Justiça, ao persistir no enfraquecimento das funções de seu Secretário Geral, etc. Refiro-me a inovações, aplaudindo normas internacionais e recentes, a exemplo do plano ambiental, das Convenções da ECO-92 (a despeito do Protocolo de Quioto), do plano dos direitos humanos, com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional e, no plano do Direito do Mar, com a Convenção de Montego Bay. E, finalmente, quanto a surpresas positivas, o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio totalmente independente da ONU (embora com ela mantendo relações).

Outros aspectos pontuais poderiam ser adicionados – em termos de perplexidades, de inovações ou de surpresas positivas – respectivamente, o Confronto G-7 x G-77, a formação do G-20 e o recente estabelecimento dos BRICs. Esse acrônimo criado por Jim O'Neil em 2.001 (ou por Goldman Sachs, conforme certos autores), e, mais recentemente, a África do Sul (daí a menção a Novos Bric's) – por alguns cunhados como CIRB's, passando pelos BASIC's e pelos IBAS, construiu um fenômeno mundial por envolver interesses recíprocos e desafios semelhantes de países emergentes, com interações as mais diversificadas, sem, contudo, apresentar um modelo predeterminado.

2. **BRICs e Novos BRICs**

Efetivamente, essa falta de um modelo predeterminado, aliada a aqueles interesses recíprocos e a desafios semelhantes em busca de um equilíbrio global, a partir da Cooperação, passou, de imediato, a ser objeto de análises e de sínteses, de teses e de antíteses, ocupando o

cenário internacional contemporâneo nos mais diversos ângulos políticos, econômicos e sociais. Principalmente, em virtude das semelhanças e/ou dessemelhanças das partes envolvidas, como adverte Paulo Casella. Senão vejamos:

1 – O Brasil talvez venha a ser a parte mais bem aquinhoadada, dentro desse contexto, precisamente por não ser potência energética, como a Rússia ou potência econômica, como a China. Tem a seu favor sua incessante busca de um desenvolvimento sustentável, favoráveis mudanças de comportamento macroeconômico, solução pacífica de controvérsias, o estabelecimento do MERCOSUL, da UNASUL e sua atuação no G-20, no Grupo do Rio e no Grupo de Cairns. Temos, ainda, sua luta contra o estabelecimento da ALCA (contra o draft norte-americano) e sua atuação na OMC, na CIDH e no TIDM, na comunidade de países de Língua Portuguesa, afora sua luta para integrar o Conselho de Segurança da ONU como membro permanente.

2 – A Rússia, grande potência energética, integra o Big Five do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Em termos de comércio e de meio ambiente, apresenta um certo atraso, mas, em, compensação, deixou de apresentar aquele iminente perigo bélico-estratégico-nuclear do tempo da Guerra Fria. Aspectos ideológicos eventualmente negativos também saíram de cena, cedendo lugar a um meticuloso trabalho de reconstrução econômica, sem descartar, inclusive, determinados padrões ocidentais positivos. Continua a ser, todavia, importante potência nuclear.

3 – A Índia é um grande império comercial, em virtude de suas reservas líquidas de capital. É potência nuclear, assim como a Rússia e a China, o que não ocorre com o Brasil. Permanente é sua luta para ingressar, como membro permanente, no Conselho de Segurança da ONU, concorrendo como país asiático, como o Japão, contando, para tal, com o placet da China.

4 – A China é grande potência econômica, embora de caráter muito fechado. Ostenta um Capitalismo de Estado centralizado. É importante potência nuclear e até hoje não solucionou, em definitivo, seu relacionamento com Formosa, cujo lugar no Conselho de Segurança da ONU ocupou através de uma série de medidas estratégicas. Famoso é seu comércio “made in China”. Sua economia tende a eclipsar a economia norte-americana, afetada por severa crise interna. Seu expansionismo, finalmente, é digno de nota, comprovado por incessante compra de terras na Ásia, na África e até mesmo na Islândia.

5 – A África do Sul, com o fim do apartheid, em 1992, passou por grandes transformações, com a desocupação da Namíbia, com a Constituição da República da África do Sul que repudiou a discriminação racial e determinou o sufrágio universal e com a luta de Nelson Mandela (prêmio Nobel da Paz em 1993) em prol da defesa dos direitos humanos. É, hoje, o principal destino das exportações brasileiras na África, continente, que, segundo a ONU, teria um representante no seu Conselho de Segurança, como membro permanente. Tudo indica que se trata da África do Sul, por seu papel representativo da África, como um todo.

Do exposto, constata-se a inclusão de países pertencentes a Continentes os mais diversos e diferenciados, afora outras peculiaridades. Como afirmado retro, Rússia, Índia e

China são potências nucleares, o que não ocorre com o Brasil. Índia e China foram objeto de ocupação estrangeira. O Brasil, não, sendo que a África do Sul ainda sofre legados europeus (Reino Unido e Holanda). Rússia, Índia e China foram objetos de longos impérios e o Brasil, também, mas, apenas, de 1822 e 1889. O Brasil, sendo o menos hegemônico, tem maior poder de difundir o BRICs no plano internacional e de formular modelos de inserção de Cooperação mundial, tanto através da participação governamental, como do setor privado, que contribui para o desenvolvimento do comércio. Pode também, estabelecer parcerias com países de experiências democráticas, adverte Clifford Sobel, exemplificando com os Estados Unidos, numa espécie de movimento alter-mundialista, como diria Gilbert Achar, no presente momento neo-desenvolvimentista, com políticas estruturais, como um novo pilar não só da Cooperação, como, também, da própria Integração, complementar Humberto Celli.

Pode-se, assim, chegar a um esboço de papel dos BRICs na Economia Mundial. Paulo Roberto de Almeida atenta para diversos planos:

Demográfico, territorial, político-econômico, tecnológico, a que acrescento o plano normativo (implícito nos demais). Segundo Casella, há pouca possibilidade de um modelo normativo (e institucional) para os BRICs, em grande parte, devido ao desrespeito dos Estados ao Direito Internacional, o que, todavia, não afasta um modelo de ordenação de suas relações internacionais, através do respeito a compromissos assumidos e do equilíbrio entre normas internas e normas externas.

Eu complementaria o raciocínio observando, antes de tudo, deve o BRICs constituir um conjunto não transitório, onde a Soberania de cada participante seja objeto de respeito, em meio à interdependência, observadas políticas e estratégias globais (Estados, Organizações. Corporações, enfim, toda a Sociedade Civil), dentro dos princípios básicos de efetividade, legitimidade e de reciprocidade (ou, quando necessário, não reciprocidade). Precisamente, porque se trata de BRICs (TIJOLOS), cuja solidez advém de sua Soberania, com suas conseqüentes auto-limitações (auto e não alter), possibilitando um modelo normativo comum e, talvez, a adesão de novos componentes, criando (ou não) uma União ou um Grupo.

Às vezes há necessidade de internalização dos acordos internacionais, advertem Fabíola Zibetti, Kelly Bruch e Eveline Brígido, em sua análise sobre proteção de plantas entre Brasil e China, citando Atas UPOV e TRIPS (OMC), no tocante a espécies protegidas (cultivares e diversas espécies de plantas). E concluem que as normativas internas do Brasil e da China são distintas quanto ao que pode ser protegido, quanto às condições de proteção e quanto às formas de proteção, pois, no Brasil, a matéria encontra-se regulada na Lei de Proteção Industrial (Lei nº 9279/96 e na Lei nº 9279/96 e na Lei de Proteção de Cultivares (Lei nº 9456/97), enquanto, na China, a regulamentação advém de Regulamento – o PVP (Proteção de Variedades de Plantas).

Temos, ainda, que o plano demográfico envolve os dois países mais populosos do planeta. O plano territorial reflete as diferenças de cada componente, conforme seu peso efetivo (recursos naturais, grau de industrialização, movimentos de capital, abertura comercial, política cambial e impacto na economia mundial). O plano político-econômico substituiu, com vantagem, o plano ideológico, com novas diretrizes comerciais globalizantes. E o plano de investimentos diretos é uma conseqüência dessa transformação, porquanto se

trata de emergentes, que, em breve, representarão um quinto da economia mundial, devendo ultrapassar o G-7 em duas décadas.

Claro que, entre eles, há assimetrias que se refletem em serviços (GATS), ou em investimentos (TRIMS), intra e extra-regionais, tanto na Agenda Norte-Sul, como na Agenda Sul-Sul, o que requer mudanças nos seus sistemas jurídicos, observa Celli, com vistas àquelas políticas estruturais. Essas mudanças, é claro, deverão ser consentidas (isto é, em respeito à Soberania dos participantes), lembrando aquelas políticas estruturais à ação estrutural (a ação como processo) de Hannah Arendt, através do diálogo, já que a função fundamental dos sistemas sustentados do mundo é evitar o caos (Habermas).

A menção a AGENDA NORTE-SUL acima nos faz pensar sobre o peso dos BRICs no mundo atual, detendo cerca de um quinto da economia mundial, o que tem surpreendido e preocupado países centrais. Embora Christine Lagarde, Diretor-Gerente do FMI, tenha afirmado (Setembro/2011) que a crise internacional também os atingirá, não deixa de reconhecer a necessidade de reequilíbrio nacional e global, num mundo interconectado, como solução à crise da dívida soberana da União Européia, mencionando, expressamente, a Itália, a Grécia e a Espanha.

Por sua vez, a menção a Agenda Sul-Sul, nos remete às intensas relações comerciais entre ÍNDIA e AMÉRICA LATINA, objeto de análise do BID e do SELA, graças aos esforços dos governos e dos setores privados de seus componentes (Brasil, Uruguai, Bolívia, Trinidad Tobago, Peru, Chile, Venezuela, Argentina), de um lado, e a Índia como alternativa, de outro.

Analisando o INDO-LAC TRADE, Jorge Heine e R. VISWAATHAN enaltecem o papel de “major Partner” da Índia, mencionando acordos comerciais entre Índia e Chile, de 2007 e entre Índia e MERCOSUL, de 2.009, entre outras medidas comerciais. E advertem para a importância do papel positivo daquele BRIC junto aos países latino-americanos (com ênfase ao Brasil), o que se fez notar através do aumento dos preços das commodities latino-americanas, da diversificação das exportações da América Latina com relação à América do Norte e à Europa Ocidental, ao aumento de suas reservas, à criação de novos fundos e ao pagamento de dívidas, afora o incremento de suas relações diplomáticas.

A menção a relações comerciais e a relações diplomáticas traz, consigo, um maior diálogo ECONÔMICO e POLÍTICO, o que gera equilíbrio, avanços e crescimento, no atual plano mundial, que envolve Cooperação, Integração e Globalização e vai se refletir, conforme infra, sobre a estrutura dos emergentes (de que os BRICs são exemplo maior) e até mesmo sobre a eficácia dos tratados e convenções regionais e internacionais.

Restaria mencionar o plano tecnológico, importante e decisivo. Se nos ativermos à realidade de que a Globalização convive com a Cooperação e com a Integração, num confronto inquietante entre Estado-Nação e Corporação Financeira Transnacional. Com efeito, a tecnologia é a base, o alicerce e o fundamento da Globalização, o que vai se refletir sobre a estrutura dos emergentes e até mesmo sobre a eficácia dos tratados e convenções, inclusive, pela nanotecnologia – tecnologia de objetivos gerais – ensejando produtos mais seguros e inteligentes (Walber Muniz).

Quanto à estrutura dos emergentes, no concernente à produção e ao consumo, à poupança e ao investimento, ao desenvolvimento sustentável, ao PIB, à renda nacional, etc. Daí a necessidade da transferência de tecnologia não somente de produção, mas também de projetos, entre países centrais e países periféricos. É que potências e emergentes integram um sistema mundial, além de sistemas regionais, todos, pertencentes ao campo da Cooperação, alguns vinculados à Integração, mas, todos, tendo por escopo a Coexistência. Os emergentes, de atuação regional e inter-regional, ocupam, cada vez com maior intensidade, espaço positivo no plano internacional. São Potências Médias Recém-Industrializadas – PMRIs, onde se destacam os BRICs, com seus importantes percentuais particularizados de enriquecimento.

Quanto à eficácia dos tratados e convenções, a influência da tecnologia já constara de trabalho clássico sobre a matéria, relacionado às fontes do Direito Internacional, de Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva. É que o progresso da tecnologia exigiu da sociedade mundial a adoção de regras destinadas a antecipar os fatos ou fenômenos, nascendo o Direito da previsão do que virão a ser os próprios fatos, quando o normal é o fato gerar o Direito. Isto lembra o âmago da Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, ao lidar com o fato (momento situacional), com o valor (momento funcional) e com a norma (momento estrutural).

A importância da tecnologia está, pois, na geração de uma Nova Ordem Mundial (Econômica, Política, Estratégica, Social), pelo sistemático encadeamento de atividades de pesquisa e de desenvolvimento experimental, cujas características compreendem o aperfeiçoamento (pela constante utilização), o processo de produção de novos bens e serviços (de resultado incerto em tempo imprevisível) e a interdependência de forma implícita ou explícita (entre uma tecnologia e outra). Por isso, é fatal sua incidência sobre o próprio Direito, imerso no mundo da vida (Lebenswelt), parte essencial da experiência histórica do Homem, uma experiência de “estruturas práticas” (a realizabilidade de Jhering), as quais constituem “estruturas sociais” através de modelos jurídicos (prospectivos), que convivem com as fontes jurídicas (retrospectivas).

São previsamente as normas que constituem o conteúdo material dessas fontes jurídicas (Kelsen), que se apresentam sob a forma de tratados e convenções (onde prevalece a validade formal) ou do costume (onde prevalece a validade empírica), com vistas, sempre, à segurança jurídica, à justiça e ao progresso social. Novos atores, novos blocos, novos grupos, novos clubes e novos modelos – em geral sem completude e com transitoriedade – têm surgido no cenário mundial contemporâneo. O BRICs pode vir a constituir um Novo Modelo de Relações Internacionais, cooperando para a institucionalização do Direito Internacional, se levar em conta:

- 1 – a convivência com o Velho Modelo (ONU, etc., com as devidas revisões e atualizações).
- 2 – a manutenção do multilateralismo (EUA – UE – BRICs).
- 3 – a convivência da Soberania com a Interdependência.
- 4 – a coexistência pacífica entre Direito Internacional e Relações Internacionais.
- 5 – a flexibilidade (salvaguardas, etc).

6 – a transparência (enquanto for necessária a comprovação do óbvio...).

7 – o respeito ao desenvolvimento (global, isto é, econômico, político, social, ambiental, HUMANO, o que dispensa outro óbvio, o sustentável...).

8 – equilíbrio econômico, que repercute no emprego, juros e moeda – numa linha keynesiana – o que nos leva ao problema da renda nacional (a partir da produção, com vistas ao consumo, poupança e investimento), a que se aliam oscilações nas bolsas e pacotes do G-7, dependentes (Setembro/2011) do comportamento dos emergentes.

9 – preocupação com a dimensão humana da vida econômica (produção, consumo, mercados, bens, serviços, investimentos, emprego, renda), enfatizando seu enfoque social.

10 – a recentralização humanista do Direito Internacional (Paulo Borba Casella), com a interação entre Integração e Direitos Humanos (André de Carvalho Ramos), unindo o HUMANO ao SOCIAL.

Do exposto, temos que a presença atuante dos BRICs, representando cerca de um quinto da economia mundial, é uma esperança de cooperação e de coordenação – que tende a crescer – e de certeza de respeito às instituições, jurisdições e competências dos seus participantes e dos demais países, o que tem surpreendido países de economia cêntrica. Ligando desenvolvimento e tradição, os BRICs geram esferas operantes em meio a bolsões inoperantes e a grupos populistas, corporativistas, demagógicos e factóides.

Conclusão

BRICs, CIRBs, BASICs, BICs, IBAS, NOVO BRICs, (BRICAS?), qual seu papel na Nova Ordem Mundial? Não se trata de um Grupo (tipo G-20), de uma Organização de Cooperação (tipo ONU), de uma Organização de Integração (tipo União Européia), de uma Aliança, de um Clube ou de uma Associação. Trata-se de uma reunião – talvez um bloco político informal com base indiscutivelmente econômica – de países emergentes, com semelhanças e divergências, com interesses recíprocos e desafios semelhantes, gerando indisfarçável temor e paradoxal surpresa a países centrais, muitos deles envolvidos em terríveis e prolongadas crises, a exemplo dos Estados Unidos e de componentes da União Européia.

É que a política internacional mudou, enquanto Programa de Ação (Policy), vinculada à sociedade internacional (Karl Deutsch), que também mudou. Por isso, não mais se fala em mundo bipolar, Terceiro Mundo ou em LCD's. Na Europa, não se cogita mais do Pacto de Varsóvia, do COMECOM, da AELC ou da CEE (esta, hoje, UE – União Européia). Na Ásia, da OTASE, do ANZUS ou do CENTO. E na América Latina – hoje ligada positivamente aos BRICs – da ALALC, do MCLA ou mesmo da ALCA (esta, envolvendo as Américas como um todo).

Mudou, também, o eixo do poder mundial. Não mais prevalece o poder-dominação de Morgenthau ou o poder-imposição de vontade de Max Weber, mas o poder-influência de Aron e o poder-multiforme de Cline, este, o somatório de elementos como território, população, PIB, vontade nacional e, obviamente, Soberania. Aliás, sua presença, no BRICs, é marcante, na acepção de Jellinek (auto-limitação), razão por que convive pacificamente com a Interdependência, resultante do presente mundo integrado e globalizado.

No caso do BRICs, a ausência de uma forma predeterminada convive com a capacidade de formular um modelo de inserção mundial institucional (normativo?), respeitados os princípios básicos do Direito Internacional e sua competente internalização. Não agride, mas, ao contrário, resguarda – como retro afirmado – a Soberania, de forma que se apresenta progressiva e não-transitória.

É importante frisar, finalmente, o aspecto positivo de sua atuação nos mais diversos planos (demográfico, territorial, político-econômico, tecnológico), apesar das sensíveis assimetrias de seus componentes. Respeitando o statu quo. Defendendo a ordem constitucional. Acatando conjuntos normativos internos. Mantendo diversificadas relações internacionais. Admitindo a Multipolaridade. E tendo sempre em vista a manutenção da Coexistência...

Referências

ACHAR, Gilbert – **Le Nouvel Ordre Impérial ou La Mondialisation de l'Empire États-Unies**, in **Le Nouvel Ordre Impérial**, Presses Universitaires de France, Nanterre, 2003.

ALMEIDA, João Genésio – **O Fórum de Diálogo Índia, Brasil e África do Sul: Análise e Perspectivas**, FUNAG, Brasília, 2009

ALMEIDA, Paulo Roberto de – **O Papel dos BRICs na Economia Mundial**, in Cebri-Icone – **Embaixada Britânica Brasília: Comércio e Negociações Internacionais para Jornalistas**, Rio de Janeiro, 2009.

CASELLA, Paulo Borba – **BRIC**, Atlas, S. Paulo, 2011.

CELLI, Umberto et alli – **Mercosur in the South-South Agreements: in the Middle of Two Models of Regionalism**, in **Cadernos de Pós-Graduação**, USP, Manole Editora, S. Paulo, 2011.

RAMOS, André de Carvalho – **Os Modelos de Interação entre Direitos Humanos e os Processos de Integração Econômica**, in **Direito Internacional – Homenagem a Adherbal Meira Mattos**, Coord. P. B. Casella e A. C. Ramos, Quartier Latin e FUNAG, S. Paulo, 2009.

SOBEL, Clifford – **United States/Brazil Relations: a Shared Commitment to Global Leadership**, **Brazilian Yearbook of Law**, CEDIN, 2009.

ZIBETTI, Fabíola et alli – **Acordos Internacionais e sua Internalização: um Estudo de Caso Comparativo entre Brasil e China no Âmbito da Propriedade Intelectual**, in **Estudos de Direito Internacional**, Coord. Wagner Menezes, vol. XII, Juruá, Curitiba, 2008.

2. A Utilização da arbitragem internacional como instrumento de solução de litígios no âmbito do Mercosul

The use of international arbitration as a means of resolving disputes within Mercosur

Allana de Freitas Lacerda²

Mariana Perdigão Coutinho Gelio³

Resumo

O presente artigo tem como escopo a demonstração de métodos de solução de conflitos, focando-se na arbitragem em âmbito nacional e internacional, abordando a evolução histórica do instituto, seu aperfeiçoamento e aplicação nas relações jurídicas atuais. Pretende-se ainda fazer um estudo sob uma perspectiva favorável da sua ampla utilização nas controvérsias de caráter comercial no espaço internacional com a ilustração de casos práticos que obtiveram êxito, comprovando a eficiência da arbitragem. Salienta-se também como a globalização e a formação de blocos econômicos criam um espaço adequado, além de proporcionar o incentivo na elaboração de diversas convenções arbitrais. Observa-se ainda a utilização do instituto no Brasil e o relacionamento dele com o Mercosul, e como a adoção deste sistema de resolução de litígios internacionais atingem diretamente a política e as relações comerciais.

Palavras-chave: Arbitragem. Relações Internacionais. Comércio. Legislação. MERCOSUL.

Abstract

The scope of this paper is to demonstrate methods of conflict resolution, focusing on arbitration in national and international levels, addressing the historical evolution of the institute, its development and application in the current legal relations. The aim is also to do a study under a favorable prospect of its extensive use of a commercial dispute in the international arena with the illustration of case studies that were successful, proving the efficiency of the arbitration. It is worth noting how globalization and the formation of economic blocs create adequate space, and provide encouragement in the preparation of various arbitration proceedings. We also observe the use of the institute in Brazil and his relationship with Mercosur, and how the adoption of this system of dispute resolution directly affect the international political and trade relations.

Keywords: Arbitration. International Relations. Trade. Legislation. MERCOSUR.

Introdução

A sociedade, pela sua pluralidade, encontra-se em permanente estado de mudança, sendo inevitável o surgimento de choques de interesses, conflitos que se tornaram cada vez mais complexos e precisam ser resolvidos. Decorre dessas circunstâncias a exigência de métodos variados para a resolução dessas questões, visto que os meios utilizados pelo Estado nem sempre são eficientes, mostrando-se morosos e economicamente pouco viáveis em muitas ocasiões. Ademais, alguns de seus princípios basilares como a publicidade dos processos pode trazer alguns inconvenientes. Surgem então para sanar o problema formas alternativas de solucionar os imbróglios. Dentre esses mecanismos, apresenta-se a arbitragem como uma alternativa heterônoma de dirimir controvérsias, seja pela celeridade em que as decisões são concedidas, seja pela particular relevância conferida à autonomia de vontade das partes, percebida em muitos momentos no procedimento arbitral.

² Allana de Freitas Lacerda. Graduanda em Direito. UFC - Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais da UNIFOR.

³ Mariana Perdigão Coutinho Gelio. Graduanda em Direito. UFC - Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais da Unifor.

A utilização da arbitragem em âmbito nacional já era contemplada em Constituições anteriores a de 1988, no entanto, somente a partir da Lei 9.307/96, este instituto se consolidou, passando a ser amplamente discutido no meio jurídico brasileiro. Nesta senda, insere-se o Brasil no contexto da arbitragem internacional ao ratificar as convenções e tratados que versam sobre a adoção da arbitragem em determinados, citando-se o Acordo de Buenos Aires de 1998 e o Protocolo de Olivos de 2002.

1. Arbitragem: Noções Gerais

Desde os primórdios da humanidade existem disputas, confrontos travados entre os homens pelos mais variados motivos. Os indivíduos são singulares, tendo idéias diferentes, portanto, natural divergir. Ao tomarem feições de litígio propriamente, necessário se faz encontrar formas de solucioná-lo.

As reações mais primitivas eram as de autodefesa, em virtude de o adversário considerado mais forte impor seu domínio através da força. Posteriormente surgiu a autocomposição, através da qual cada parte admitia algumas concessões almejando a promoção de um acordo. Os dois métodos têm em comum sua procedência sem a interferência de pessoa alheia, resolvido então somente entre as partes envolvidas.

Avançando no tempo, a insatisfação com os resultados obtidos fez emergir a necessidade e o entendimento de que seria mais interessante que as partes se utilizassem do auxílio de um terceiro, estranho a relação, que não tivesse interesse na causa, portanto imparcial. O árbitro, como foi chamado, deveria ser escolhido pelos interessados, em conformidade com os critérios por elas acordados. Ademais, sobre a figura do árbitro repousava a confiança dos litigantes. Destarte, o nascimento da jurisdição privada exercida através da arbitragem foi anterior ao da própria jurisdição desempenhada pelo Estado.

1.1 Origem Histórica

Curiosamente, a arbitragem mostra-se como um mecanismo antigo de resolução de litígio, surgida por volta do ano 3.000 a.C. Na Grécia relata-se a adoção de soluções arbitrais intermunicipais, ilustrada pelo Tratado de Paz de 445 a.C. celebrado entre as cidades-estados de Atenas e Esparta, enquanto que as questões entre particulares eram resolvidas tanto através da via judicial quanto pela arbitragem. Já em Roma observava-se a existência do “*compromissum*”, como um pacto legítimo e válido. A ação para assegurar o respeito ao compromisso e à cláusula compromissória era dada pelo pretor⁴.

Na Idade Média, devido à formação dos feudos houve um isolamento político que acarretou na elaboração de inúmeros preceitos legais em face da inexistência de um poder central forte, de modo que o período revelava-se com terreno fértil ao amplo desenvolvimento da arbitragem. Em uma época de prosperidade da Igreja Católica, o Papa era reconhecido como uma espécie de árbitro supremo. Em sua transição cronológica para a vindoura Idade Moderna, o crescimento da atividade comercial também funcionou como estímulo às atividades arbitrais, haja vista a ocorrência de conflitos entre os comerciantes a serem dirimidos.

Em tempos mais próximos, tendo a Revolução Francesa como marco inicial, foi editada uma lei disciplinando o instituto da arbitragem no ano de 1806, que serviu mais como

⁴ OPORTO, Silvia Fazzinga. VASCONCELLOS, Fernando. Arbitragem Comercial Internacional. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>>. Acessado em: 26 de outubro de 2010

um entrave para a sua plena utilização em razão da formalização que lhe foi conferida, maculando uma de suas principais vantagens. Acrescenta-se ainda que neste momento renasce o Estado, transbordando autoridade, forte e centralizado, imbuindo-se do poder e da competência para legislar e aplicar suas leis, fornecendo tutela jurisdicional aos cidadãos. Neste cenário, a arbitragem perde forças, cedendo espaço para a atuação do Estado.

Neste contexto perde-se a prática do uso da arbitragem, voltando ela ao palco jurídico com as novas necessidades internas dos Estados e os acontecimentos no cenário internacional, como a evolução dos contratos de comércio entre outros fatores responsáveis pela revitalização do instituto.

1.2 *Definição e Princípios*

O crescimento populacional e o aumento da complexidade de demandas que necessitam da tutela jurisdicional do Estado fizeram surgir alguns inconvenientes na prestação jurisdicional, tais como os gastos para o manejo das ações e recursos necessários ao êxito e o formalismo que congestionam o Judiciário, o que fatalmente acarreta a demora da apreciação da matéria suscitada em juízo e o seu deslinde.

Neste contexto ressurgem a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos. Nas palavras de JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA “podemos definir a arbitragem como sendo o meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos produzidos pelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciários”⁵.

Impende neste momento enriquecer o tema com os dizeres da professora LILIA MAIA DE MORAIS SALES ao lecionar⁶

Aqui é importante destacar dois pontos. Primeiro, a experiência estrangeira demonstra a relevância desses meios como facilitadores do acesso à justiça, como procedimentos céleres e como importantes instrumentos de desobstrução dos tribunais, vez que resolver conflitos sem que estes necessitem de uma decisão de juiz togado. Em seguida, é imprescindível salientar que os meios consensuais de solução de controvérsias não existem para substituir o Poder Judiciário nem para com este concorrer. A Constituição Federal garante como direito fundamental que qualquer lesão ou ameaça a direito será apreciada pelo Poder Judiciário (CF art. 5º XXXV). Ocorre que existem direitos disponíveis, ou seja, aqueles passíveis de transação, que quando objetos de conflitos podem ser solucionados pelo meio consensual mais adequado, se esta for a vontade das partes.

Depreendem-se da sua própria definição algumas características bastante peculiares ao instituto. A arbitragem alicerça-se em alguns princípios intrínsecos ao processo estabelecido, em que pese a autonomia de vontades, celeridade, confidencialidade, a imparcialidade do árbitro, o livre convencimento, entre outros. Apesar da informalidade, uma de suas mais fortes características, a arbitragem segue ditames como o do devido processo legal e o estabelecimento de ampla defesa e contraditório. Ademais, não possuem as partes de o árbitro completa liberdade para tratar de qualquer matéria. Salienta-se que a esfera na qual pode atuar restringe-se a dos direitos patrimoniais disponíveis.

⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo. Atlas, 2007, p.88

⁶ ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. SALES, Lília Maia de Moraes. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos**. in ANDRADE, Denise Almeida de. SALES, Lília Maia de Moraes. (org.). **Mediação em Perspectiva**. Fortaleza. Universidade de Fortaleza, 2004. p. 19

A autonomia de vontade é sem dúvida um dos mais valiosos princípios do procedimento arbitral. Dela desdobram-se inúmeras questões referentes à atuação das partes, do árbitro e até mesmo do procedimento escolhido tanto substantivo quanto adjetivo. Resulta da liberdade das partes a faculdade de determinar pontos imprescindíveis ao desenlace da querela. Inicialmente, aos demandantes é conferida a possibilidade de selecionarem os critérios segundo os quais o litígio será dissolvido, o tipo procedimento arbitral, a legislação que será aplicada ao caso em análise, o árbitro que se encarregará do procedimento e a sua quantidade, necessário apenas que seja de número ímpar. Tem-se liberdade, desta forma, desde a instituição da arbitragem até a sua auto-regulamentação.

Outro aspecto importante no que tange a arbitragem é a informalidade, já que há maior dinamismo em virtude de as partes terem maior autonomia. Advém por óbvio a celeridade do processo, cuja duração varia de acordo com as Câmaras de Arbitragem. Estima-se, entretanto que um processo possa ser resolvido no intervalo de seis meses. Outra diferença entre a arbitragem e a tutela jurisdicional do Estado que merece destaque é a confidencialidade. Por trata-se de método de resolução de controvérsias privado, as partes podem incluir uma cláusula de confidencialidade, uma vez que não há obrigatoriedade de tornar pública a ação. Assim, o processo correrá em sigilo, qualidade bastante benéfica para as empresas envolvidas que mantêm desta forma suas imagens preservadas.

A imparcialidade do árbitro é ponto nodal para que seja frutífera a arbitragem realizada, conferindo validade ao julgamento e idoneidade ao próprio juízo arbitral. Para tanto, as partes tem total liberdade na sua escolha, podendo ele ou eles (na hipótese de mais de um) ter formação acadêmica em direito, engenharia, medicina, economia, etc. Nestas condições, indica-se a pessoa que detenha o maior conhecimento técnico na área em que melhor se enquadra o objeto da demanda, no intuito de conferir maior grau de confiabilidade na sentença proferida. Por ser de escolha das partes, repousa sobre o árbitro o crédito de que ele irá dispender tratamento igualitário aos litigantes. Vícios decorrentes desta escolha podem acarretar a nulidade do processo.

Na formulação do laudo arbitral, equivalente à sentença, tal qual ocorre no Judiciário, o árbitro deve deixar-se persuadir de forma racional, apreciando as provas colhidas e convencendo-se livremente com base na argumentação efetuada ao longo do processo. A valoração das provas documentais, testemunhais ou técnicas fica ao seu critério. Neste diapasão, deve o árbitro ater-se aos fatos que deram causa a controvérsia; podendo sopesá-los com regras jurídicas, lógicas, provas constantes nos autos. Imperioso, contudo que no laudo expedido sejam demonstrados os fundamentos de seu convencimento, expondo, portanto as razões que culminaram na decisão proferida. Na qualidade de título executivo extrajudicial, imprescindível para a execução na esfera judicial a emissão de sentença, pondo termo ao processo.

1.3 *O Procedimento da Arbitragem*

A primeira providência a ser tomada para que a controvérsia seja resolvida pela arbitragem é propor acordo neste sentido à parte contrária, que deve consentir. Imprescindível ainda identificar a matéria do imbróglio, afinal, a arbitragem somente pode ser utilizada em casos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, não podendo ultrapassar este limite. Na hipótese de dúvida, compete ao Poder Judiciário dirimir a questão, ficando suspenso o procedimento. Nesta senda, conceitua Luiz Antunes Caetano⁷

⁷ CAETANO, Luiz Antunes, 2002, in OSÓRIO, Roberto Gomes. SALDANHA, Bernardo Duarte. A Arbitragem e o Poder Judiciário: vantagens e desvantagens. p. 95 in LEITE, Francisco Tarciso. Arbitragem, Mediação e Conciliação no Direito Privado Patrimonial Brasileiro.

Todos os direitos que têm conteúdo de ordem patrimonial ou econômica dos quais se pode dispor. Isto é, dar, usar, gozar, negociar, fornecer, comercializar, ceder, emprestar ou mesmo renunciar. Simplesmente todo fato ou ato entre pessoas, firmas ou empresas particulares que possam ser objeto de qualquer contrato, seja por instrumentos particulares ou públicos, verbais, por carta, e-mail etc;

Assim, é corriqueiro dissolver litígios de natureza comercial em Câmaras Arbitrais. Frisa-se que o procedimento arbitral obedecerá o sistema adotado pela convenção escrita entre os litigantes no presente ou eventuais.

Para manifestar a sua vontade e exercer sua autonomia as partes devem ao celebrar contrato estipular cláusula que preveja a adoção da arbitragem em caso de surgimento de conflito. Tratam-se, portanto de cláusulas especiais e independentes do contrato principal podendo inclusive vir em outro instrumento apartado. Para gerar os efeitos pretendidos, sua redação deve estar destacada, de modo a dar ciência aos contratantes de sua existência.

Indicativa do método adotado para a extinção de uma obrigação, a Convenção Arbitral poderá tomar duas feições, sofrendo diferenciação de acordo com o tempo do litígio. Quando acertado na forma de compromisso arbitral, entende-se que ela se refere a um conflito atual, presente e que os envolvidos optaram por solucioná-lo através da via arbitral. A outra possibilidade é a da cláusula compromissória, cujo conteúdo traz disposições aplicáveis a querelas futuras. Deste modo, ao ser acordado instrumento que contenha cláusula compromissória, esta somente será suscitada em caso de surgimento de controvérsia posterior.

Ressalta-se que a concordância não pode sofrer nenhum vício, sob pena de invalidade da cláusula. Acrescenta-se que as partes devem ser capazes nos moldes preconizados pela lei civil.

Realizadas as audiências, oitiva de testemunhas, análise das provas carreadas aos autos, é chegado o momento de o árbitro posicionar-se com a exarcação de uma sentença, antigamente denominado laudo arbitral. A sua emissão é o marco do fim da atividade arbitral. Acrescenta-se que os árbitros não podem se valer de medidas coercitivas para fazer cumprir o disposto em sentença arbitral. Caso surja esta necessidade, a parte vencedora deverá valer-se do judiciário, que trata a sentença como título executivo extrajudicial, não precisando instaurar-se novo processo cognitivo, tampouco ser ratificada a decisão do árbitro por um juiz togado.

Atenta-se para a finalidade comum da Justiça Estatal e da Justiça Privada, sendo a constante busca de ambas atingirem o ideário de justiça e promover a paz e a satisfação dos litigantes.

Nas últimas décadas tem-se notado a retomada da arbitragem como alternativa útil e bastante válida para dirimir controvérsias não apenas em questões internas, mas também em situações que envolvem países diversos, podendo-se visualizar a relevância que tem ganhado a arbitragem no direito internacional tanto no que concerne a matérias públicas, posto que a arbitragem pode se dar entre Estados, quanto no âmbito privado, despontando como mecanismo seguro e eficiente para solucionar querelas, sobretudo de natureza comercial. A ONU desempenha papel de fundamental relevo nesta empreitada. A par disso, outros organismos supranacionais dedicaram-se a elaborar Tratados, Protocolos, estudos e propostas, respectivamente, para harmonização de certas normas aplicáveis a contratos internacionais e à arbitragem, como será mais amplamente abordado no tópico seguinte.

2. Arbitragem Internacional

Nos tempos atuais se percebe o aumento do interesse de busca pelas partes de mecanismos que solucionem seus conflitos de forma célere e até, menos onerosos. A ausência

de um Tribunal específico que atendesse as demandas internacionais, fez com que as partes litigantes procurassem outros instrumentos que solucionassem as suas lides. É nesse contexto que entra o instituto da arbitragem, principalmente pelo fato de o mundo globalizado e suas relações internacionais exigirem meios de pacificação de conflitos sem haver necessidade de se dirigir ao judiciário. A presença do compromisso arbitral, da cláusula arbitral, do órgão arbitral e do procedimento arbitral são fatores preponderantes para a validade ou não de tal acordo de vontades. Para Guido Soares a arbitragem seria

O procedimento de solução de conflitos entre os Estados pelo qual os litigantes elegem um árbitro ou um tribunal composto de várias, em geral escolhidas por suas especialidade na matéria envolvida e portadoras de grandes qualidades de neutralidade e imparcialidade, para dirimir um conflito mais ou menos delimitados pelos litigantes, segundo procedimentos igualmente estabelecidos diretamente por eles, ou fixados pelo(s) árbitro(s), por delegação dos Estados instituidores da arbitragem⁸.

A vantagem da utilização da arbitragem se refere à celeridade, à confidencialidade (somente as partes interessadas e os árbitros têm acesso ao conteúdo do processo), à especialização dos árbitros (eles podem ser técnicos, facilitando na análise da lide), as discussões podem levar em consideração a equidade e, por fim, são menos onerosos se compararmos com processos judiciais que além de serem morosos, grande parte são economicamente menos viáveis.

A constituição de um juízo arbitral pode conter somente um árbitro ou vários. As partes interessadas escolhem os árbitros especializados que irão decidir sobre a lide, considerando que a arbitragem pode ser por um tribunal *ad hoc* (se as partes escolherem árbitros aleatoriamente) ou institucional (quando a entidade arbitral possui uma lista de árbitros fixos, sendo a partir desta que as partes irão escolher os árbitros, como as câmaras de comércio e tribunais arbitrais), respeitando-se os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Com relação ao primeiro tipo, era muito utilizada em processos arbitrais de meados do século XX, no qual a escolha do árbitro se dirigia na figura de um chefe de Estado ou de um soberano. Tal modo apresentava alguns inconvenientes, como a questão da imparcialidade que se exigia do árbitro e a dificuldade de se cobrar do soberano ou do chefe de Estado a obediências ao prazo e às regras.

O instituto da arbitragem na sua face moderna teve início com o Tratado de Jay de 1794 celebrado entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, o qual previa a solução de várias questões jurídicas por comissões mistas. O aumento do interesse pela utilização deste instituto ocorreu após o sucesso da arbitragem “Reclamações de Alabama” de 1872 entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, onde este última teve que pagar 15.500.000 dólares⁹.

A arbitragem normalmente é regulamentada por normas de Direito interno, no entanto, devido ao crescente aumento da importância da mesma e pela busca de um regramento uniforme por parte dos Estados, fenômeno representado pela conclusão do Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitragem (Protocolo de Genebra) de 1923, surgiram diversas convenções e tribunais relacionados a tal mecanismo. Como referência jurídica com

⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público, p.171

⁹ BROWLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

relação a tal tema, temos a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, recomendação de caráter não vinculante elaborada no seio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional(UNCITRAL), conforme explica o professor Paulo Portela¹⁰.

A presença de blocos econômicos e de Tratados ou mesmo Convenções que regulam as diversas relações internacionais fez que surgissem ao longo dos anos diversas instituições internacionais especializadas em arbitragem como a Associação Americana de Arbitragem (AAA), a Câmara Internacional de Comércio (ICC), a Corte Internacional Arbitral de Londres (LCIA) e a Corte Permanente de Arbitragem (PCA).

Com relação aos tratados acerca da arbitragem e que permitem a participação de qualquer Estado são o Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitragem (Protocolo de Genebra) e a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque). Já os tratados que vigoram nas Américas são a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção de Panamá), de 1975, e a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Convenção de Montevideú), de 1979.

No mesmo sentido, tem-se tratados específicos sobre arbitragem no âmbito do MERCOSUL que são o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Acordo de Buenos Aires), de 1998, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), de 1992, Protocolo de Brasília (Sistema de Solução de Controvérsias que vigorará durante o período de transição)¹¹ e o Protocolo de Olivos, de 2002.

3.1 Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (Acordo de Buenos Aires)

Este acordo foi firmado em 1998, sendo que no Brasil só foi ratificado a partir do Decreto 4.719 de 04/06/2003, representando o ponto inicial de solução de lides de contratos comerciais internacionais, realizados entre pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado¹². A arbitragem pode ser de direito ou de equidade, dependendo da vontade das partes. Na ausência de definição do dispositivo, será de direito.

A partir do seu artigo 3º, percebe-se que a condição de membro do bloco econômico MERCOSUL é fator preponderante para a validação e execução do compromisso arbitral, como se percebe:

Art.3º: “(...)

a) a convenção arbitral for celebrada entre pessoas físicas ou jurídicas que, no momento de sua celebração, tenham sua residência habitual ou o centro principal dos negócios, ou a sede, ou sucursais, ou estabelecimentos ou agências, em mais de um Estado Parte do Mercosul;

¹⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado, p580.

¹¹ Protocolo de Brasília. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/protocol1.htm>>. Acessado em: 28/10/2010.

¹² Art. 1º do Acordo de Buenos Aires: “ O presente Acordo tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”.

b) o contrato-base tiver algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com mais de um Estado Parte do Mercosul;

c) as partes não expressarem as suas vontades em contrário e o contrato – base tiver algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com um Estado Parte, sempre que o tribunal tenha a sua sede em um dos Estados Partes do Mercosul;

d) o Contrato-base tiver algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com um Estado Parte e o tribunal arbitral não tiver sua sede em nenhum Estado Parte do Mercosul, sempre que as partes declararem expressamente sua intenção de submeter-se ao presente Acordo;

e) o contrato-base não tiver nenhum contato objetivo – jurídico ou econômico – com um Estado Parte e as partes tenham elegido um tribunal arbitral com sede em um Estado parte do Mercosul, sempre que as partes declararem expressamente sua intenção de submeter-se ao presente acordo¹³.

Embora o novo documento tenha trazido no que tange a solução de controvérsias internacionais efeitos satisfatórios, percebe-se que, atualmente, o Mercosul está enfrentando sérios problemas de cunho econômico, social, político, etc, provocando a ausência de credibilidade, seriedade e conveniência nas relações jurídicas. Acrescenta-se a isso a situação da Argentina, com seu sistema democrático debilitado, suas instituições fragilizadas, advindos de uma crise macroeconômica enfrentada nos tempos de hoje.

Percebe-se pelo o que foi explicitado um estímulo para que os outros países localizados na América do Sul façam parte de tal bloco. Defende-se ainda que a utilização do Acordo de Buenos Aires em controvérsias de natureza comercial internacional acarretaria no estreitamento de laços em âmbito jurídico, político e comercial-internacional. Além do mais, ao fortalecer a posição político-econômico de tal bloco, facilitaria nas relações entre os diversos mercados estrangeiros, além da possibilidade de preponderância de interesses nas relações jurídicas internacionais.

2.2 Protocolo de Olivos de 2002¹⁴

Foi firmado em 18 de fevereiro de 2002 na cidade Argentina de Olivos, como novo Protocolo de Solução de Controvérsias no Mercosul, derogando expressamente o protocolo de Brasília, o qual já previa em sua própria estrutura uma duração temporária¹⁵.

Este protocolo tem como objetivo regular a solução de litígios que venham a aparecer entre os Estados-partes relacionados com a interpretação, aplicação ou o não cumprimento das normas do Mercosul. As partes negociarão os conflitos de interesse, e se por acaso não venham os mesmos a serem solucionados, as demandas dos interessados serão submetidas à consideração do Grupo Mercado Comum. O procedimento arbitral será interposto perante um Tribunal *Ad Hoc*, composto por três árbitros. Da decisão do Tribunal caberá recurso ao Tribunal Permanente de Revisão.

3. Arbitragem no Brasil

¹³ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen e. Direito Internacional Privado – Vade- Mécum, p.520 e 521

¹⁴ Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/protocolo_de_olivos_para_a_soluciao_de_controversias_n_o_MERCOSUL.pdf>. Acessado em: 28/10/2010.

¹⁵ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A Arbitragem no Mercosul. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/13_prof_rodrigo1.pdf>. Acessado em: 27/10/2010.

Apesar de bastante difundida internacionalmente, no Brasil a arbitragem ainda vem sendo pouco utilizada, por sofrer alguma resistência ou mesmo pela falta de informação. No entanto, o instituto se faz presente no ordenamento jurídico pátrio desde as primeiras Constituições, trazido pelos nossos colonizadores.

Se fizermos uma reflexão poderemos notar o quanto a arbitragem influenciou na história do Brasil. O famoso Tratado de Tordesilhas, divisor da América entre Portugal e Espanha foi arbitrado pelo Papa Alexandre VI em 1494. O Decreto baixado em 737 de 1850 já previa a utilização da arbitragem como alternativa viável de solucionar conflitos entre comerciantes. Em 1603 a arbitragem figurava nas Ordenações Filipinas, sendo este o primeiro ordenamento jurídico em que ela estava claramente disposta num formato que permitia inclusive a análise de recurso. Foi a legislação aplicada até a promulgação da Constituição de 1824, que contemplava o instituto, mas com algumas alterações realizadas, como a vedação da possibilidade de recurso. O Decreto baixado em 737 de 1850 já previa a utilização da arbitragem como alternativa viável de solucionar conflitos entre comerciantes e impunha a obrigatoriedade de seu uso em contratos de locação mercantil, situações de naufrágio, questões societárias, etc.

A Questão Christie apresenta-se como um caso clássico de arbitragem na esfera internacional, envolvendo o Brasil e a Inglaterra em 1863, quando em virtude de um incidente diplomático houve o rompimento da relação entre os dois países. Para por termo ao conflito, foi chamado o Rei belga Leopoldo I, país neutro, emitindo Laudo de repercussão internacional e favorável ao Brasil.

No ano de 1866 um dispositivo da Lei 1.350 revogou a compulsoriedade da arbitragem e no ano seguinte o Decreto 3.900 passa a disciplinar a utilização do juízo arbitral para o comércio.

Cita-se como exemplo outra questão histórica dissolvida através da arbitragem ocorreu entre Brasil e Argentina, conhecida como a Questão da Zona de Palmas, datada de 1889/1895. Ambos desejando firmar-se como potencia na América do Sul. A questão foi resolvida pelo arbitramento do presidente dos Estados Unidos, Cleveland, sendo nomeado, para defender os direitos do Brasil, o Barão do Rio Branco. Sua ação determinada levou a uma sentença favorável ao Brasil. De acordo com a decisão tomada, os limites foram estabelecidos pelos rios Pepiri-Guaçu e Santo Antônio. Assim, o Brasil conquistou 35.431 km² de território.

Em 1891, nossa primeira Constituição Republicana apresentou a arbitragem como alternativa válida de dirimir conflitos cujo objeto faz referência às fronteiras, sendo também sugerida como forma de evitar guerras. Um exemplo de sua aplicação positiva deu-se na questão Amapá, protagonizada por Brasil e França, quando esta reivindicou em 1895 o território sob o argumento da ocupação francesa. Escolhido o presidente suíço Walter Hauser, este se posicionou favoravelmente ao Brasil. Nova desavença em 1904 sobre fronteiras também surgiu entre Brasil e Inglaterra, na condição de colonizadora da Guiana Inglesa, que reclamava parte da região do Pirata, como ficou conhecida a querela, afluente do Rio Maú na bacia amazônica. O árbitro selecionado foi o Rei Victor Manuel II da Itália e sua sentença favoreceu à Guiana.

No ano de 1907, Rui Barbosa defendeu a adoção da arbitragem de forma obrigatória para solucionar controvérsias a nível internacional na Conferência da Paz de Haia, incentivando participação semelhante dos outros Estados na Corte de Arbitragem de Haia. Como reflexo de sua difusão, o Código Civil de 1916 trouxe expressa previsão acerca da arbitragem nos artigos 1037 a 1048 como forma de solução de pendências judiciais ou extrajudiciais e em 1939 o CPC consigna sobre o seu uso.

Entretanto, fazia-se necessária a homologação da sentença arbitral por juiz togado que tivesse competência para apreciar a causa levada à justiça privada, o que trazia vários inconvenientes e desestimulava a adoção da arbitragem, de modo que o instituto teve seu objetivo esvaziado.

Na tentativa de revitalizá-lo e implantá-lo de forma mais efetiva, foi promulgada em 1996 a Lei de nº 9307, que dispõe sobre a arbitragem, pretendendo desobstruir o acesso a justiça, facilitar a resolução das questões sobre as quais pode ser aplicada, conferido maior celeridade aos processos dentre outras vantagens próprias do instituto. Imaginou-se que neste momento o instituto entraria em fraco desenvolvimento, expandindo e passando a estar presente de forma mais evidente no trato jurídico do país. Dentre as evoluções sofridas pelo instituto tem-se a desnecessidade de homologação de sentença por juiz togado, poupando as partes de enfrentarem um processo judicial que acarretaria transtornos a ambas.

Todavia, a constitucionalidade da Lei foi questionada no mesmo ano de sua edição, quando posta sob análise do Supremo Tribunal Federal uma decisão arbitral espanhola, que suscitou debates acerca da Lei Brasileira da Arbitragem. Apontava-se especialmente o artigo 7º pela permissão de execução específica da cláusula compromissória. À época, firmaram entenderam os Ministros Sepúlveda, Sidney Sanches, Nery da Silveira e Moreira Alves que o referido artigo violava o art. 5º, XXXV da nossa Carta Maior. Após muitas reviravoltas, em 2001 foi superada a questão, pronunciando-se o STF por maioria de votos e declarando a constitucionalidade da Lei.

Tem-se então a admissão do instituto da arbitragem nacionalmente, encontrando-se inclusive jurisprudência neste sentido¹⁶:

Ementa: PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido.

Neste interregno temporal a arbitragem desenvolveu-se muito no cenário internacional, sendo promovidos Encontros para discutir seu uso, elaborado tratados e convenções de cooperação entre os países com a finalidade de disciplinar a sua adoção. O Brasil assinou o Protocolo de Genebra, em 1923, foi um dos contratantes do Código de Bustamante e signatário, igualmente, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem

¹⁶ Superior Tribunal de Justiça. REsp 606345 / RS ; RECURSO ESPECIAL2003/0205290-5. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicado em: 8/06/2007.

Comercial Internacional (Panamá, 1975) - promulgada, finalmente, no Brasil, para ser executada e cumprida, em 9.5.1996 (DOU, de 10.5.1996) ¹⁷.

Mais recentemente, o Brasil aderiu à Convenção de Nova York de 1958, ratificando-a em 2002, ato que se configurou como o marco formal para a aceitação e utilização da arbitragem internacional.

Acompanhando a evolução, no ano de 2003 há a promulgação do Acordo sobre Arbitragem Comercial no Mercosul. Em 04 de junho, por meio do Decreto-Legislativo nº 4.719, Brasil promulga o Acordo com Argentina, Paraguai e Uruguai em que elegem a arbitragem como um dos métodos alternativos para a solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais celebrados entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Destacam-se assim os esforços e a atuação de centros internacionais e associações privadas para a elaboração de estudos e propostas com o fim de harmonizar as normas aplicáveis aos contratos internacionais e à arbitragem. Fica então comprovada sem margem para dúvidas a utilidade e o êxito da arbitragem, que mostra-se cada vez mais com uma alternativa válida e segura para dirimir litígios, merecendo o instituto crédito e fomento para desenvolver-se e aprimorar-se, de modo que sua adoção só tende a crescer.

4. Casos Práticos Envolvendo a Arbitragem

Resta demonstrado o êxito da arbitragem a partir de várias circunstâncias na qual seu uso provou ser acertado. O Brasil já participou em várias situações como árbitro entre outros países como nos casos: 1) questão do Alabama, entre os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha, resultante de fatos ocorridos durante a guerra de secessão americana; 2) reclamações mútuas franco-americanas, por danos causados pelas autoridades civis ou militares dos Estados Unidos da América e da França, quer durante a guerra de secessão, quer durante a expedição do México, a guerra franco-prussiana, de 1870, e a Comuna; 3) reclamações da França, Itália, Grã-Bretanha, Alemanha etc., contra o Chile, por danos sofridos por nacionais dos países reclamantes, como consequência de operações de guerra na Bolívia e no Peru ¹⁸.

A nação brasileira também já buscou a arbitragem com o objetivo de solucionar conflitos como: 1) controvérsias entre o Brasil e a Grã-Bretanha, a propósito da prisão, no Rio de Janeiro, de oficiais da fragata inglesa “Forte”; 2) questão entre o Brasil e os Estados Unidos da América, relativa ao naufrágio da galera americana “Canadá”, nos recifes das Garças, nas costas do Rio Grande do Norte; 3) Reclamação da Suécia e da Noruega, por motivo do abalroamento da barca norueguesa “Queen”, pelo monitor brasileiro Pará, no porto de Assunção; 4) reclamação apresentada pela Grã-Bretanha, em nome do Lord Cochrane, Conde de Dundonald para o pagamento de serviços prestados pelo pai do referido Lord (Almirante Cochrane) à causa da independência do Brasil; 6) reclamações brasileiro-peruanas, resultantes de fatos ocorridos no Alto Juruá e no Alto Purus ¹⁹.

¹⁷

PAIVA, Michelle Segecs de. **A Arbitragem no Direito Internacional Privado. Disponível em:** <<http://www.monografias.br/brasilecola.com/direito/a-arbitragem-no-direito-interacional-privado.htm>>. Acessado em: 27 de outubro de 2010.

¹⁸ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de Direito Internacional Público, p.451.

¹⁹ *Ibidem*

Com relação à utilização do Acordo de Buenos Aires nos países pertencentes ao Mercosul como mecanismo de solução de lides, temos como exemplos: 1) demanda proposta pela Argentina em face do Brasil em um Tribunal *Ad Hoc*, por este último país aplicar medidas restritivas de acesso ao mercado. Devido ao acolhimento parcial da demanda, o Brasil teve que modificar as regulamentações para as importações provenientes do Mercosul; 2) demanda proposta pelo Governo Uruguaio em face do Argentino em um Tribunal *Ad Hoc*, por este último país restringir o acesso ao mercado argentino de bicicletas de origem uruguaia. Ficou decidido que a Argentina deve permitir o livre acesso de bicicletas exportadas que tenham certificado de origem do Mercosul²⁰.

Um caso concreto em que se utilizou o Protocolo de Olivos foi de uma demanda proposta pelo Uruguai em face da Argentina, por esta última proibir a importação de pneumáticos remoldados de procedência uruguaia. Foi o primeiro caso em que o Tribunal se deparou para analisar a proporcionalidade de uma medida compensatória aplicada diante de um descumprimento de um laudo por ele mesmo elaborado. O tribunal chegou a conclusão que devem ser levados em os interesses sociais, jurídicos e políticos como instrumentos de interpretação; assinala também a importância da utilização do método teleológico na interpretação do laudo. Finalmente, o Tribunal destaca que o não cumprimento de um laudo que perdura no tempo, pode em alguns casos ter um efeito contagioso sobre os Estados-partes, sendo o prejuízo de uma potencialidade considerável, podendo acarretar até o comprometimento das bases do processo de integração²¹.

Conclusão

Conclui-se que as noções antigas relativas à soberania, marcadas pelo intervencionismo externo do Estado, acabam por prejudicar na criação de organismos jurisdicionais que seriam capazes de influenciar de alguma maneira nas relações internacionais. Pragmaticamente nota-se que a quantidade de cortes internacionais ainda é pequena, além de algumas terem seus poderes e áreas de atuação limitados.

Com relação ao Brasil, a prática destaca que a utilização da arbitragem como mecanismo de solução pacífica de litígios tem facilitado a obtenção de direitos demandados pelas partes de uma maneira satisfatória, embora represente uma pequena parcela das lides.

Estimula-se a utilização do Acordo de Buenos Aires pelos países que fazem parte do Mercosul como um mecanismo de resolução de conflitos de interesses entre os Estados de lides de natureza comercial-internacional. Além do mais, servirá como meio de atração para que outras nações localizadas na América do Sul sejam signatárias de tal bloco econômico, acarretando no estreitamento de laços em âmbito jurídico, político e comercial-internacional. Acrescente-se ainda que o fortalecimento da posição político-econômico de tal bloco, facilitaria nas relações entre os diversos mercados estrangeiros, além da possibilidade de preponderância de interesses nas relações jurídicas internacionais.

A criação de um Tribunal Permanente provocaria o fortalecimento da estrutura institucional do Mercado Comum do Sul, acarretando numa aplicação uniforme das normas do Mercosul.

²⁰ Casos dos Tribunais do Mercosul. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Casos_dos_Tribunais_do_Mercosul>. Acessado em: 27/10/2010.

²¹ Tendências e Interpretações dos laudos do Mercosul. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tend%C3%Aancias_e_Interpreta%C3%A7%C3%B5es_dos_laudos_do_Mercosul>. Acessado em: 28/10/2010.

Espera-se por parte dos Estados-partes interesse na efetivação das leis probatórias referentes ao novo Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul e que este bloco econômico continue sendo o objetivo primordial dentro das respectivas políticas exteriores dos países sócios, a fim de que se tenha um mercado mais estável e regularizado.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de Direito Internacional Público**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARUFFI, Ana Cristina; FONTES FILHO, Carlos Eurico e. **ARBITRAGEM E O MERCOSUL: Uma comparação da aplicabilidade do Instituto**. Disponível em: <http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/15/artigos/11.pdf>. Acessado em: 27/10/2010.

BROWLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Atlas, 2002.

CALMON, Eliana. **A Arbitragem Internacional**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/292/284>>. Acessado em: 25/10/2010.

Casos dos Tribunais do Mercosul. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Casos_dos_Tribunais_do_Mercosul>. Acessado em: 27/10/2010.

Conciliar Brasil – Centro de Mediação e Conciliação e Arbitragem. Breve Cronograma Histórico da Arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.conciliarbrasil.com.br/faq.php>>. Acessado em: 27/10/2010.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen e. **Direito Internacional Privado – Vade-Mécum**. 2ª ed. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2002.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias**. Disponível em : <<http://www.buscalegis.ccj.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22337/219>> Acessado em: 25/10/2010.

LEITE, Francisco Tarciso. **Arbitragem, Mediação e Conciliação no Direito Patrimonial Brasileiro: Instrumentos Jurídicos para a solução de conflitos na sociedade brasileira contemporânea. Lei 9.307 de 23/9/1996**. Fortaleza, Universidade de Fortaleza, 2008

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Arbitragem no Mercosul**. Disponível em: <http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/prof/13_prof_rodrigo1.pdf>. Acessado em: 27/10/2010.

OPORTO, Silvia Fazzinga; VASCONCELOS, Fernando e. **Arbitragem Comercial Internacional**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>>. Acessado em: 26/10/2010.

PAIVA, Michelle Segecs de. **A arbitragem no Direito Internacional Privado**. Disponível em: <<http://www.monografias.brasilecola.com/direito/a-arbitragem-no-direito-interacional-privado.htm>>. Acessado em: 25/10/2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 2ª ed. Editora Jus Podivm, 2010.

Protocolo de Brasília. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/protocol1.htm>>. Acessado em: 28/10/2010.

Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/site/pdf/legislacao/tratados/protocolo_de_olivos_para_a_solucao_de_controversias_no_MERCOSUL.pdf>. Acessado em: 28/10/2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo.** 9ª Ed. São Paulo: Atlas 2007.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público.** Volume 1. São Paulo: Atlas, 2002.

Tendências e Interpretações dos laudos do Mercosul. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tend%C3%Aancias_e_Interpreta%C3%A7%C3%B5es_dos_laudos_do_Mercosul>. Acessado em: 28/10/2010.

Tribunal de Justiça Arbitral Mercosul. Disponível em: <<http://www.tjammercrosul.org/tjam/>>. Acessado em: 27/10/2010.

3. Administrações Transitórias Civis das Nações Unidas

United Nation's Civil Transitory Administration

Ana Flávia Magalhães Gualberto²²

Resumo

O trabalho consiste numa reflexão a cerca das administrações transitórias civis exercidas pela Organização das Nações Unidas, um instituto que de alguma forma sempre esteve presente na história da ONU, mas encontrou seu marco com os casos de Kosovo e do Timor Leste. Para atingir tal propósito é feita uma análise histórica das competências territoriais exercida pela ONU, caracterizada pelo Regime de Mandato, o de Tutela e a Administração de Territórios não Autônomos, culminando na análise do instituto em questão e seus exemplos característicos, a UNMIK no Kosovo e a UNAMET, no Timor Leste. Finalizando com apreciação da questão da autorização das administrações nos termos da Carta das Nações Unidas e a observação dos padrões de direitos humanos nas administrações da ONU.

Palavras-chave: Administrações; transitórias, Nações Unidas.

Abstract

This paper consist in to a reflection about the civil transitory administration done by the United Nations, an institute that somehow always has been present in UN history, but found its ground with the Kosovo and East Timor cases. To reach such proposal it is done a historical analysis of the territorial competency done by UN, characterized by the Mandate, Tutelage and Administration territorial regimes, culminating on the analysis if the institute under sight and its main examples, the UNMIK in Kosovo and the UNAMET, on East Timor. Ending with the appreciation of the issue of the authorization of the administration on the terms of the UN Treaty and the observation of the standards of the Human Rights in the UN administration.

Keywords: Administration; transitory; United Nations.

Introdução

O presente trabalho objetiva fazer uma análise das administrações transitórias civis das Nações Unidas, inicialmente discorrendo sobre a evolução do exercício controlado de competências territoriais pelas Nações Unidas. Com análise do Regime de Mandato, o de Tutela e o caso da administração de territórios não autônomos, com o propósito de mostrar uma breve evolução desse exercício de administração de territórios que culminaram no presente instituto.

Em seguida é desenvolvida uma identificação rigorosa do que é uma administração transitória, seus requisitos e pressupostos, com a avaliação dos dois casos mais significantes: são modelos de grande escala do controle governamental das Nações Unidas a UNMIK, Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo e a UNAMET, Missão de Assistência das Nações Unidas em Timor Leste.

O relatório tem continuidade com a esfera da legitimidade do instituto, da sua autorização nos termos da Carta das Nações Unidas, com análise aprofundada da doutrina sobre os possíveis dispositivos da Carta que acolheria as administrações transitórias civis das nações unidas, e as diversas teorias existentes a cerca do assunto. Finaliza-se com a

²² Mestranda em Ciências Jurídicas Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos-MG.

ponderação sobre o respeito dos padrões internacionais de direitos humanos pelas missões de administração da ONU, e até que ponto as preocupações com a paz e segurança internacional prevalecem sobre a proteção dos direitos humanos. Será realizada uma análise pormenorizada desse novo modelo de competência territorial exercido pelo ONU que recebe da doutrina diversas qualificações numa tentativa de enquadrar esse instituto recente e repleto de nuances.

I. Do Exercício Controlado De Competências Territoriais Pelas Nações Unidas

1.1 Regime de Mandato

O regime de mandato teve como contexto histórico o fim da Primeira Guerra Mundial, para solucionar a problemática de jurisdição sobre as colônias retiradas da Alemanha, e dos territórios separados do Império Otomano. A sua previsão estava no artigo 22 do extinto Pacto da Sociedade das Nações, e foi criada como um compromisso entre a independência imediata e a retorno das colônias (QUADROS, 2009, p. 462). Contudo Yannis (2002, p. 1037) explicita que o sistema de mandato não foi o resultado da apreciação legal da capacidade de um Estado de se autogovernar, mas repousava sobre o poder de disposição das nações vencedoras, foi o reflexo da realidade política da época.

O regime consistia na seleção pela comunidade internacional, de nações que recebiam a concessão de um mandato para governar, em nome da Liga das Nações, territórios selecionados. Existiam três tipos de mandatos A, B e C, que eram estabelecidos de acordo com “desenvolvimento político do território ou proximidade da autodeterminação e independência, da situação geográfica do território, das suas condições econômicas e quaisquer outras circunstâncias análogas” (artigo 22 do Pacto da Liga das Nações). O seu objetivo era a administração destes territórios por nações com melhores condições para exercer essa função até que os mesmos estivessem habilitados a autogovernarem (FERRO, 2005, p. 43).

O mandatário deveria governar os territórios como se fossem partes integrantes do seu próprio território, enviando relatórios analisados por uma Comissão Permanente de Mandatos, composta por peritos. Os administradores estavam subjugados a uma série de condições previstas no Pacto. Entretanto o regime não alcançou seus objetivos, sendo que somente os Estados com Mandatos do tipo A se tornaram independentes, enquanto os outros territórios receberam o mesmo tratamento da era colonial tradicionais. Após a extinção da Sociedade das Nações, os mandatos ainda em vigor foram transformados em tutelas (GORDON, 2010).

1.2 Regime de Tutela

O regime de tutela substituiu o regime de mandato, previsto no Capítulo XII da Carta das Nações Unidas, foi um aprimoramento, pois, define melhor os seus objetivos e limita os poderes de administração, que deveria oferecer condições para que os tutelados atinjam a sua independência (DINH, 2003, p. 502). A decisão política de nomear um Estado para ser tutelado é reservada exclusivamente ao Conselho de Segurança.

Este regime teve grande importância na época, pois as administrações deveriam ser exercidas de modo a garantir um progresso político, social, econômico e educacional, visando o interesse dos povos, o que representou uma nova tendência na comunidade mundial, estabelecendo normas e padrões internacionais. A função de supervisionar e colaborar com a

autoridade administrante cabia ao Conselho de Tutela, órgão da Organização das Nações Unidas. Um acordo previa os termos do regime, com as condições e autoridade administradora, e ao contrário do regime de mandato, podia ser administrado por múltiplos Estados e até mesmo pelas Nações Unidas, apesar desta nunca ter exercido diretamente nenhuma tutela (QUADROS, 2009, p. 503). Esse regime foi resultado da Primeira e Segunda Guerra Mundial com o conseqüente poder de disposição que os poderes vitoriosos adquiriram sob os vencidos.

O regime de mandato na época da Liga das Nações, e o regime de tutela nas Nações Unidas, foram ambos criados com o objetivo do bem estar e desenvolvimento das populações de territórios não-autônomos, com o corolário do princípio do direito à autodeterminação dos povos, através de uma supervisão da comunidade internacional e do “não anexamento” dos territórios. A dominação estrangeira constituía uma violação dos direitos fundamentais do homem. O raciocínio na época era que a “falta de desenvolvimento, político, econômico, social ou educacional nunca poderia ser usado como pretexto para adiar a independência do território” (TRINDADE, 2006, p. 120).

Yannis (2002, p. 1041) usa o termo de “soberania em suspenso” para caracterizar ambos sistemas, que estabeleceram novos padrões de relações legais entre a população local e o governo que os representavam internacionalmente. O traço principal desses regimes era que o mandatário era obrigado a administrar o território em benefício do povo e os seus atos eram sujeitos a supervisão internacional.

1.3 Territórios não Autônomos

O exercício das competências dos Estados nas suas colônias não estava submetido a qualquer controle internacional, até a criação do capítulo XI da Carta, na tentativa de um compromisso entre as teses anticolonialistas e os defensores do Império colonial. Foram definidos os objetivos da administração, e estabelecidos processos de exame do comportamento dos Estados colonizadores. As potências teriam como missão sagrada assegurar o progresso político, econômico e social das populações desse território e desenvolver a capacidade de administrarem a si próprias. Entretanto os Estados não haviam renunciado de modo algum as suas competências territoriais sobre esses territórios, nem mesmo aceitos um controle ou partilha do seu exercício, dessa maneira a Assembléia Geral decidiu impor a descolonização (DINH, 2003, p. 503).

2. Administrações Transitórias Civas Das Nações Unidas

A ação do Conselho de Segurança vem sido caracterizada pela reação e improvisação, e um dos resultados dessa conduta são as administrações transitórias civis das Nações Unidas. Um desenvolvimento recente no território do direito internacional.

Os órgãos das Nações Unidas desde sua criação enfrentaram situações onde assumiriam funções de administração, no entanto, de acordo com grande parte da doutrina a Carta das Nações Unidas não prevê um poder de administração de territórios, tal poder não está previsto no artigo 78 do regime de tutela nem em qualquer outra parte da Carta (ALVAREZ, 2005, p. 191), neste âmbito, como em muitas outras áreas das ações do Conselho de Segurança, a prática tem levado a teoria. Na elaboração da Carta essa possibilidade foi contemplada, mas

acabou não sendo incluída, já que era considerada como um poder implícito. Contudo a maneira na qual esse poder vem sendo exercido, se distancia substancialmente da sua concepção na elaboração da Carta (CHESTERMAN, 2004, p. 48).

A doutrina se divide na conceituação das administrações transitórias. Na definição de Monica Ferro (2005, p. 57). “As operações de administração transitória, ou como tem sido popularizadas, operações de construção de estados, ‘state building’, são operações de consolidação/construção de paz, ‘peace building’. Trata – se de uma situação atípica, nas quais as Nações Unidas (primeira, mas não exclusivamente) desempenha algumas ou todas as competências soberanas, numa base temporária (transitória), com fins específicos, enquanto trabalha com líderes políticos e da sociedade civil locais para desenvolver as instituições de governo, tendo a democratização e o desenvolvimento sustentável como meta final, preparando-as para o exercício de uma boa governança”

Contudo Chesterman (2001, p. 1) considera que o termo state-building, construção de Estados, se refere ao envolvimento extensivo da comunidade internacional que vai além das operações tradicionais de manutenção de paz e reconstrução da paz. A missão assume alguns ou todos os poderes soberanos do território temporariamente, sendo direcionada ao desenvolvimento de instituições do governo.

O Brahimi Report on UN Peace Operations discorre sobre o instituto, afirmando que essas operações são únicas, pela sua grandeza “nenhum outro tipo de operação tem que estabelecer e aplicar a lei, determinar e recolher impostos singulares e coletivos, atrair o investimento estrangeiro, resolver os diferendos quanto á posse e as indenizações pelos danos de guerra, reconstruir e fazer funcionar todos os serviços públicos, criarem um sistema bancário, administrar escolas e pagar aos professores, recolher o lixo- numa sociedade destruída pela guerra, recorrendo a contribuições voluntárias, pois o orçamento atribuído à missão, mesmo nas administrações transitórias, não financia a administração local. Além dessas tarefas estas missões devem tentar reconstruir uma sociedade civil e promover o respeito pelos direitos humanos, em lugares onde o ódio é generalizado e os rancores profundos”. Mas também se questiona a legitimidade das Nações Unidas de realizar este tipo de operação, e se essa deveria ser considerada como uma operação de paz ou se outro tipo de estrutura deveria assumir essa função. Contudo concluiu que certamente novas missões serão estabelecidas no futuro devido a circunstancias imperativas.

As administrações transitórias também seria um caso de soberania em suspenso que demanda duas abordagens: a primeira de que seria um caso idêntico aos regimes de mandato e tutela, onde a soberania não é mais um conceito legal aplicável ao território em questão. A segunda seria que a magnitude da transferência de autoridade em si, para um órgão da ONU, agindo sobre a autoridade do CS, resulta na emergência do conceito de “soberania suspensa”, ou seja, uma delegação de soberania, visto como necessário para restaurar a soberania popular. Uma ultima reflexão seria que o conceito legal de soberania nunca foi absoluto, e sendo essa submetida ao direito internacional, um acordo internacional que transfere poder para uma espécie de administração internacional deve ser visto como o funcionamento normal do direito internacional definindo normas que introduzam limitações ao exercício dos direitos de soberania, assim como a maioria dos acordos internacionais (YANNIS, 2002, p. 1045).

Conclui-se que as administrações civis transitórias, cuja doutrina nomeia de forma variada, deve ser vista como um processo de múltiplos estágios, que pode requerer formas diferentes e participação internacional diversas no decorrer de uma missão. Não existe um modelo único, existe a elaboração de respostas por parte da ONU diante de casos concretos.

3. Casos Práticos De Administrações Transitórias Da ONU

3.1 UNMIK- Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo

Em 10 de junho de 1999, a OTAN e a Iugoslávia chegaram a um acordo, que resultou na Resolução 1244 do Conselho de Segurança criando a UNMIK, Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo. Apesar da determinação de que o Kosovo se mantivesse como parte da Iugoslávia, na prática essa detinha pouco autoridade no território. As forças da Iugoslávia tiveram que se retirar do território; substituídas por uma presença de segurança internacional, além de a administração civil ser delegada a uma presença internacional da missão do CS, o que consistia na autoridade legislativa, executiva e também a administração do judiciário (WET, Erika de; 2004, p. 291-340.). O poder era tão amplo que o Representante Especial poderia mudar, revogar ou suspender leis nacionais desde que sejam incompatíveis com o mandato, objetivos e propósitos da UNMIK. Os mandatos civis e o militar foram autorizados por um período de tempo ilimitado.

O Representante Especial do Secretário Geral (RESG) deveria facilitar o processo político para determinar o futuro estatuto do Kosovo. A Resolução fala de uma autonomia substancial sem definir o conceito, ficando a cargo de cada Administrador os limites dos poderes exercidos (RIBEIRO, Manuel A. e FERRO, Monica, 2004, p. 196.). Conseqüentemente não foi obedecido um dos pilares das missões das Nações Unidas, que é a necessidade de um mandato claro e exequível. No entanto a Resolução previa a redução do poder do RESG no decorrer do tempo com a transferência progressiva do poder para as autoridades locais para o autogoverno, uma ilustração foi a transferência de parte do poder legislativo, excetuando áreas chaves como manutenção da lei e ordem, para a Assembléia do Kosovo, na esfera da economia, cultura, saúde, meio ambiente, transporte e agricultura.

Medidas foram tomadas com intuito de criar funções parlamentares e governamentais além da administração em si, logo a missão estabeleceu a JIAS (Estrutura Administrativa Interina Conjunta), onde houve uma maior inclusão da população, e dos grupos minoritários, com um papel consultivo. O RESG também instituiu o Conselho Administrativo Provisório, com o poder de iniciar regulamentos e promulgar orientações de política para aplicação da lei pela UNMIK. (RUFFERT, Matthias, p. 624.).

É vasto e abrangente em níveis normativos e operacionais, indo além das missões de paz do passado, a UNMIK estava particularmente engajada em construir uma administração pública funcional para questões civis, e assumir sucessivas atividades administrativas e legislativas. Representou uma mudança significativa nas administrações da ONU, conjuntamente com a missão do Timor Leste, que será analisado a seguir, foi desenvolvido o modelo adotado nos dias de hoje.

4. UNAMET, Missão de Assistência das Nações Unidas em Timor Leste

A relação da ONU com o Timor Leste teve início com a anexação da colônia portuguesa pela Indonésia, a qual nunca foi reconhecida pela comunidade internacional. A independência do Timor só foi possível através dos acordos de 5 de maio, no âmbito da ONU, entre Portugal e a República da Indonésia, que previa a realização de uma consulta popular, a cerca de uma proposta de autonomia especial do território. Esses acordos reconheceram de vez Portugal como potência administrante de Timor (ESCARAMEIA, Paula V. C.; 2001, p 71-72).

Primeiramente foi estabelecido a UNAMET, Missão de Assistência das Nações Unidas em Timor Leste, que deveria preparar a população para uma consulta popular para decidir se o território seria incorporado a República da Indonésia com um grau de autonomia especial, ou se iria se tornar independente. Com uma votação de 78.5 % decidiu-se pela independência, e após o resultado a violência se instaurou no Estado o que culminou na autorização das Nações Unidas de uma força internacional de intervenção, a INTERFET para a restauração da paz (SOREL, Jean-Marc ; 2001 p. 48-60). Foi nesse contexto de colapso do Estado que a ONU interferiu de forma ativa.

Baseado no capítulo VII da Carta das Nações Unidas, foi criada a UNTAET, Administração Transitória das Nações Unidas em Timor Leste, através da Resolução 1272 de 25 de outubro de 1999, aprovada por unanimidade pelo Conselho de Segurança. A missão era responsável pela administração do território até que o mesmo esteja estável o suficiente para se tornar completamente independente, sendo que o administrador transitório tinha o poder para exercer toda autoridade legislativa, executiva e judiciária. Ao mesmo tempo a UNTAET tinha diversas outras incumbências como garantir a segurança, manter a lei e a ordem, auxiliar no desenvolvimento de uma função pública e de serviços sociais, garantir assistência humanitária, capacitar para o exercício do autogoverno, e auxiliar as condições para um desenvolvimento sustentável. Enfim, uma missão política, econômica e social, cuja extensão alcance do mandato e o leque de responsabilidade, segundo Gorjão (2004, p. 1043-1067, p. 1044), não encontra qualquer precedentes nas missões de paz anteriores, pela primeira vez a ONU tinha o controle soberano de um território. As Nações Unidas foram encarregadas de construir um Estado, e não somente restaurá-lo (MIRANDA, Jorge; 2000 p. 111-155, p. 118.). A missão foi influenciada pela experiência da UNMIK no Kosovo, de fato a UNTAET foi uma adaptação da missão do Kosovo à realidade de Timor Leste.

O dia 20 de maio de 2002 marcou a independência do Timor Leste, e a missão foi substituída pela UNMISSET- Missão das Nações Unidas de Apoio ao Timor Leste, que ficou até maio de 2004, com contingente reduzido, prestando apoio aos projetos em vias de realização. Em 2005 o Conselho de Segurança através da Resolução 1599 estabeleceu o Escritório das Nações Unidas em Timor Leste (UNOTIL), encarregado de monitorar e dar suporte ao desenvolvimento de instituições, a polícia, o Controle da Fronteira, governo democrático e os direitos humanos (RIBEIRO, Manuel A.; FERRO; Monica, p. 201.).

A independência não significou que a UNTAET tenha desempenhado plenamente a sua função, conforme Gorjão (2004, p. 1055) muito mais poderia ser feito especialmente em relação ao desenvolvimento de serviços civis e sociais, a capacitação para o autogoverno, a criação de condições para o desenvolvimento sustentável, e o objetivo de trazer justiça às

violações de direitos humanos. O próprio Sergio Vieira, administrador do Timor Leste, reconheceu a falha da missão de concluir as tarefas. Contudo cabe ressaltar as enormes dificuldades da missão, tanto em relação a sua dimensão, logística como a limitação orçamentária.

Yannis (2002, p. 1048) reflete que aparentemente no caso do Timor Leste toda a soberania foi removida, a ONU era realmente a única autoridade no território, entretanto a suspensão da soberania não significa que a ONU era soberana no Timor Leste, e era evidente que quando essa situação atípica findasse o Estado independente a reassumiria. Afinal de contas a soberania, para ser compatível com o princípio da autodeterminação dos povos, implica que a governança deve ser exercida em benefício dos povos locais e a ONU governa também em benefício da comunidade internacional, em concordância com a Carta da ONU, logo não se pode dizer que a ONU se transformou no poder soberano.

A grande abrangência e profundidade dos mandatos tanto da UNTAET, como o da UNMIK dotados de poderes executivos, legislativo e judiciário, parece ter aberto um novo capítulo na história das Nações Unidas, mesmo que as expectativas tenham sido em parte frustradas, o papel dessas administrações foram de uma importância inquestionável e consideradas um marco nas operações das Nações Unidas relativas ao Capítulo 7 (RIBEIRO, Manuel A. e FERRO, Monica, 2004, p. 179.). Ambas as administrações representaram uma mudança no foco da proteção dos povos e suas necessidades básicas e aspirações. E demonstrou que é o povo que determina o destino de seu território, e a comunidade internacional pode intervir, para dar o devido suporte. São exemplos do novo direito internacional para a humanidade.

Este amplo compromisso da ONU no processo de reconstrução de estados e democratização é o resultado da mudança da arquitetura da segurança no pós Guerra fria, caracterizadas pelo crescente uso de poderes do cap. 7 e a invenção de diversas novas formas de aplicação das medidas do artigo 41(STAHN, Carsten; 2001, p. 105-183, p. 179.).

Outrora a internacionalização era aplicada a territórios com importância estratégica especial, o objetivo foi trocado, a internacionalização não é mais usada para preservar interesses de Estados, como poder de balança entre Estados, ou a distribuição de recursos naturais, mas é usada como instrumento para servir aos interesses e necessidades de uma população de um território, principalmente a reconstrução e aplicação dos direitos humanos. Internacionalização é levada a cabo em nome da comunidade internacional como um todo.

5. Autorização das Administrações nos Termos da Carta das Nações Unidas

Desde a década de 60 a ONU tem desempenhado funções de administração, sem que para isso houvesse um mandato institucional claro e meio de intervenção adequados para tal fim. Contudo esse instituto passou por um desenvolvimento até chegar ao modelo atual, junto com a UNMIK, a UNTAET não encontra precedentes na história das operações de paz da ONU, considerando o escopo das responsabilidades e amplitude do mandato de tais missões (BOTHE, Michael; 2002 p. 680).

A maior controvérsia a ser levantada sobre esse assunto é a legitimidade das Nações Unidas para desempenhar esse papel, já que este instituto não está expressamente previsto na

Carta. Um dos primeiros opositores foi H. Kelsen (apud STAHN, Carsten; 2002, p. 125) que acreditava numa interpretação limitada dos poderes previstos na Carta das Nações Unidas, dizendo que a Nações Unidas não era autorizada a exercer soberania sobre um território, que não fosse o caso do regime de tutela.

Chesterman (2004, p. 55) acredita não haver qualquer dúvida da existência do poder do CS de administrar territórios temporariamente, poder esse que pode ser delegado ao Secretário Geral. Inicialmente houve alguma contestação por parte dos Estados Membros, todavia os últimos acontecimentos demonstram a aceitação desse instituto por parte da comunidade internacional. Contudo a ONU não possui capacidade institucional, e cada operação tem seu sucesso determinado pela competência das organizações locais e as agências da ONU envolvidas.

Houve divergências dentro do Conselho na época da criação do “Permanent Statute for the Free Territory of Trieste”²³, quando o Secretário-Geral asseverou que as expressões “principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais” juntamente com a frase “Conselho de Segurança aja em nome deles” do artigo 24²⁴, confere ao CS poderes de grande amplitude para cumprir seus propósitos. A segunda contestação ocorreu no caso da Namíbia, alguns acreditavam que o Conselho não tinha a autoridade para agir como órgão supremo de governança de um território. A Corte Internacional de Justiça, no seu parecer consultivo, reafirmou os amplos poderes que o artigo 24 delegava ao CS (STAHN, Carsten; 2001, p. 137).

Escaraméia (2001, p. 75) observa que podemos encontrar fundamento legal na técnica jurídica interpretativa, a Carta atribuiu ao CS no seu artigo 24 a responsabilidade de manutenção da paz e segurança internacional, e nos tempos atuais tem sido realizada uma interpretação extensiva desse artigo, ao englobar outros aspectos como essenciais para que essa função seja cumprida, o que acabou por resultar no crescimento das funções do Conselho de Segurança. O caso Timor reflete um Conselho revitalizado, que adota resoluções não somente relacionadas à segurança mundial, mas também questões de caráter socioeconômico e jurídico. As administrações civis transitórias das Nações Unidas vêm sendo enquadradas como operações de manutenção da paz e da segurança internacionais e da promoção da autodeterminação dos povos.

Existem várias teorias e de acordo com Krisch Frowein (2002, p. 743) o artigo 41 da carta das Nações Unidas, legitima as administrações civis transitórias enquadrando-as como uma das possíveis medidas atípicas para a manutenção da paz. Porém como o uso da força faz parte do mandato, essas operações também podem ser enquadradas no artigo 42 da Carta. O

²³ Os órgãos das Nações Unidas desde sua criação enfrentaram situações onde assumiriam funções de administração, foi o caso de Trieste (1947) que através de um acordo de paz entre aliados e a Itália, a área seria colocado sobre administração internacional, contudo a expectativa foi frustrada pela incapacidade do CS de nomear um governador.

²⁴ ARTIGO 24 - 1. A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles.

uso do Capítulo VII viabilizou grande liberdade na criação da administração, além de torná-la menos vulnerável a objeções futuras. Entretanto importante ressaltar que apesar de não se tratar de um caso de território sobre tutela, podemos utilizar por analogia e como modelo os seus artigos 76 e 83, que visam um balanço entre o objetivo de manutenção da paz e a proteção da população que vive em áreas estratégicas.

Entretanto não podemos negar que as Nações Unidas têm a legitimidade de administrar um território quando o consentimento é advindo da autoridade que governa não podendo ser invocado afinal o direito de descartar sua soberania é um ato legítimo soberano (STAHN, Carsten; 2001, p. 138) Até mesmo sem o consentimento do Estado é possível intervir dessa forma na soberania nacional de acordo com o artigo 2, parágrafo 7 que prevê a violação da jurisdição doméstica de um Estado, contra a sua vontade, no caso de se enquadrar em uma situação do Capítulo VII. Yannis (2002, p. 1050) constata que através de seus poderes do Capítulo VII de manutenção de paz e segurança internacional, a Carta confia ao CS o poder de recorrer a todas as medidas necessárias para manter ou restaurar a paz, e com esse propósito o Conselho tem legitimidade para declarar a soberania de Estados suspensa.

Uma base alternativa para autorização de tais administrações pode ser fundamentada pelo poderes implícitos ou costumeiros dos órgãos das Nações Unidas. Esses poderes já haviam sido reconhecidos no parecer consultivo de 1949, caso “Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations”²⁵ que reconhecia que para que as organizações internacionais possam cumprir as suas funções efetivamente, com o mundo em constante transformação, seus poderes não podem ser limitados àqueles que lhe foram atribuídos no momento de sua criação. De acordo com essa doutrina são conferidas às organizações esses poderes por ser essencial para o desempenho de suas funções, são os poderes implícitos, uma tradução de seus poderes existentes adaptados as presentes circunstâncias. Além desses, a organização também possui poderes costumeiros, quando os poderes são consentidos através da sua aceitação na prática. Esses poderes são reconhecidos como novos poderes pós datados da criação da organização (WET, Eika de; 2004, p. 302).

Pode-se perceber que vários dispositivos da Carta das Nações Unidas podem ser utilizados para justificar o estabelecimento das Administrações Transitórias Cíveis, em especial o capítulo VII legitima o Conselho a tomar todas as medidas necessárias para que a paz e a segurança internacional seja mantida e preservada, o que englobaria também as administrações, desenvolvidas em caráter atípico para situações emergenciais.

6. Observação dos Padrões de Direitos Humanos nas Administrações da ONU

Em um Estado democrático de direito a imunidade de função é conferida aos indivíduos, porém em Kosovo a imunidade foi conferida a instituição da UNMIK, logo não pode ser proposta uma ação diretamente contra si em um tribunal, e o resultado é a ausência de remédios judiciais contra as ações tomadas pela missão. E somente a figura do Ombudsman²⁶ pode fornecer algum tipo de revisão. Na teoria também existia a possibilidade

²⁵ Parecer Consultivo Corte Internacional de Justiça Relatório 1949.

²⁶ Ombudsman é uma palavra sueca que significa representante do cidadão. Designa, nos países escandinavos, o ouvidor-geral -função pública criada para canalizar problemas e reclamações da população

de uma reclamação ser direcionada ao Conselho de Segurança através de um relatório, mas na prática tais relatórios eram escritos pela missão no campo (CHESTERMAN, Simon; 2001, p. 11). Também no caso da UNTAET várias medidas constitucionais foram elaboradas, sem, no entanto criarem mecanismos adequados de controle da legalidade de suas ações (STAHN, Carsten; 2001, p. 157). Isso se torna difícil de justificar se levarmos em consideração que o ONU prevê na sua carta em seu artigo 1 “cooperação internacional e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos”.

Os administradores não podem ter imunidade absoluta relacionadas às suas atividades durante a missão, já que agem como parte integrante da ordem nacional, nesses termos a imunidade é altamente questionável nos termos legais. Uma grande crítica as administrações internacionais é que agem como “guardiões de proteção aos direitos humanos” enquanto se colocarem acima da lei. Trindade(2005, p. 125) observa que todas as entidades que assumam a soberania de um determinado território com intuito de proteção, especialmente nos casos em que a administração transitória é realizada em nome da comunidade internacional, têm o dever de observar as normas de direitos humanos e direito humanitário. Cabe a administração se conscientizar de que também estão submetidas aos padrões internacionais previstos na Carta das Nações Unidas e o direito costumeiro internacional. Uma ilustração é o caso de destituição de líderes locais, que não pode estar relacionada unicamente a critérios políticos (STAHN, Carsten;2008, p. 745).

Existe essa previsão expressa na Resolução 1244 que constituiu a UNMIK que diz “as principais responsabilidades da presença da sociedade internacional incluem (...) proteção e promoção dos direitos humanos”. E o RESG assinou vários regulamentos requerendo a aplicação dos padrões de direitos humanos no Kosovo, exemplo o regulamento 1999/24 que demandava que todas as pessoas em funções públicas ou cargos públicos no Kosovo devem observar os padrões internacionais de direitos humanos, fazendo uma descrição dos principais instrumentos internacionais nesse sentido(CERONE, John; 2002, p. 469).

Porém no âmbito da UNMIK sempre houve um atrito entre aqueles que consideravam o respeito aos direitos humanos um aspecto central do mandato, e aqueles que viam isso como secundário comparado às preocupações com a paz e a segurança. Um exemplo desse atrito era que Ombudsman e da OSCE (Organização para Segurança e cooperação na Europa) em Kosovo, criticavam a prática da detenção de indivíduos por longos períodos antes de serem levados perante uma autoridade judiciária (CHESTERMAN, Simon; 2001, p. 10). Entretanto em um trabalho chamado “Security and the Rule of Law in Kosovo”²⁷ o posicionamento foi que “dentro do quadro dos direitos humanos, há flexibilidade para implementar as medidas necessárias para a promoção da paz e ordem pública, mesmo se tais medidas restringem os direitos individuais”, seria o caso de medidas de segurança de urgência. Com dois anos de duração da missão, o UNIMIK News afirmou que Kosovo ainda era classificado como uma situação de "emergência internacionalmente reconhecida".

²⁷ Ver “UNMIK, Security and the Rule of Law in Kosovo” document expedido pelo Representante Especial do Secretário-Geral em 12 de janeiro de 2000

No caso do Timor Leste a mesma formulação é encontrada na Parte IV do Relatório do Secretário-Geral de 4 de outubro de 1999, que é referido na Resolução 1272. Entretanto ambas foram estabelecidas como missões de manutenção de paz, as chamadas 'peace-keeping missions', e tiveram que contemplar a questão de até que ponto questões de segurança prevalecem sobre a observância estrita dos padrões de direitos humanos.

A administração comete falhas ao limitar a participação popular na reconstrução dos Estados, sendo relutantes a delegarem poder decisório a atores locais. A concentração dos poderes nas mãos dos Organismos internacionais é compreensível num estado de emergência, contudo à medida que a reconstrução vai sendo colocada em prática, torna-se indispensável essa participação popular para atingirem um nível de desenvolvimento para culminar na capacitação para o autogoverno (FROWEIN, Jochen; KRISCH, Nico; 2002, p. 743).

Pode-se concluir que a administração internacional, em alguns casos específicos, pode ser vista como um processo essencial na reconstrução de um Estado mais estruturado e sólido. O entanto essa administração não pode ter um caráter permanente, e o poder do administrador deve ser delimitado de maneira a possibilitar a observância dos padrões de direitos humanos internacionais.

Conclusão

A presunção de legalidade das Resoluções do Conselho de Segurança levaram a uma expansão dos poderes de administração de territórios pela Organização das Nações Unidas, que culminaram na governança direta de territórios, com mandatos que ultrapassam todos os limites legais previstos expressamente na Carta das Nações Unidas.

As Resoluções que prevêem essas administrações são baseadas no Capítulo VII, missões para manutenção da paz e segurança internacional. Dessa forma, Estados incapacitados para se autogovernarem e prevenirem a sistemática violação de direitos humanos em seu território estão sujeitos à intervenção direta da comunidade internacional através das Nações Unidas. Vários dispositivos da Carta são usados para legitimá-lo e a doutrina se divide em diversas teorias.

Algumas das missões que mais ilustram que a prática da ONU, são a Administração Interina das Nações Unidas no Kosovo (UNMIK) e a Missão de Assistência das Nações Unidas em Timor Leste (UNAMET), e apesar dessas missões não terem realizado todos os seus objetivos, é inegável a reconstrução desses territórios com resultados expressivos diante da grandeza da missão. A situação ideal seria que tais missões fossem estabelecidas após uma preparação extensiva, com um objetivo político claro e um prazo determinado entre as partes. O mandato deveria ter flexibilidade para acomodar possíveis mudanças que venham a ocorrer na situação local. O apoio doméstico, apesar de não ser necessário, é um fator essencial para o sucesso da operação.

As lições do Kosovo e do Timor Leste seria que nas complexas operações de paz, a autoridade internacional transitória deve desenvolver um modelo de boa governança garantindo a responsabilidade da administração internacional ao povo local através da democracia representativa e participação dos povos na administração.

O instituto das administrações transitórias civis, incluindo as diferentes nomenclaturas utilizadas pela doutrina, já se encontra estabelecido na ordem jurídica internacional e não apresenta sinais de seu desaparecimento brevemente. As situações de emergência vão continuar a surgir, e a ação rápida do Conselho de Segurança é esperada, cabe a Organização das Nações Unidas regulamentar esse instituto de forma a garantir o respeito aos padrões de direitos humanos internacionais, com o veto da imunidade absoluta dos membros da missão, além da regulamentação de remédios judiciais, garantido o direito dos indivíduos de pleitear suas queixas contra a missão perante algum órgão que controle os atos das administrações.

Referências

ALVAREZ, José E.; **International Organizations as Law-makers**, Oxford: Oxford University Press, 2005.

BOTHE, Michael; **Peace-keeping** In: The Charter of The United Nations a Commentary vol. 1, 2ª edição, org. Bruno SIMMA, Oxford: Oxford University Press, 2002.

CERONE, John; **Minding the Gap: Outlining KFOR Accountability in Post Conflict Kosovo** In: European Journal of International Law, nº 12, 2002, p. 469-488.

CHESTERMAN Simon; **You, The People: The United Nations, Transitional Administration, and State-Building**, New York: Oxford University Press, 2004.

_____ **Kosovo in Limbo: State-Building and “Substantial Autonomy”** In: An International Peace Academy Report, agosto de 2001, p. 1-15. Disponível em <http://www.humansecuritygateway.com/documents/IPA_Kosovoinlimbo.pdf> Acesso em 13 de setembro de 2010.

DINH, Nguyen Qouc; DAILLER, Patrick; PELLET, Alain; tradução Vítor Marques Coelho. **Direito internacional Público**, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian - Serviço de Educação, 2003.

ESCARAMEIA, Paula; **Reflexões sobre temas de direito internacional publico: Timor, a ONU e o tribunal penal internacional**, Lisboa: Instituto superior de ciências sociais políticas 2001.

FERRO, Monica; **Construções de Estados: As administrações internacionais das Nações Unidas**, Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2005 p. 43

FROWEIN, Jochen; KRISCH, Nico; **Article 41** In: The charter of the united nations a commentary vol. 1 (org.) Bruno SIMMA, Oxford: Oxford University Press, 2ª edição, 2002.

GORDON, Ruth; **Mandates** In: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Ed.), R. Wolfrum 2010, online edition, p.1-14. Disponível em: <www.mpepil.com> Acesso em 13 de junho de 2010.

GORJÃO, Paulo; **O legado e as lições da Administração Transitória das Nações Unidas em Timor Leste** In: Análise Social, vol. 38, 2004, p. 1043-1067.

MIRANDA, Jorge; **Timor e o direito constitucional** In: Colóquio "Timor e o Direito": intervenções nas mesas-redondas de 8, 9, 10, 11 e 12 de Novembro de 1999 realizadas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Lisboa: AAFDL, 2000 p. 111-155.

QUADROS, Fausto; PEREIRA, André; **Manual de Direito Internacional Público** 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2009.

RIBEIRO, Manuel A.; FERRO, Monica; **A organização das Nações Unidas**, 2ª edição Coimbra: Almedina, 2004.

RUFFERT, Matthias; **The administration of Kosovo and East-Timor by the International Community** In: International and Comparative Law Quarterly, vol. 50, julho 2001, p. 613-631

SOREL, Jean-Marc ; **Timor Oriental: Um Resume de l'Histoire du Droit International** In: Revue General de Droit International Public, 2000/01 p. 48-60.

STAHN Carsten; **The law and practice of international territorial administration: Versailles to Iraq and Beyond**, United Kingdom: Cambridge University Press, 2008.

_____, **The United Nations Transitional Administrations in Kosovo and East Timor: A First Analysis** In: Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 5, 2001, p. 105-183.

TRINDADE, Antonio. A. C.; **General Course on Public International Law** In: Recueil des Cours, Collected courses of the Hague academy of international law, 2005, vol. 317.

WET, Erika de; **The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold War Era: Legal Bases and Implications for National Law** In: Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol.8, 2004, p. 291-340.

YANNIS, Alexandre; The Concept of Suspended Sovereignty in International Law and Its Implications in International Politics **In: European Journal of International Law**, vol. 13, nº 5, 2002, p. 1037-1052.

4. As Repercussões acerca dos Direitos Humanos e a lei da anistia no caso Gomes Lund e outros contra o Brasil

Carla Mariana Aires Oliveira²⁸
Raphael Calixto Brasil²⁹

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a aplicação da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Considera-se, para tanto, recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do Supremo Tribunal Federal (STF); ambas adotando posicionamentos divergentes acerca do mesmo assunto. Durante o período da ditadura militar no Brasil, centenas de pessoas foram perseguidas, torturadas e assassinadas. Os militares que praticaram tais crimes, contudo, permanecem mesmo passados mais de 30 anos, impunes. O argumento defendido pela Corte maior brasileira é o de que tais pessoas estariam salvaguardadas pela mencionada Lei de Anistia que, por sua vez, anistiou militares e opositores do regime ditatorial “por crimes políticos e conexos”. Na contramão da decisão do STF, em 2010, a CIDH condenou o Brasil por desrespeitar tratados internacionais de direitos humanos; alegando, para tanto, que a Lei nº 6.683/79 não poderia servir de escopo à impunidade daqueles oficiais que praticaram “crimes comuns” durante as décadas de 60 e 70. Trata-se do caso internacionalmente conhecido como “Guerrilha do Araguaia”.

Palavras-chave: Direitos humanos. Anistia no Brasil. Corte interamericana.

Introdução

No ano de 2010, o Brasil envolveu-se em polêmica protagonizada por dois órgãos jurisdicionais legitimamente reconhecidos em nosso país. Um deles foi o Supremo Tribunal Federal (STF) e o outro a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão que faz parte da estrutura da OEA (Organização dos Estados Americanos).

Tal polêmica deu-se por duas decisões tomadas sobre um mesmo caso, tendo cada Corte decidido em separado, porém adotando soluções conflituosas. *In casu*, discutiu-se a validade jurídica da Lei de Anistia (Lei n.º 6.683/79) que concedeu “perdão” a todos quantos, militares e opositores do regime ditatorial, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, que cometeram crimes políticos ou conexos com estes.

Por um lado, tem-se a posição do STF, considerando a Lei de Anistia válida inclusive para os militares praticantes de crimes comuns durante o período ditatorial. O entendimento adotado pela Corte Maior vai de encontro ao posicionamento da CIDH, a qual decidiu, alguns meses após, que o fato de tais militares não virem a ser punidos pelos crimes praticados durante as décadas de 60 e 70, configura grave violação às convenções internacionais sobre Direitos Humanos pelas quais o Brasil ratificou.

Visando contornar a situação, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência afirmou que o governo está empenhado em cumprir a sua parte em relação à sentença da

²⁸ Advogada e pós-graduanda do curso de Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza – Unifor – Fortaleza (CE), Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais – NEI.

²⁹ Advogado e pós-graduando do curso de Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza – Unifor – Fortaleza (CE),

CIDH. A pasta ressalta, porém, que alguns dispositivos da decisão dizem respeito aos poderes Legislativo e Judiciário, como a questão da Lei de Anistia, o que foge de sua alçada.

Será discutido na presente pesquisa a aplicação da Lei de Anistia (Lei n.º 6.683/79) dentro do ordenamento jurídico brasileiro atual, considerando a política de defesa aos direitos humanos, consagrada no bojo da Constituição Federal do Brasil de 1988, assim como o choque entre as decisões – STF e CIDH - quanto ao caso Gomes Lund e Outros (“*Guerrilha do Araguaia*”) contra o Estado brasileiro. Outrossim, que soluções poderiam ser adotadas para compatibilizar as decisões conflitantes sobre o presente caso, bem como as possíveis implicações que o país possa vir a sofrer internacionalmente em caso de descumprimento da sentença emitida pela CIDH.

Dentro desse prisma, encontra-se um dos assuntos mais discutidos nos últimos anos no Brasil, a instalação de uma Comissão da Verdade. Comissão esta já criada em Países vizinhos da América do Sul e que tem dado resultados na medida em que se buscou abrir para a população o “livro da história” do País para se buscar a verdade dos acontecimentos ocorridos durante as ditaduras implantadas em praticamente toda a América do Sul e Países de outros continentes.

A Comissão da Verdade, sem dúvidas pode ser um fator de grande importância para a história do Brasil, onde serão mostrados os arquivos correspondentes ao período compreendidos entre os anos de 1946 a 1987, referentes ao período em que o Brasil ainda estava em um processo de democratização e no período em que os direitos humanos foram desrespeitados e violados, ocasionando vários entraves internos e externos que tornaram o Brasil um País de diversos contrastes e de desconfiança por parte da comunidade internacional.

Portanto, buscar-se-á na presente pesquisa, conectar os fatos ocorridos durante os períodos ditatoriais, do caso supracitado, conhecido como a Guerrilha do Araguaia ou Caso Gomes Lund, tentando relacionar com o assunto da busca da implementação constitucional de uma Comissão da Verdade, ligada aos Direitos Humanos para que se investigue e abram-se os arquivos da ditadura para que o povo brasileiro possa saber da verdade dos fatos ocorridos e que ao serem abertos, estes não se transformem e desemboquem em um sentimento revanchista dentro do Brasil pela busca de vingança.

1 Guerrilha do Araguaia: um momento histórico marcado pelo autoritarismo no Brasil

Com a ditadura militar, o Brasil passou por um período turbulento em sua história. Um quadro adverso que, por sua vez, serviu de pano para movimentos em prol da democracia por

todo o território nacional. Dentre estes movimentos, um em particular ganhou repercussão internacional: a guerrilha do Araguaia.

Movimento político radical, ocorrido na região Sul e Sudeste do estado do Pará, limitando-se com o norte do estado de Tocantins (na época estado de Goiás) e oeste do estado do Maranhão. Na parte relativa à divisa do Pará com o estado do Tocantins essa região é conhecida como Bico do Papagaio. Aqui, militantes do PCdoB (Partido Comunista do Brasil) e as Forças Armadas, sob a liderança do Exército, entraram em combate pelo controle desta área estratégica, num ambiente político caracterizado pela prevalência de um Estado na sua modalidade ditatorial-militar (1964-1985). (NASCIMENTO, 2000, p. 16)

O objetivo do PCdoB era angariar apoio da população local para, a partir do campo, enfrentar a ditadura, derrubá-la e tomar o Estado por meio de uma revolução. Saliente-se, contudo, que antes de definir-se pela luta armada, o partido apostou na estratégia de construção de uma frente ampla democrática contra a ditadura. Essa linha política, entretanto, não eliminou a opção pela luta armada. (ANTUNES; RIDENTI, 2007, p. 78-89)

Dentro do contexto de luta armada e no entendimento de Tais Morais e Eumano Silva (2005), a Guerrilha do Araguaia foi considerada um marco na conscientização humanitária do país. Conscientização esta que colocou o Brasil nos holofotes internacionais justamente pelas torturas, prisões e assassinatos cometidos durante a ditadura militar.

No plano internacional, a Guerrilha do Araguaia representou um momento delicado para os militares. O mundo vivia em clima de guerra fria, não sendo interessante que informações sobre movimentos armados comunistas viessem à tona. Nesse sentido, assevera Tais Morais e Eumano Silva:

“O governo militar fez todo esforço para apagar a Guerrilha do Araguaia da História. O Brasil, sob uma ditadura militar, vivia o período do ‘Milagre econômico’, mas mantinha-se dependente de capital externo. Qualquer informação sobre um movimento armado na Amazônia tornaria a economia nacional ainda mais frágil. Em clima de Guerra Fria, duas superpotências disputavam a hegemonia sobre o planeta”. (MORAIS; SILVA. 2005: 13)

Para Vitor Amorim de Angelo (2008), a estratégia da Guerrilha do Araguaia inspirava-se no êxito das experiências comunistas: Revolução Chinesa e da Revolução Cubana. O que certamente trouxe a emersão estratégica de dois modelos revolucionários: guerra popular prolongada (maoísmo chinês) e a guerra de guerrilhas (guevarismo cubano).

Destarte, no ano de 1972, algo favoreceu a Guerrilha do Araguaia: “com a guerrilha urbana praticamente derrotada, os 69 militantes que estavam no Araguaia treinavam duro para tornarem-se guerrilheiros” (MAKLOUF, 2004, p. 55).

Conforme se observa, os movimentos subversivos urbanos praticamente já haviam sido aniquilados, cabendo aos partidários do PCdoB enviar para a região do Araguaia boa parte dos membros do seu Comitê Central. Tais partidários, por sua vez, acreditavam que a deflagração da guerra de guerrilhas representaria uma inflexão na oposição à ditadura.

Porém, ainda no ano de 1972, os militares descobriram as atividades clandestinas que estavam sendo operacionalizadas na região do Araguaia. Segundo o PCdoB, o que houve foi traição de uma das militantes do partido. Nesse sentido:

(...) apesar de todo o método conspirativo adotado, o dispositivo foi descoberto por denúncia de outra desertora. Regina, uma das militantes selecionadas para o trabalho na área, ficou doente e teve que ser enviada para o Sulem meados de 1971 para tratamento, apesar das normas em contrário estabelecidas pela Comissão Militar. Acabou desertando e, sob pressão da própria família, denunciou o trabalho de preparação, possibilitando que as forças repressivas montassem todo o plano de ataque (POMAR, 1980, p. 38)”.

Assim, entre os anos de 1972 e 1974, e apesar de serem infinitamente mais fracos que o Exército, os guerrilheiros enfrentaram-lhe com bravura e perspicácia. Os militares, por seu turno, precisaram de três campanhas para, finalmente, encerrar o conflito na região do Araguaia, em dezembro de 1973, com a destruição da Comissão Militar do PCdoB (SALES, 2007, p. 343).

A perseguição aos guerrilheiros na região deu-se com requintes de crueldade. Decapitações, fuzilamentos e torturas eram métodos punitivos comuns. O chamado “banho chinês”, que consiste em mergulhar a vítima de boca aberta nos rios daquela região, foi largamente utilizado justamente por não exigir aparelhos especializados (BARRETO, 2010, p 69).

Passados mais de 30 anos do fim do episódio “guerrilha do Araguaia”, e dentro de um novo contexto social-democrático instaurado, a busca pela verdade dos fatos ocorridos naquele período ganha cada vez mais força. Com o fito de prestar esclarecimentos sobre os fatos ocorridos durante a ditadura militar, foi criada a Comissão da Verdade (ainda pendente de aprovação pelo Senado Federal).

2 A lei de anistia e o processo de redemocratização do Brasil

Com o fim da ditadura militar, inicia-se o processo de redemocratização do país. Este processo, por sua vez, daria ao Brasil a posse de si mesmo, criando um Estado pautado na dignidade da pessoa humana e gerando reconciliações entre todos os brasileiros (civis e militares) (Bevilacqua, 1978). Entretanto, três medidas faziam-se necessárias naquele período: a revogação dos decretos conhecidos como Pacote de Abril, a revogação do AI-5 e a anistia política.

O general Bevilacqua (1978, p. 2) assevera que a anistia deveria ser “ampla, geral e irrestrita”. Não se tratava de uma medida sentimental, mas de sabedoria política cujo objetivo era “desarmar os espíritos, a dissipar a sementeira de ódios que as injustiças e violências provocam, a premunir as vindictas futuras, a permitir e promover a Reconciliação (...)”. Finalmente, o general completa afirmando que reconciliar seria sinônimo de anistia e que esta é “o perdão, o esquecimento, o eterno silêncio”.

Dentro deste panorama, a lei de Anistia foi aprovada em 28 de agosto de 1979. Um de seus objetivos era eliminar qualquer sentimento de revanchismo entre situação e oposição, anistiando aquelas pessoas que, de certa forma, participaram dos fatos históricos aqui já mencionados. Em suma, todos que perseguiram, torturaram e assassinaram por motivos de crença política, ou convicções conexas, foram anistiados.

Tal lei foi condição mais do que necessária, naquele período, para que houvesse a sucessão do regime militar. Verifica-se então, a verdadeira eficácia da lei de anistia no Brasil, servindo mais precisamente para que pudesse ocorrer a transição de um Governo militar para um governo civil plenamente estabelecido, ou seja, os militares somente sairiam do poder se tivessem a garantia de que eles não seriam perseguidos e condenados pela justiça, fazendo assim, da lei de anistia uma ferramenta de escape.

Dentro desse mesmo sentido, tem-se que o conceito de justiça nas sociedades em transição pressupõe uma série de medidas judiciais e, até mesmo, extrajudiciais; cujo êxito define se haverá ou não uma reconciliação bem como a consolidação da nova ordem democrática (AMBOS, 2009, p. 23).

Dimitri Dimoulis afirma:

“Após mudanças de regime torna-se necessário ‘acertar as contas’ com o passado. Se o novo regime for radicalmente contrário ao anterior, a ruptura costuma ser sinalizada com medidas que sinalizam institucionalmente a diferença entre os dois regimes, objetivando garantir a estabilidade do novo.” (DIMOULIS, 2010, p. 91)

Entende-se então, a necessidade de formar um governo de transição para dar passagem segura para o governo vindouro que, no caso em questão, seria a saída de uma ditadura instaurada. Para que houvesse transição, evidencia Dimitri Dimoulis (2010) a preocupação com as providências políticas a serem tomadas.

A lei de anistia foi elaborada aos moldes e necessidades dos militares, para que estes fossem beneficiados. E em que pese a mesma também proteger os guerrilheiros que cometeram crimes, cabe aqui uma ressalva. Para aqueles que cometeram tais crimes em “oposição à ditadura”, existe a necessidade de reconhecimento do valor ético guardado nos chamados “atos de resistência”.

Diante de uma ditadura, o direito de resistência trata qualquer ofensiva contra o regime de exceção como legítima. John Locke, por sua vez, falava em tiranicídio, ou seja, a morte do tirano é legítima, não podendo ser considerada excessiva (ARAÚJO, 2006). Ou seja, diante de um regime opressor, não se poderia falar em crime cometido, mas, tão-só, em legítima defesa.

Portanto, depreende-se que a lei de anistia aprovada no ano de 1979 apenas serviu para apaziguar e, ao mesmo tempo resguardar, aqueles que cometeram crimes em prol do Estado de exceção.

Para as pessoas que foram vítimas da opressão daquele período, o Governo Federal já paga, desde o ano de 2003, cerca de R\$ 2,6 bilhões em pensões e indenizações. Tais numerários são destinados aos anistiados políticos que foram perseguidos, durante o regime militar, e que perderam os seus empregos. Os dados são do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI), coletados pelo site Contas Abertas a pedido da Agência Brasil.

3 Decisões e repercussões: OEA Vs. STF

Conforme dito, dentro do contexto histórico de redemocratização do Brasil, surgiu a lei de anistia. Naquele período, tal lei fora sancionada após profundo debate entre juristas e advogados, cada qual expressando suas opiniões acerca da extensão dos efeitos que tal diploma.

Anos após a sua aprovação, a questão volta aos palcos acadêmicos nacionais e internacionais. Dentro do Supremo Tribunal Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153/2010), objetivando questionar a recepção da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) pela atual Carta Magna.

Por outra frente de análise que, diga-se de passagem, é diametralmente oposta à do STF, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (CIDH) também analisou o caso, ainda que por uma perspectiva mais ampla. Para a CIDH, não se trata de verificar se uma lei deve ou não vir a ser recepcionada dentro do ordenamento jurídico de uma determinada nação, mas, tão-só, averiguar se tal país está pautado na investigação e punição daqueles que cometem crimes atentatórios aos Direitos Humanos.

3.1 A importância da OEA e STF

Tendo sua carta assinada em Bogotá, no ano de 1948, e reformada pelo Protocolo de Buenos Aires (1967), a Organização dos Estados Americanos (OEA) é considerada a mais antiga organização regional do mundo. Atualmente, a mesma conta com a presença de 35 Estados membros, bem como com a União Europeia e mais 62 Estados com status de observadores.

O objetivo primordial da OEA, segundo o Artigo 1º de sua Carta é estabelecer “*uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e*

defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência”. Assim, a mesma constitui principal fórum governamental político, jurídico e social do Hemisfério, segundo dados apurados em seu sítio oficial.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, é órgão da OEA, criada no ano de 1959 com o objetivo primordial de observar a situação geral dos direitos humanos de uma determinada nação signatária do órgão. Segundo dados oficiais, até o ano de 1997, a mesma já recebeu dezenas de milhares de petições sobre casos individuais.

Com isso, mais de 12.000 processos já foram originados dentro da CIDH com o fito primordial de analisar se os países membros da OEA cumprem com seus respectivos papéis no tocante à proteção aos Direitos Humanos (OEA, 2011). O Brasil, como Estado-membro da OEA, aderiu voluntariamente à CIDH, a qual possui jurisdição internacional para apurar e aplicar sanções no que toca às violações aos direitos humanos.

É de se ressaltar que a expressão “direitos humanos” encontra uma amplitude maior que os ditos “direitos fundamentais” previstos na Carta Magna. Tal amplitude se dá justamente em face do seu caráter supranacional. Portanto, em termos fiscalizatórios, pode-se aferir que a CIDH termina por suplantar até mesmo a legislação de um determinado país, quando tal legislação eventualmente restringa a proteção a tais direitos.

Já no âmbito nacional, tem-se o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião máximo da Constituição Federal. Este, por sua vez, tem por função velar pelo enquadramento das leis nacionais e tratados internacionais sobre direitos humanos dentro do âmbito constitucional brasileiro.

Ao STF cabe a importante tarefa de verificar, em instância máxima, a constitucionalidade das leis produzidas após 05 de Outubro de 1988; bem como a recepção das demais leis editadas anteriormente a 05 de Outubro de 1988. Daí, afere-se o importante papel desempenhado pela Corte Maior acerca da recepção ou não da Lei de Anistia.

3.2 O Direito Internacional e a relação e paralelo sobre as decisões do STF

Uma vez delimitado o papel de cada um dos órgãos (CIDH e STF) acerca dos direitos humanos, bem como a forma com a qual o Estado tem de lidar com questões constitucionais envolvendo tais direitos, é pertinente salientar que, em alguns momentos, decisões conflitantes podem surgir. E é justamente essa colisão que acarreta todo um arcabouço de contradições e polemicas a serem solucionadas.

Uma polemica recentemente instaurada diz respeito à Lei 6.683/79 (Lei de Anistia). Ambos os órgãos decidiram acerca do caso, cada um com seus argumentos próprios; mas do resultado de tal análise, surgiram duas decisões opostas e conflituosas.

A começar pelo posicionamento do STF, o artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 6.683/79, dispõe:

“Art.1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares;

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º Exceção-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e assalto pessoal (...).”

Da leitura do dispositivo, depreende-se que a anistia seria concedida àqueles que cometeram crimes políticos dentro do período abrangido na referida lei. Estes crimes, dentro do linguajar da legislação penal, são considerados “crimes contra a segurança nacional”.

O que não se pode negar, é que tais crimes cometidos durante o período ditatorial, a bem verdade são crimes contra a humanidade³⁰. E mesmo esses tipos penais possuíam as suas condutas tipificadas no Código Penal brasileiro (Decreto-lei nº 2.848/40): sequestro, ocultação de cadáver, homicídio, etc.

Assim, visando adequar a realidade daqueles que sofreram perseguição e tortura durante o período ditatorial à realidade inaugurada a partir da Constituição de 1988, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153/08.

Durante a tramitação do caso, foram ouvidos o Procurador-Geral da República, membros da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Casa Civil, etc. de forma a embasar o mais eficientemente possível a peleja instaurada.

³⁰ O conceito de crimes contra a humanidade surgiu em 1945, através assinatura do Estatuto de Nuremberg (ratificado pela ONU em 1946, quando a Assembleia Geral Confirmou tais conceitos através da Resolução nº 95). A tipificação do que vem a ser considerado “crime contra a humanidade” encontra-se expressa no artigo 7º do Estatuto de Roma:

“Art. 7.º | Crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’ qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) **homicídio**; (...) f) **tortura**; (...) i) **desaparecimento forçado de pessoas**; (...)” (*grifos nossos*)

O julgamento da iniciou-se em 28 de Abril de 2010, concluindo que houve recepção, pela Constituição Federal, da Lei de Anistia dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as várias argumentações dadas pelo Ministro-Relator Eros Grau, destaca-se:

“(…) A verdade é que a anistia da Lei nº 6.683/79 somente não foi totalmente ampla por conta do que o § 2º do seu artigo 1º definiu, a exclusão, a ela, dos condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Não foi ampla plenamente, mas seguramente foi bilateral.

(…) A Lei nº 6.683 é uma **lei-medida**, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

(…) O acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo, não por nós. Como ocorreu e deve ocorrer nos Estados de direito. Ao Supremo Tribunal Federal – repito-o – não incumbe legislar.

(…) a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988.

(…) O texto da lei ordinária de 1979 resultou substituído pelo texto da emenda constitucional.

(…) A emenda constitucional nº 26/85 inaugura a nova ordem constitucional. Consubstancia a ruptura da ordem constitucional que decairá plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988.

(…) Daí que a reafirmação da anistia da lei de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem. Compõe-se na origem da nova norma fundamental. (...)” (STF, 2010).

Portanto, prevaleceu a premissa de que a Lei de Anistia veio a calhar em um momento no quais o país estava em processo de redemocratização. O que certamente denotava a necessidade de haver concessões recíprocas entre militares e opositores de forma que a transição para o período democrático ocorresse da maneira menos traumática possível.

Os Ministros do STF entenderam que “o processo de negociações que resultou na Lei da Anistia foi a consagração da conciliação entre militares e opositores, no contexto da redemocratização do País. Desse acordo, segundo os ministros, nasceu a Constituição de 1988 e o modelo democrático atual”³¹ (STF, 2011).

Na contramão da decisão do STF, tem-se a CIDH que também se pronunciou sobre a referida Lei de Anistia, porem com enfoque maior aos direitos humanos, ao invés dos aspectos meramente legais pelos quais a Corte Maior embasou-se.

³¹ Cf. STF decide pela não revisão da Lei da Anistia. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 22 set. 2011.

Segundo a CIDH (2010), a legislação brasileira representava um entrave na busca pela justiça daqueles que sofreram perseguição física, mental, ou mesmo foram mortos durante o período ditatorial. Outrossim, a mesma considerou que nenhum governo poderia deixar de responder satisfatoriamente aos anseios pela justiça, quando da violação de direitos humanos.

A CIDH (2010) também pontuou:

(...) o Estado não controverteu nem reconheceu expressamente sua responsabilidade internacional pelo alegado desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia. No entanto, de maneira reiterada, o Brasil se referiu ao reconhecimento de responsabilidade interno e às diversas medidas de reparação adotadas a respeito das vítimas do regime militar, inclusive várias das supostas vítimas do presente caso (CIDH, 2010).

O trecho acima trata do pagamento de indenizações às vítimas da ditadura militar. Outrossim, conforme se sabe, o direito de punir é um direito indisponível para o Estado. Logo, retira-se qualquer forma de discricionariedade quanto a possibilidade de não punir aqueles que praticaram crimes contra políticos durante o período ditatorial.

Além disso, crimes de tortura violam a ordem internacional dada extrema gravidade, o que os tornam insuscetíveis de anistia ou mesmo de prescrição. Segundo Flávia Piosevan (2009, p. 181), “a tortura é crime de lesa-humanidade, considerado imprescritível pela ordem internacional. Demanda do Estado o dever de investigar, processar, punir e reparar a violação perpetrada, assegurando à vítima o direito à justiça e o direito à prestação jurisdicional efetiva”.

Corroborando com a questão punibilidade perpetrada da Lei de Anistia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui precedentes, senão vejamos:

A Convenção Americana protege o direito de acessar e receber informação em seu artigo 13. O direito à verdade se relaciona também com o artigo 25 da Convenção Americana, que estabelece o direito de contar com um recurso simples e rápido para a proteção dos direitos consagrados na Convenção. (CIDH, 1999)

Portanto, da análise das decisões precedentes, com a decisão sobre o caso específico brasileiro Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil depreende-se que a posição do governo brasileiro, por intermédio do STF, vai de encontro àquilo que o próprio estado brasileiro comprometeu-se em respeitar e zelar.

Deve-se também considerar que o próprio estado brasileiro aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos antes da edição da Lei nº 6.683/79. Tal convenção possui como órgãos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Para esta última, o Brasil ratificou apenas em 22 de novembro de 1992, com as ressalvas de que somente os crimes praticados após a ratificação deveriam ser submetidos à jurisdição da corte.

Assim, não é de se estranhar o fato de o STF haver considerado que a Lei de Anistia, além de válida nos dias atuais, não poderia desacobertar os criminosos anistiados antes da

ratificação do país na referida CIDH. Em virtude da data de ratificação da Convenção pelo Brasil a questão dos crimes políticos não poderia ser julgada com base nos fatos acontecidos antes da entrada em vigência da Convenção Americana no Brasil.

Porém, algumas condutas criminosas praticadas e ainda não consumadas (crimes de caráter continuado) poderiam ser amparadas pela jurisdição da CIDH. Daí, o fato de a CIDH ter intervisto no caso brasileiro, sentenciando de forma contrária ao que o STF considerou.

Apenas para ilustrar melhor o raciocínio da CIDH, tem-se o caso de crime de “desaparecimento forçado” previsto no Código Penal brasileiro. Este crime somente se consuma com o reaparecimento da pessoa ou de seus restos mortais. Como é sabido, milhares de pessoas desapareceram durante o regime militar; pessoas estas vítimas das atrocidades cometidas durante aquele período. Logo, para aqueles cujos corpos jamais foram encontrados, o crime permanece em execução, estando contemplado pela jurisdição da CIDH.

Além disso, a CIDH baseou-se no critério de que configuração da chamada “personalidade jurídica das vítimas desaparecidas” contida na “Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados”, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1992, *in verbis*:

“todo o ato de desaparecimento forçado subtrai das pessoas que a ele são sujeitas a proteção da lei (...)
Constitui uma violação das normas de direito internacional que garantem, nomeadamente, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (...)”.³²

Logo, verificou-se que, para a CIDH, o Brasil negou aos desaparecidos políticos no caso da guerrilha do Araguaia, direito a personalidade jurídico consagrado e normas e tratados internacionais.

Conclusão

Na contramão da tendência adotada por vários outros países da América Latina, o Brasil decidiu que os crimes cometidos, durante o episódio conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, não poderiam ser apurados em face da Lei de Anistia. Esta lei, por sua vez, foi editada durante o período de redemocratização do país; tendo sido condição necessária naquele período para que tal transição se desse da forma menos traumática possível para ambos os lados, militares e opositores do regime.

Em que pese a decisão do STF contrária à CIDH, aparentemente o Governo dá sinais de que os fatos ocorridos durante o período da ditadura militar devem ser apurados com

³² Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 47/133, 18 de dezembro de 1992, artigo 1.2.

afinco. Para tanto, instituiu a chamada ‘comissão da verdade’, comissão essa cuja aprovação já ocorreu na Câmara dos Deputados e segue para aprovação no Senado Federal.

A Comissão da Verdade prevê um grupo composto por 07 pessoas indicadas pelo Presidente da República. Sua tarefa é esclarecer crimes de violações aos direitos humanos ocorridos entre 1946 a 1988, período que engloba a ditadura militar. Assim, o país demonstra que possui respeito aos direitos humanos.

Ao Supremo, por sua vez, aparentemente a melhor solução seria rever a sua decisão. Os argumentos utilizados pelos Ministros, tais como de que a Lei de Anistia pôs um fim aos fatos ocorridos durante a ditadura militar, ou mesmo de que tal lei fora recepcionada pela Constituição Federal devem ser, ao menos em parte, revistos.

A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova ordem jurídica, por meio do poder constituinte originário. Este poder, por sua vez, é ilimitado; não sofrendo qualquer sujeição ao arcabouço constitucional anterior. Portanto, toda lei editada antes da mesma, como o caso da Lei de Anistia, presume-se recepcionada, salvo se contrária ao novo ordenamento jurídico.

No caso da Lei de Anistia, coube ao STF importante tarefa de decidir se a mesma havia sido recepcionada pela nova ordem jurídica de 05 de Outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição Federal. E foi em julgado diametralmente contrário aos ditames da atual ordem jurídica, que a Corte Máxima decidiu pela recepção de tal lei.

Várias alternativas jurídicas podem ser dadas ao caso em apreço. A começar, muitos corpos sequer foram encontrados desde o período do massacre na região do Araguaia. Para o direito penal brasileiro, cujo código já vigorava décadas antes da Lei de Anistia, o crime de “ocultação de cadáver” é de caráter continuado e permanente; somente se consumando com o aparecimento dos restos mortais da vítima. Para aqueles que morreram no episódio do Araguaia e jamais foram encontrados, pode-se afirmar que o crime permanece em execução, não sofrendo incidência da Lei de Anistia, que “perdoou” os crimes cometidos naquele período.

Aos defensores da tese de que a Lei de Anistia beneficiou ambos os lados, os próprios defensores da doutrina liberal se encarregam de derrubá-la. O direito de resistência, diante de uma ditadura, fala que qualquer ação contra a mesma é uma ação legal. O próprio John Locke falava em tiranicídio¹, ou seja, a morte do tirano é legítima, não podendo ser considerada excessiva. Trata-se mais de uma questão de legítima defesa do que ação de guerrilha contra uma ordem política instaurada. Destarte, no Brasil não havia sequer guerrilha antes do período ditatorial.

Toda e qualquer violação ao Estado Democrático de Direito ou ofensa aos direitos fundamentais consagrados legitima o uso da resistência. Esta resistência, por sua vez, tem por objetivo restaurar a ordem democrática usurpada durante a ditadura militar.

Investigar crimes contra os direitos humanos cometidos durante os anos da ditadura é mais do que uma obrigação do Estado brasileiro, trata-se de um compromisso deste perante a sociedade interna e internacional. Caso a Lei de Anistia mantenha-se como empecilho a tal investigação, o Brasil pode vir a sofrer graves represálias na comunidade internacional.

Referências

ABREU, A.A.; BELOCH, I.; LATTMAN-WELTMAN, F.; LAMARÃO, S.T. de N. 2001. Peri Bevilacqua. In: A.A. ABREU; I. BELOCH; F. LATTMAN-WELTMAN; S.T. de N.

LAMARÃO, **Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro – Pós 1930 2ª ed.**. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 1, 2009.

AMBOS, Kai. **El marco jurídico de la justicia de transición**. In: ____; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Edit.). Justicia de Transición: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.

ANGELO, V. A. de. **A trajetória da Democracia Socialista: da fundação ao PT**. São Carlos: EdUFSCar / FAPESP, 2008.

ANTUNES, R.; RIDENTI, M. **Operários e estudantes contra a Ditadura: 1968 no Brasil**. Mediações: Revista de Ciências Sociais. Londrina-PR, v. 12, n. 2, p. 78-89, Jul/Dez. 2007.

ARAÚJO, Ângela Soares de. **Evolução do direito de resistência na ordem constitucional**. Revista *Jus Vigilantibus*, 2006. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/20746>> Acesso em: 04/10/2011.

BARRETO, Nelson de Azevedo Paes. **O suplício do corpo e a destruição do eu: sensibilidades diante da tortura na história recente do Brasil**. Dissertação de Mestrado da UCG, 2010. Disponível em <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_arquivos/16/TDE-2010-07-13T142656Z-791/Publico/NELSON%20DE%20AZEVEDO%20PAES%20BARRETO.pdf>. Acesso em 06/10/2011.

BEVILACQUA, P. **Anistia**. Palestra proferida na Assembleia Legislativa do RS, Porto Alegre, 1978. [mimeografado]

BRASIL. Secretaria da Fazenda. **SIAFI**. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi/index_mapa.asp> Acesso em: 06/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Arguente: Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Eros Grau. Trecho do voto do ministro Presidente Cezar Peluso. Brasília, 29 de abril de 2010. 2010a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em: 13/08/2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Arguente: Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Voto do ministro Relator Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em: 13/08/2011

CARVALHO, Luiz Maklouf. **O coronel rompe o silêncio. Lício Augusto Ribeiro, que matou e levou tiros na caça aos guerrilheiros do Araguaia, conta sua história**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ellacuría y otros**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/el%20salvador10.488.htm>> Acesso em 06/10/2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição no Brasil - Direito, Responsabilização e Verdade Série Direito em Debate**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUÍZES PARA DEMOCRACIA. **Guerrilha do Araguaia: a condenação do Brasil na CIDH**. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/multimedia_videos_ver.php?idConteudo=169>. Acesso em 22/09/2011

LIMA, Haroldo; ARANTES, Aldo. **História da Ação Popular: da JUC ao PCdoB**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

MORAIS, Tais de; SILVA, Eumano. **Operação Araguaia: os arquivos secretos da guerrilha**. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

NASCIMENTO, D.M. **A Guerrilha do Araguaia: Paulistas e militares na Amazônia**. Belém: Dissertação de mestrado UFPA, 2000. Disponível em <http://www.obed.ufpa.br/pdfs/dissertacao_guerrilha_do_araguaia.pdf>. Acesso em 06/10/2011.

ORGANIZATION of American States. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/carta.htm>>. Acesso em: 11/09/2011

ORGANIZATION of American States. **O que é a CIDH**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/que.port.htm>>. Acesso em: 22/09/2011

PIOVESAN, Flávia. **O direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro**. São Paulo: Revista da Anistia, ed. 2, 2009.

5. Política externa aduaneira e comercial brasileira em perspectiva: o processo de evolução da política aduaneira no Brasil e a influência da Organização Mundial das Aduanas

The Brazilian foreign customs and commerce politics under perspective: the evolutionary process of the Brazilian foreign custom politics and the influence of the World Custom Organization

Edson Pereira Portela Neto³³

Talita Carneiro Ary³⁴

Resumo

Inicia-se esta exposição com uma abordagem acerca da evolução da política externa aduaneira e comercial adotadas pelo Brasil, desde os tempos da dominação Portuguesa até a modernidade, demonstrando as medidas mais importantes adotadas no decorrer do tempo para o estímulo da atividade comercial internacional e consequente aumento da arrecadação de tributos aduaneiros. Posteriormente, expõe-se acerca da criação e desenvolvimento da Organização Mundial de Aduanas, criada com o objetivo de harmonizar os procedimentos ligados à política aduaneira adotada pelas mais diversas nações atuantes no mercado internacional, para, por fim, falar da sua influência na política externa aduaneira adotada pelo Brasil.

Palavras-chave: Política Externa Aduaneira. Comércio Exterior. Organização Mundial de Aduanas. OMA. Brasil.

Abstract

This exposition is started with an argumentation about the foreign customs and commercial politics evolutions adopted by Brazil, since the Portuguese domination until the modern ages, showing the most important measures taken on that time to stimulate the international commercial business and, as of consequence, the increase of the amount of custom tax paid. Subsequently, it is exposed the creation and development of the World Custom Organization, created with the objective of harmonize the procedure taken by several nations that work with the international market, to, then, talk about its influence on the foreign customs policies adopted by Brazil.

Keywords: Foreign custom politics. Foreign trade. World Custom Organization. WCO. Brazil.

Introdução

Com a conquista de territórios estrangeiros por parte da Coroa de alguns poderosos países de política expansionista e consequente monopolização do Poder na mão do país dominante, surgiu-se a necessidade de se cobrar tributos para remunerar o Estado, personificado na figura do monarca, ou seja, do rei.

Particularmente no Brasil, de início, a Coroa não arrecadava tributos, pois somente ela estava autorizada a comercializar mercadorias pelos portos brasileiros. Contudo, como passar do tempo, o governante percebeu que aplicando-se uma política arrecadatória onde todos pagariam tributos seria mais vantajosa para a Coroa portuguesa. Foi então que se implementou uma política aduaneira meramente arrecadatória por um vasto lapso temporal. Ora, Portugal lucrava três vezes: comprava barato, vendia caro e arrecadava tributos de importação e exportação.

³³ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - Unifor, advogado com experiência na área de Direito Tributário, Direito Tributário Internacional, Direito Internacional, Direito Aduaneiro e Direito Corporativo. Membro da Comissão de Estudo Tributários da OAB-CE. Membro do Instituto de Estudos e Pesquisas de Processos Administrativos Tributários – INEPAT. Membro do Núcleo de Estudos Internacionais - NEI da Universidade de Fortaleza-CE. Pós-graduando em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza – Unifor.

³⁴ Professora da Pós-Graduação em Direito Internacional na Unifor e Orientadora deste trabalho.

Até perceber que as tarifas cobradas na entrada ou saída de mercadorias também poderiam exercer grande influência sobre a economia de outros países emergentes no comércio internacional. Daí surge a mentalidade da política externa comercial e aduaneira à época, onde promoveu-se a estruturação de órgãos para efetuar a arrecadação propriamente dita e auxiliar à Coroa na elaboração de políticas favoráveis ao desenvolvimento do país e de estratégias econômicas para prejudicar seus inimigos comerciais.

O tempo passou, os países se tornaram auto-suficientes e independentes e a forma de arrecadação evoluiu sobremaneira. As administrações aduaneiras, na qualidade de organizações governamentais que controlam e administram o movimento internacional de mercadorias, estão especialmente posicionadas para proporcionar maior segurança à cadeia logística global e para contribuir para o desenvolvimento socioeconômico, assegurando a arrecadação de impostos e taxas e a facilitação comercial.

Para tanto, se criou, logo após a Segunda Guerra Mundial, a partir do desejo dos países de retomada do comércio mundial a Organização Mundial das Aduanas (OMA), criada mais especificamente em 1952, com 17 países filiados.

Ao longo de sua existência, a OMA desenvolveu uma série de instrumentos e ferramentas para facilitar e uniformizar o trabalho das Aduanas, bem como introduziu inúmeros programas e iniciativas com o intuito de melhorar a eficácia e a eficiência das Aduanas em suas atividades de recolhimento de receitas, proteção ao consumidor, defesa do meio ambiente, combate ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro, dentre outras.

Mais especificamente em junho de 2009 o Brasil passou a integrar a Comissão de Política, como um dos representantes do Grupo das Américas e do Caribe na OMA. Dessa forma, passou a se submeter às diretrizes traçadas pela Organização em prol da simplificação, harmonização e concatenação das políticas aduaneiras adotadas.

1 Evolução do sistema e da política externa aduaneira e comercial no Brasil

De início cumpre salientar que desde meados de 1530, o governo português implantou no Brasil o sistema de Capitânicas Hereditárias, ou seja, de feudos concedidos a particulares, comumente nobres, militares ou burocratas, que detinham ampla autonomia administrativa sobre a propriedade, limitando-se a Coroa apenas a cobrar alguns tributos em detrimento da concessão.

Para efetivação e implementação de tal política de cobrança fiscal, instalou-se em cada capitania uma Provedoria da Fazenda Real, encarregada de fiscalizar o recolhimento e cobrar os tributos porventura devidos. Tais provedorias também acumulavam a função de aduanas, é tanto que seus chefes, os Provedores, eram também Juizes de Alfândega. Sabe-se que quase todas as capitânicas, exceto as do Maranhão, Santo Amaro e São Tomé, instalaram regularmente suas alfândegas.

Ressalte-se que tais provedorias não se encontravam sob a égide de qualquer regulamento, pelo que as atividades aduaneiras eram sujeitas a dúvidas frequentes e praticamente insolúveis, de modo que sempre a decisão mais favorável para a Coroa prevalecia. Só em 1549, quando foi criada a Provedoria Mor da Fazenda Real, com sede na Bahia é que a Coroa baixou regimentos tanto para esta como para os provedores das capitânicas. Apesar das modificações, o provedor ainda continuava como juiz da alfândega, tendo como seus subordinados o escrivão, o feitor, o meirinho do mar, o juiz da balança e alguns guardas.

Os principais e mais onerosos impostos aduaneiros, entretanto, não eram cobrados no Brasil, uma vez que só mercadorias vindas de Portugal podiam ali entrar. Ora, todos os países

colonialistas da época adotavam tal política aduaneira, uma vez que do contrário estariam desestimulando o comércio de mercadorias oriundas das próprias terras da Coroa. Portanto, desde os primórdios já se percebe a parcialidade na adoção de determinada diretriz fiscal, sempre prevalecendo o interesse do ente que arrecada, ou seja, do Estado.

Dessa forma, os impostos cobrados nas alfândegas brasileiras incidiam comumente sobre as exportações para fora do reino e sobre as importações feitas por comerciantes estrangeiros, que, frise-se, eram raras devido à política protecionista adotada pela Coroa.

Outrossim, ainda no século XVI, dois acontecimentos importantes marcaram a política e o sistema aduaneiro do Brasil, quais sejam: a criação da alfândega do Rio de Janeiro em 1566 que, pouco tempo depois, viria a ser a mais importante do país, e a outorga do Foral da Alfândega Grande de Lisboa, em 15 de outubro de 1587, modelo de toda a regulamentação aduaneira posterior até meados de 1832.

Já no final do século XVI, com o protecionismo exacerbado, edita-se a Lei de 9 de fevereiro de 1591, que fechou os portos do Brasil aos navios estrangeiros que não tivessem licença prévia da coroa. Em meados de 1605, diversos diplomas legais foram promulgados com o objetivo de proibir completamente o comércio com embarcações estrangeiras, com o objetivo único de prejudicar ingleses e holandeses.

Veja-se, sob o enfoque da política externa aduaneira adotada, que tal medida supostamente seria prejudicial ao Brasil, contudo, sob o enfoque da política externa comercial, o que se buscava, apesar de um pouco contraditório, pois diminuir-se-ia a arrecadação, era uma proteção econômica, com um enfraquecimento comercial da Inglaterra e da Holanda.

O século XVI não trouxe relevantes modificações no panorama comercial e aduaneiro no Brasil. No século XVIII, porém, com a descoberta do ouro que pelos paulistas em Minas Gerais, revolucionou-se o comércio internacional, tornando praticamente impossível para o governo português evitar a avalanche de mercadorias nos portos brasileiros.

A Coroa se viu diante de um problema, a manutenção do fechamento dos portos, com uma política extremamente repressiva seria um convite ao contrabando, em virtude da vasta extensão do litoral brasileiro e pelo escasso número de funcionários nas aduanas.

Obrigatoriamente, teve de haver uma certa liberalização do comércio, mantido, contudo, o monopólio metropolitano, isto é, a proibição de comércio direto com outros países. Mas, tal política trouxe consigo um problema: produtos estrangeiros passaram a entrar livremente, via Portugal, nos portos brasileiros. Para regular tal situação e não perder o controle sobre a política comercial e aduaneira até então adotadas, a Coroa impôs a Dízima da Alfândega a todas as mercadorias entradas ou saídas do Brasil. Como consequência, cresceu o serviço nas aduanas, obrigando o aumento de seus quadros.

Onde havia um funcionário, passou a existir uma Mesa, ou seja, uma secção, composta de vários servidores. Assim, o Juiz da Balança passou a chefiar a Mesa da Balança. A Alfândega do Rio de Janeiro, principal porto de escoamento do ouro e de importação de mercadorias por ele trocadas, ganhou autonomia, separando-se da Provedoria da Fazenda Real da capitania.

Posteriormente ao Ciclo do Ouro houve uma certa estagnação econômica do século XVII. Paradoxalmente, por volta de 1770, no momento em que a mineração entrava em decadência, o Marquês de Pombal instituiu o Erário Régio e as Juntas da Real Fazenda e extinguiu as velhas provedorias, tornando as alfândegas autônomas, desligadas da arrecadação dos impostos internos.

O século XIX começou com uma transformação radical. A vinda da Família Real para o Brasil resultou na imediata abertura dos portos ao comércio internacional. Apesar do esgotamento das jazidas auríferas, as aduanas voltaram a crescer em número e em movimento. A conjuntura política vivida pela Coroa lusa, totalmente dependente da Inglaterra, em virtude de um tratado firmado, impôs uma orientação que protegia excessivamente os comerciantes ingleses, favorecidos por uma tarifa de 15%, enquanto todos os demais, inclusive os portugueses, pagavam 24% *ad valorem*. Essa esdrúxula situação só foi totalmente corrigida em 1826, ano em que se venceu o prazo do tratado firmado com a Inglaterra.

Adotando-se uma estrutura governamental centralizada, mas racional, a Fazenda Pública foi objeto de uma reforma total, entre 1830 e 1832, com a extinção do Erário Régio, das Juntas e do Conselho da Fazenda, substituídos pelo Tribunal do Tesouro Público e pelas Tesourarias Gerais. Criaram-se também as Mesas de Rendas e as Coletorias.

Finalmente, as Alfândegas ganharam uma nova legislação para substituir o foral da Alfândega de Lisboa, de 1587. Em 25 de abril de 1832 foi baixado por decreto o Regulamento das Alfândegas do Império, substituído por um novo em 22 de junho de 1836. Paralelamente, a Regência criava, nos portos onde não houvesse aduana, as Mesas de Rendas, regulamentadas por decreto de 30 de maio de 1836. Os antigos Juizes da Alfândega foram, em 1834, substituídos pelos Inspetores da Alfândega.

Em 1845, o então Ministro da Fazenda, Alves Branco, estabeleceu uma nova tarifa aduaneira, esboçando um regime extremamente protecionista que pouco durou, mas constituiu um marco na história econômica brasileira.

Por outro lado, em 1860, um novo Regulamento para as alfândegas foi baixado pelo decreto n. 2647, de 19 de setembro, modificado posteriormente pelo decreto n. 6.272. Foi exatamente esse diploma legal que serviu de base para a célebre Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas. Curiosamente, essa consolidação fora feita por um funcionário aduaneiro para seu uso pessoal, mas ficara tão perfeita que o governo a adotara. Após breve atualização, esta consolidação ainda subsiste atualmente com o conhecido nome N.C.L.A.M.A.R., ou melhor, a Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas.

Com o advento da doutrina mercantilista, os gravames aduaneiros passaram a ser estudados e utilizados como ferramentas de intervenção no domínio econômico, não mais como ferramenta de mera arrecadação, como bem o notou Eça de Queiroz (1867):

Hoje está geralmente reconhecido que o estabelecimento dos direitos de alfândega tem dois fins: primeiro, dá um rendimento ao tesouro; segundo, dá ao governo meios de exercitar ou de reprimir o desenvolvimento desta ou daquela indústria, deste ou daquele gênero de comércio.

Posteriormente, já na segunda metade do século XIX, com a eclosão da produção de café, se havia reativado o comércio exterior do Brasil, que, voltando a crescer exigiria por demais das alfândegas, que iriam desempenhar um papel decisivo na administração fiscal. Apesar do liberalismo dominante, algumas tênues medidas protecionistas foram adotadas. Isso resultou num incremento do contrabando, especialmente na fronteira meridional, no final do século, obrigando o governo a criar, no Rio Grande do Sul, um Serviço Especial de Repressão ao Contrabando.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial o comércio marítimo sofreu grande baque, obrigando o Brasil a produzir e substituir artigos que não mais podiam ser importados, ocasionando um incremento na produção industrial brasileira. A crise de 1929, também

constritora do comércio internacional, acabou por beneficiar essa tendência industrial brasileira. O processo de industrialização, no Brasil, tomou corpo e logo se expandiu assustadoramente. Aliás, como conseqüência de referida crise mundial, eclodiu em 1930 a Revolução Liberal, que resultou em uma longa ditadura de cunho nacionalista.

Para fulminar de vez com as antigas oligarquias burocráticas, o Ministro Oswaldo Aranha, em 1934, procedeu a uma radical reforma na sua estrutura administrativa do governo brasileiro, substituindo o Tesouro Nacional pela Direção Geral da Fazenda Nacional, órgão composto de diversos Departamentos, um dos quais era o de Rendas Aduaneiras, dando pela primeira vez uma direção especializada para as alfândegas, sendo um marco na história da política aduaneira brasileira.

Em 1938, o Brasil já começava a se recuperar dos efeitos da crise, mas nova guerra era iminente, então, em reunião realizada em Teresópolis, o Presidente Vargas firmou uma aliança tácita com o empresariado nacional no sentido de alterar a política externa aduaneira, com a criação de barreiras tarifárias, de modo que a indústria brasileira pudesse se desenvolver sem a competição de produtos importados. A efetiva eclosão da Segunda Guerra Mundial em Setembro de 1939 consolidou tal acordo, efetivando a política protecionista então pactuada. Tal regime perdurou até 1964.

O governo Castelo Branco liberalizou um pouco as importações, abolindo barreiras administrativas e cambiais e reduzindo as tarifas fiscais, mas elas foram novamente elevadas, no governo Costa e Silva. Os governos militares que se seguiram, imbuídos da intenção de modernizar o país e premidos pela crise cambial resultante da elevação dos preços do petróleo, não quiseram ou não puderam liberalizar mais o comércio exterior. Pelo contrário, instituíram a reserva de mercado para a informática e estimularam, através de incentivos fiscais, a produção interna de numerosos setores industriais.

Destaque-se, entretanto, um avanço de grande valia para as alfândegas brasileiras, que foi a publicação do Decreto Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, fruto dos estudos e pesquisas do aduaneiro Oswaldo da Costa e Silva, que, substituiu a ultrapassada N.C.L.A.M.A.R., dotando as alfândegas brasileiras de uma legislação moderna e atualizada.

Marco importante se deu em 1968 com a criação da Secretaria da Receita Federal, que restabeleceu a racionalidade da organização fiscal federal e permitiu ao governo administrar convenientemente o complexo sistema de incentivos fiscais, ao mesmo tempo em que, modernizando os métodos, conseguiu reprimir, pelo menos em parte, a avalanche de contrabando que se despenhava contra as barreiras protecionistas. Em 1968, com a substituição da Direção Geral pela Secretaria da Receita Federal, o Departamento de Rendas Aduaneiras foi abolido, passando suas atribuições a serem exercidas especialmente pelos Sistemas de Fiscalização e Tributação.

Além disso, o endividamento externo causado pela crise do petróleo forçou o país a multiplicar as exportações; conseqüentemente, também aumentaram, embora em menor grau, as importações. O saldo obtido, necessário para o pagamento dos juros e amortizações da dívida externa, passou a gerar efeitos inflacionários e a servir de motivo para críticas estrangeiras, desejosas de que ele fosse usado para importações.

Em 1988 se implantou a Coordenação do Sistema de Controle Aduaneiro, num reconhecimento claro das necessidades geradas pelo incremento do comércio exterior. Porém, quando do advento do governo Collor, em 1990, é que se efetivou a política de abertura dos portos aos produtos manufaturados estrangeiros.

O assunto, entretanto, é delicado e envolve sérias discussões, pois países que realizaram política semelhante estão colhendo resultados contraditórios, como a baixa da inflação à custa

de desemprego em massa, sucateamento de seus parques industriais e graves conflitos sociais. Mesmo o Mercado Comum Europeu, considerado como a mais brilhante experiência de cooperação econômica internacional, já é visto hoje, por alguns críticos, como sendo na verdade uma gigantesca muralha aduaneira em torno dos consumidores europeus, tendo em vista o fechamento dos portos para as Américas.

Em contrapartida, mecanismos semelhantes foram criados pelas Américas, como o NAFTA, liderado pelos Estados Unidos, e o MERCOSUL, integrado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, com iminente inserção da Venezuela atualmente.

Assim, apesar do neo-liberalismo hoje predominante e dos enormes avanços alcançados no âmbito da política externa aduaneira e comercial, ainda se tem inúmeras barreiras alfandegárias a serem vencidas, muitas em virtude da criação dos mencionados blocos econômicos que trazem benefícios somente para restrito grupo de países, e, com isso, buscar-se um maior desenvolvimento do mercado internacional. Contudo, com a inserção do Brasil na Organização Mundial das Aduanas,

2 Organização Mundial das Aduanas e sua influência na política externa aduaneira brasileira

Como sabido, a Regulação Aduaneira ou Controle Aduaneiro é o controle promovido pelo Estado sobre a entrada e saída de mercadorias do território nacional, em determinadas áreas e por intermédio de determinados órgãos, que também atuam na elaboração de uma política externa aduaneira favorável à economia de seu país.

Todavia, para que as políticas alfandegárias não sejam definidas indiscriminadamente, visando somente o bem do próprio país arrecadador, como acontecia antigamente, foi criada a Organização Mundial das Aduanas (World Customs Organization - WCO) em 1948, que originariamente nominou-se Comitê Aduaneiro, posteriormente sucedido pelo Conselho de Cooperação Aduaneira (CCA).

Com o crescimento do número de membros, em 1994 o Conselho adotou o nome de Organização Mundial das Aduanas. Com sede em Bruxelas, Bélgica, a OMA é responsável por harmonizar as práticas aduaneiras dos países membros, propiciando um apoio técnico às aduanas nacionais menos desenvolvidas, de economias menos favorecidas, coordenando as ações entre as diversas aduanas, de modo a desenvolver um controle geral aduaneiro, administrando, ainda, os aspectos técnicos dos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre Valoração Aduaneira e Regras de Origem.

Saliente-se que o Conselho da OMA tem como objetivo assegurar o mais alto grau de harmonia e uniformidade dos sistemas aduaneiros dos países membros e, especialmente, estudar os problemas inerentes ao desenvolvimento e aprimoramento de técnicas de aduanas e da legislação aduaneira. É o órgão supremo da OMA e, como tal, toma as decisões finais de trabalho e atividades e funciona com o apoio administrativo prestado pela Secretaria e reúne todos os membros, uma vez por ano, em uma reunião presidida por um representante eleito. Esta reunião é assistida pela Comissão Política que contém 24 (vinte e quatro) membros, com aconselhamento financeiro da Comissão de Finanças com 17 (dezessete) membros.

Já a Comissão Política trata das questões políticas gerais determinantes das atividades da OMA e atua como um grupo de orientação dinâmica para o Conselho. Atuam sob a direção geral da Comissão Política o Subcomitê de Integridade, que revisa e recomenda a aprovação do Plano de Ação para Integridade, e o Grupo de Trabalho de Capacitação (TTA), que tem como função fornecer orientação para o trabalho nas áreas de capacitação, assistência técnica e formação da Organização.

A Comissão de Finanças atua sob a direção geral do Conselho da OMA e tem como papel primordial prestar apoio e aconselhamento à Comissão Política e ao Conselho em matéria orçamentária e financeira. Cabe à Comissão, assim, examinar as estimativas de todos os recursos da Organização e seus usos, assim como preparar um relatório ao Conselho a respeito. Entre as estimativas estão as de lucro e perda de conta, declaração sobre o fluxo de caixa e a de balanço.

Quanto aos Comitês, são 5 principais: a) Comitê Técnico de Regras de Origem, que colabora com o Comitê da OMC sobre as Regras de Origem (CRO) e tem o estatuto de observador junto à Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), à Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), à Divisão de Estatística das Nações Unidas (UNSD) e à Câmara de Comércio Internacional (ICC); b) Comitê Técnico de Valoração Aduaneira, que busca assegurar a interpretação uniforme das regras da OMC que regem o valor das mercadorias; c) Comitê do Sistema Harmonizado, cujo objetivo é, em cooperação com outros organismos internacionais, garantir a interpretação e aplicação uniforme do Sistema Harmonizado (SH) pelos países-membros, atualizar o SH – incorporando desenvolvimentos tecnológicos e mudanças no padrão de comércio – e promover a mais ampla utilização do SH pelas autoridades aduaneiras; d) Comitê Executivo, que trabalha para a proteção da sociedade e coopera com uma ampla rede de parceiros, incluindo a Interpol e o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) entre outros; e) Comitê Técnico Permanente, responsável pelas atividades relacionadas com a harmonização e simplificação de procedimentos aduaneiros. O Comitê colabora regularmente com uma variedade de atores no cenário do comércio internacional, incluindo a Câmara de Comércio Internacional (ICC) e da União Postal Universal (UPU).

Atualmente, a OMA representa 176 administrações aduaneiras em todo o mundo, que coletivamente processam cerca de 98% (noventa e oito por cento) do comércio mundial. Como centro global de especialização aduaneira, a OMA é a única organização internacional com competência em matéria aduaneira. Em junho de 2009, o Brasil passou a integrar a Comissão de Política, como um dos representantes do Grupo das Américas e do Caribe na OMA.

A representação do Brasil a OMA é de competência da Receita Federal Brasileira, com o apoio do Ministério das Relações Exteriores. Em 2009, foi aprovada a criação de centro regional de capacitação aduaneira em Brasília, por meio de entendimento tripartite assinado entre a Receita Federal, a OMA e a Escola de Administração Fazendária.

Contudo, como a missão da Organização Mundial das Aduanas é fiscalizar se o controle aduaneiro efetuado pelos órgãos responsáveis em cada nação está atendendo às finalidades de arrecadação de direitos aduaneiros e impostos; proteção da sociedade; proteção do meio-ambiente; coleta de informações estatísticas; imposição de regras comerciais; facilitação do comércio; e proteção da herança cultural do país, há de haver uma cooperação mútua entre a OMA e o país à ela vinculado, como é o caso do Brasil.

Observe-se que arrecadar tributos ainda continua sendo objetivo aduaneiro, mas, como se observou, desde os primórdios da política aduaneira brasileira não havia tão-somente mera pretensão arrecadatória do Estado, buscava-se exercer uma influência tanto sobre o mercado interno e como sobre o comércio proveniente do exterior.

Assim, hodiernamente, sob a orientação da OMA, o Brasil tem de harmonizar a pretensão arrecadatória com outros objetivos de importância equivalente e reflexo global. Veja-se que a arrecadação de tributos e proteção da sociedade, do meio-ambiente e da herança cultural indicam controles que podem dificultar ou até mesmo estagnar o comércio de

determinada região, o que exige, pois, é inteligência por parte dos órgãos do governo competentes na ação e compromisso entre controle e liberalização comercial.

A exemplificar: no Brasil as funções aduaneiras estão distribuídas entre diversos órgãos, principalmente Secretaria da Receita Federal, Secretaria de Comércio Exterior e Câmara de Comércio Exterior, mas não só. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) tem um papel importante na proteção da herança cultural, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) na proteção do meio-ambiente, e assim por diante. Como quem cuida da fronteira é o sistema de controle aduaneiro da Secretaria da Receita Federal, todos os demais órgãos com ela se integram nesse mister.

Portanto, vê-se que para cumprir com as diretrizes lançadas pela Organização Mundial das Aduanas, o Brasil tem de perfectibilizar o conagraçamento, união e trabalho conjunto dos mais diversos órgãos, não somente àqueles ligados à arrecadação tributária. Esses procedimentos variam, mas devem adequar-se às necessidades da sociedade, de modo a combinar eficácia (obtenção dos resultados desejados) com eficiência (economia de recursos).

3 Principais atos multilaterais em vigor para o Brasil no campo da política aduaneira

Em detrimento da política regulatória da Organização Mundial de Aduanas, há um estímulo à pactuação de tratados internacionais acerca de alguns procedimentos a serem adotados com a finalidade de simplificar e harmonizar a política aduaneira brasileira. Assim, temos os seguintes Tratados multilaterais vigentes, na seara da Política Aduaneira, para o Brasil:

a) Convenção Relativa ao Estabelecimento de uma União Internacional para a Publicação das Tarifas Aduaneiras, de 05/07/1890, promulgada pelo Decreto n. 1327 em 31/01/1891.

b) Convenção sobre a Publicidade das Leis, Decretos e Regulamentos Aduaneiros, de 03/05/1923, promulgada pelo Decreto n. 16685 de 26/11/1924;

c) Convenção sobre a Uniformidade de Nomenclatura para a Classificação de Mercadorias, de 03/05/1923, promulgada pelo Decreto n. 16685 de 26/11/1924;

d) Convenção Internacional para a Simplificação das Formalidades Aduaneiras e Respectivo Protocolo, datada de 03/11/1923 e promulgada pelo Decreto n. 18850 de 16/07/1929;

e) Protocolo Modificativo da Convenção Assinada em Bruxelas, a 05 de julho de 1890, Relativa ao Estabelecimento de uma União Internacional para a Publicação das Tarifas Aduaneiras, do Regulamento de Execução da Convenção que Institui uma Repartição Internacional para a Publicação das Tarifas Aduaneiras e da Ata de Assinatura, de 16/12/1949, promulgada pelo Decreto n. 36557 de 03/12/1954;

f) Convenção de Criação de um Conselho de Cooperação Aduaneira de 15/12/1950, promulgada pelo Decreto n. 85801 de 10/03/1981;

g) Convênio Multilateral sobre Cooperação e Assistência Mútua entre as Direções Nacionais de Aduanas da América Latina, de 11/09/1981 e promulgada pelo Decreto n. 91366 de 24/06/1985;

h) Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, de 14/06/1983, promulgada pelo Decreto n. 97409 de 23/12/1988;

i) Protocolo de Emenda à Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias, de 24/06/1986, promulgado pelo Decreto n. 97409 de 23/12/1988.

Dessa forma, o Brasil, concatenado com a legislação interna vigente, demais ditames internacionais relativos ao comércio exterior e, principalmente, com as diretrizes traçadas pela Organização Mundial das Aduanas, deve embasar sua política externa aduaneira nas determinações de supracitados atos multilaterais.

Conclusão

É forçoso admitir, em detrimento da narrativa alhures explanada, que o processo de evolução da política externa aduaneira brasileira foi lento e gradual em virtude dos entraves ocorridos por conta da dominação da Coroa portuguesa sob o território nacional.

Assim, de início, os benefícios oriundos de uma suposta política externa comercial e aduaneira bem elaborada abasteciam os cofres de Portugal, deixando os comerciantes brasileiros no prejuízo, diante de tal política predatória e benéfica somente para o governo.

Saliente-se, outrossim, que muitas vezes determinadas diretrizes de política externa aduaneira eram adotadas, consideradas supostamente prejudiciais ao Brasil, contudo, sob o enfoque da política externa comercial, o que se buscava era uma proteção econômica, com um enfraquecimento comercial de países emergentes capazes de ameaçar a soberania portuguesa.

Em detrimento do processo de evolução, passando pelo mercantilismo, protecionismo, liberalismo e neoliberalismo, o Brasil percebeu a necessidade de especialização e qualificação de seus órgãos responsáveis pela elaboração das políticas aduaneiras e comerciais, estruturando todo o arcabouço que serve de sustento às importações e exportações.

Largo passo foi dado quando o Brasil se filiou à Organização Mundial das Aduanas, que forneceu inúmeros subsídios teóricos e práticos para que o país pudesse se inserir no campo das potências comerciais modernas que detêm eficiência das Aduanas em suas atividades de recolhimento de receitas e ainda contribuem para a proteção ao consumidor, defesa do meio ambiente, combate ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro.

Veja-se que as práticas referentes ao controle aduaneiro caminham para uma uniformização longínqua, com uma forte tendência de que a política externa aduaneira esteja cada vez mais interligada e inserida nas práticas de política externa comercial.

Referências

CARRERA, Liberato de Castro, **História Financeira e Orçamentária do Império do Brasil**. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1980.

CAVALCANTI, Amaro, **Elementos de Finanças**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1896.

CARLUCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. **História da Política Exterior Brasileira**. Brasília: UNB, 2008.

LESSA, Antônio Carlos; ALTEMANI, Henrique. **Relações Internacionais do Brasil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olímpio, **História Tributária do Brasil**. Brasília: Escola de Administração Fazendária, 1989.

WERNECK, Paulo. **Comércio Exterior e Despacho Aduaneiro**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

QUEIRÓS, Eça de. **Sobre as Alfândegas**. In: Da Colaboração no Distrito de Évora (1867), v. 1, p. 42-45. 3 v. Lisboa: Livros do Brasil, s. d. [Publicado originalmente no n.º 4 do periódico Distrito de Évora, em 17 de janeiro de 1867].

6. Abordagens sobre barreiras aos produtos brasileiros pela União Europeia: o caso do mel natural

Discussion about the barriers imposed by the European Union to Brazilian products: the natural honey case

Eduarda Mourão Eduardo Pereira de Miranda³⁵

Resumo

O presente artigo faz abordagens acerca de barreiras a produto brasileiro por parte da União Européia, passando preliminarmente pelas definições e classificações sobre essas barreiras advindas da política do Protecionismo, forma antagônica ao Livre-Comércio, ambas contextualizadas no comércio internacional da atualidade. Também são discutidas as medidas sanitárias e fitossanitárias utilizadas pelos países importadores como exigências aos seus produtores visando adequações às condições locais para a efetivação do comércio entre ambos. Como reforço de argumentação, destaca-se o Acordo Sanitário e Fitossanitário (SPS) da OMC, utilizado como regulamentação das medidas sanitárias e fitossanitárias de todos os Estados-Membros da referida Organização. O caso do mel natural brasileiro banido pela União Européia entre os anos de 2006 a 2008 é utilizado como ilustração à abordagem teórica, mostrando os aspectos legais sobre o malfadado descumprimento do Brasil à Diretriz-CE, no tocante ao Programa de Controle de Resíduos, fato solucionado para o bem das exportações brasileiras no setor.

Palavras-chave: Barreiras; União Européia; Brasil; exportações; mel Natural.

Abstract

This present paper deals with the discussion around the barriers imposed by the European Union to Brazilian products, going through definitions and classifications of these barriers originated by protectionism, the antagonist of the free market, both contextualized on the actual international market. Also, it is discussed the sanitary measures and phytosanitary actualized by importer countries as a requirement to its products aiming adequacy to its local conditions in order to effectuate the market. As an effort of argumentation, it is highlighted the Sanitary and Phytosanitary Treaty of the World Health Organization, used as regulation to the sanitary and phytosanitary measures applied to all member-states of the WHO. The case of Brazilian natural honey banned by the European Union between 2006 and 2008 is used as an illustration to the theory discussion, showing its legal aspects of the Brazilian doomed breach to the Guideline, concerning the Residual Control Program, then solved to the well going of the Brazilian exports on this sector.

Keywords: Barriers; European Union; Brazil; exportations; natural honey.

Introdução

A relação comercial entre Brasil e União Européia tem sido bastante intensa nas últimas décadas, onde os produtos agropecuários se mantêm como carro-chefe nas exportações, mas um produto em especial vem sendo bastante procurado pelo mercado europeu, especialmente a partir do ano 2000: trata-se do mel natural, por razões óbvias de elementos climáticos, da flora silvestre natural abundante em nosso país, mantendo o importador europeu em alerta sobre safras e produção deste alimento. Contudo, se de um lado nosso mel natural é desejado pelos importadores europeus, de outro existem medidas sanitárias e fitossanitárias a serem cumpridas, considerando o fato de o Brasil ser membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) e ainda, haver na legislação da União Européia Diretriz taxativa sobre aplicação de Programa de Controle de Resíduos, como amparo à segurança alimentar.

³⁵ Advogada militante na área empresarial, pós-graduanda em Direito Internacional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Membro do Núcleo de Estudos Internacionais da UNIFOR. Rua Magalhães Filho, 479, Sala 2, Centro/Sul, Teresina, Piauí. 64001-350. Email: eduardamiranda@ig.com.br

Tais medidas são conceituadas nas barreiras não-tarifárias *lato sensu* como mecanismos regulatórios de proteção à saúde de animais, vegetais e das pessoas de riscos decorrentes de doenças, pestes, aditivos, produtos contaminados, etc. Com efeito, a política do Protecionismo que estabelece em suas formas as discutidas Barreiras é também criticada por muitos economistas por se contrapor ao Livre-Comércio cujas finalidades estão versadas na liberdade entre os Estados de comercializarem seus produtos como fortalecimento da integração regional.

Contudo, ao tempo em que os países lutam para a preservação do Livre-Comércio há na discrepância de suas legislações, na realidade de seus produtores, nas inconformidades entre as estruturas de cada país, o impulso de se protegerem contra malefícios que possam afetar a segurança alimentar e a qualidade de seus produtos, daí a necessidade dessas medidas sanitárias e fitossanitárias aflorarem no comércio internacional.

O Brasil tem plena certeza do espaço alcançado nas relações comerciais com a União Européia, e em razão disso, respeita as condições legais impostas por esse bloco no sentido de se adequar de forma satisfatória a ambos, evitando as longas demandas no âmbito da OMC, tanto que no caso trazido à baila, o descumprimento brasileiro ao Programa de Controle de Resíduo do mel resultou em adaptações internas e no mercado exportador por força de embargo sofrido, que fora solucionado de forma positiva para todo o segmento, apesar de um período de dois anos alternados com outros mercados.

1. Aspectos sobre o protecionismo

O comércio internacional nos tempos atuais está voltado para duas políticas oscilantes: do Livre-Comércio e do Protecionismo. Ao tempo em que a política do **Livre-Comércio** prega a livre circulação de mercadorias, serviços e capitais entre os Estados, sua atuação não é absoluta, formando par com o **Protecionismo** aplicado através de medidas específicas e com ampla atuação em diversos segmentos, o que permite a que os benefícios existentes em cada uma promovam de forma saudável o incentivo ao fluxo das exportações e importações, amparadas por uma conjuntura internacional propícia entre as nações.

Há nas teorias econômicas inúmeras definições acerca dessas duas políticas mencionadas, destacando muitas vezes em termos proporcionais os seus pontos positivos e negativos, vistas como antagônicas. Mas sobre estas, o consenso teórico é sempre no sentido de que há em ambas uma forte influência na estrutura econômica internacional.

Considerando o tema trazido neste artigo, há que se fazer um breve estudo sobre a política do protecionismo, visando chegar às formas de protecionismo, as barreiras adiante classificadas.

Doutrinariamente, o protecionismo é definido como “toda intervenção estatal, seja no sentido de restringir a concorrência de produtos importados, através de barreiras impostas a eles, ou no sentido de tornar os produtos nacionais mais competitivos, através de incentivos às indústrias ou a produtos domésticos” (LOCATELLI, 2003).

Barral ensina que os Estados são levados a aplicar uma política protecionista por várias causas: grupos de pressão; apoio popular; represália; integração regional. A primeira causa, quando um determinado grupo detentor de poder político ou econômico influencia o governo a aplicar maiores medidas de proteção do mercado nacional sobre determinada área. A segunda legitima uma política protecionista através do apoio do povo no sentido de dar ao produto nacional prioridade evitando a concorrência de produtos estrangeiros. A terceira, a represália é um forte aliado para aquele Estado que restringe a comercialização de produtos de outro resultando muitas vezes em sanções por parte da OMC. Por último, a integração regional que tem sido um dos motivadores ao protecionismo pelos Estados integrantes de um

mesmo bloco como mola da liberalização comercial, mas antagonicamente, aumentando por vezes medidas protecionistas a Estados extrabloco.

Além dessa argumentação, tais medidas protecionistas adotadas pelos Estados são vistas positivamente por especialistas econômicos como forma de proteção à indústria nascente e à segurança nacional, sendo àquela, o incentivo necessário ao fortalecimento das indústrias nacionais que ainda estão no início de suas atividades ganhando tempo para se estruturarem até que possam competir com outras estrangeiras, é uma restrição de concorrência, fato inclusive defendido pela OMC ante “a proteção à indústria nascente dentro de certos parâmetros” (GATT, art. XVIII, a). O mesmo fundamento serve para a segurança nacional como impeditivo a que indústrias estrangeiras ligadas aos setores armamentícios e afins se desenvolvam dentro de outro país.

Ainda sobre o protecionismo, Barral (2002) observa que os benefícios advindos dessa política podem ser alterados por vários fatores, dentre os quais: a) características e dimensões do mercado afetado; b) elasticidade da demanda do produto; c) competitividade estrutural do mercado protegido; d) dimensão do mercado consumidor; e) interesses políticos e sociais envolvidos.

As medidas de defesa comercial possibilitam a introdução de proteção em caráter emergencial ou até mesmo como represália a alguma política desleal configurada por outro país em razão do livre-comércio. Nesses casos, respectivamente, exemplificam-se as medidas de salvaguardas e as medidas antidumping, comumente vistas no cenário internacional.

Contudo, é de se observar que o protecionismo é doutrinariamente estudado em suas formas como barreiras tarifárias e não-tarifárias em cujos mecanismos variados viabilizam os objetivos dessa política, conforme segue.

1.1 Barreiras Tarifárias e Não-Tarifárias

Tomando-se emprestadas as definições aludidas por Marques (1994, p. 109) barreiras são: a) toda dificuldade ou padrão imposto por um país para que os produtores insiram seus produtos em um determinado mercado; b) o tratamento fático ou jurídico discriminatório aos produtos estrangeiros; c) o aumento de custos para os produtores inserirem seus produtos em determinado mercado; d) qualquer medida que impeça faticamente a entrada de um produto dentro de um determinado mercado.

Prazeres (2002, p.62) acrescenta afirmando que no âmbito da OMC um Estado membro tende a tomar medidas de proteção tipo as barreiras não tarifárias, pois as tarifárias são facilmente identificadas. Contudo as barreiras não tarifárias, embora reduzidas a poucas hipóteses lícitas, tendem a ser cada vez mais utilizadas.

Thorstensen (2003, p. 170) por sua vez, entende que é prática usual dos governos a adoção de regras sobre regulamentos e normas técnicas aplicados sobre bens produzidos internacionalmente e sobre importados, com objetivo de garantir padrões de qualidade, de segurança, de proteção à saúde e ao meio ambiente. No entanto, estas regras podem se transformar em barreiras ao comércio internacional, tendo em vista a redução de tarifas e as pressões políticas para proteção de setores menos competitivos. O critério para que normas técnicas não se transformem em barreiras comerciais é que estas estejam baseadas em regulamentos e padrões internacionais.

Considerando o fito deste trabalho, de forma sucinta cabe aqui uma passagem sobre as características de cada forma de barreira.

1.1.1 Barreiras Tarifárias

Barreiras Tarifárias vistas como tradicionais no protecionismo, são utilizadas como mecanismos de política fiscal dos Estados onerando os produtos estrangeiros a fim de reduzir a competitividade com os produtos nacionais. São os impostos ou tarifas lançados a produtos estrangeiros para introdução no mercado nacional.

Essas Barreiras podem ser: específicas (fixas, cobradas por unidade do bem importado); *ad valorem* (impostos cobrados em percentual sobre o valor das mercadorias importadas).

1.1.2 Barreiras Não-Tarifárias

As Barreiras Não-Tarifárias são definidas como toda intervenção estatal com o intuito de restringir as exportações ou incentivar a produção interna para que se torne mais competitiva, sem uso de gravames tarifários. Diferem-se das Tarifárias justamente por não estar materializadas de forma mensurável tal como uma tarifa, mas em medidas que muitas vezes se empanam no manto de regulamentos sanitários, burocracias procrastinatórias de permissões para a entrada de determinados produtos.

Assim, as barreiras possuem a seguinte classificação, mais comumente adotada: a) Proibições; b) Cotas às importações; c) Licenças prévias para importações; d) Compras do setor público; e) Requisitos locais; f) Subsídios; g) Mecanismos regulatórios. Neste último recai um maior interesse para com o presente trabalho, uma vez que se subdivide em: g1) Medidas sanitárias e fitossanitárias e; g2) Barreiras técnicas.

1.1.3. Mecanismos Regulatórios

Partindo dos Mecanismos Regulatórios, através de regulamentos ou normas nacionais os Estados pautam suas restrições quase sempre sobre matérias de segurança alimentar, saúde dos animais, vegetais e das pessoas, proteção ambiental dentre outros, estabelecendo padrões de segurança e qualidade impostos aos produtores visando suas adequações para introdução no mercado.

Daí a razão do termo regulatório, já que fulcrados na legalidade em defesa desses padrões mencionados determinados países ou blocos econômicos impõem condições muitas vezes sacrificantes aos seus produtores/exportadores, as quais podem ser vistas como medidas protecionistas dissimuladas, causando-lhes por certo efeitos negativos, ou quiçá alterações econômicas ao país prejudicado com a barreira ou embargo.

Segundo Barral (2002), esses mecanismos regulatórios são “a forma mais perversa do novo protecionismo”, pois representam uma exigência adicional para o produto estrangeiro, encarecendo o processo de sua importação e diminuindo sua vantagem competitiva. Os exemplos de padrões sanitários, técnicos e até ambientais, florescem nas legislações domésticas.”.

Contudo, existem regulamentações que não podem ser tidas como discriminatórias, ao contrário, são admitidas e não censuradas pelo comércio internacional, mesmo que à luz do comércio não causem tantos benefícios.

Os mecanismos regulatórios podem ser de dois tipos: as barreiras técnicas *latu sensu* e as medidas de proteção ambiental. As barreiras técnicas *latu sensu* se dividem em: medidas sanitárias e fitossanitárias e as barreiras técnicas *stricto sensu*.

SENAI e INMETRO também descrevem as barreiras técnicas como um subgrupo das barreiras não tarifárias, que por sua vez fazem parte do grupo das barreiras denominadas barreiras comerciais, definidas pela OMC como:

“Barreiras Técnicas às Exportações são barreiras comerciais derivadas da utilização de normas ou regulamentos técnicos não transparentes ou que não se baseiam em normas internacionalmente aceitas ou, ainda, decorrentes da adoção de

procedimentos de avaliação da conformidade não transparentes e/ou demasiadamente dispendiosos, bem como de inspeções excessivamente rigorosas” (www.inmetro.gov.br).

As medidas sanitárias e fitossanitárias elencam o foco do presente trabalho, assim como está centrado o conhecido Acordo SPS, adiante detalhado.

2. As medidas sanitárias e fitossanitárias e o Acordo SPS

As medidas sanitárias e fitossanitárias podem ser melhor definidas pelo próprio texto do Acordo SPS (Anexo 3) que expressa:

“qualquer medida aplicada para proteger a vida ou saúde de animais ou plantas de riscos decorrentes de pestes, doenças ou organismos que se alojem ou que causem doenças; para proteger a vida ou a saúde humana de riscos decorrentes de doenças trazidas por animais ou plantas; e para prevenir ou limitar outros prejuízos decorrente do ingresso, do estabelecimento ou da disseminação de pestes.”

Com efeito, essas medidas são vistas muitas vezes como entraves à livre circulação de mercadorias, conforme adverte Locatelli (2003), em razão da disparidade legislativa, a discriminação entre produtos nacionais e importados, bem como a falta de informação adequada acerca dessas medidas, causando efeitos negativos ao comércio internacional semelhantes às barreiras técnicas.

No comércio internacional há países que se utilizando de medidas como essas buscam limitar ou impor exigências de ordem técnica a que seus fornecedores se adaptem aos padrões locais para efetivação da importação.

No âmbito alimentício essas medidas estão sendo cada vez mais exigidas, conforme será debatido adiante neste trabalho.

Antes, porém, é salutar trazer breves linhas acerca do Acordo Sobre Aplicação das Medidas Sanitárias e Fitossanitárias – SPS, que foi adotado na Rodada Uruguai, juntamente com outro Acordo de Barreiras Técnicas – TBT, justamente no intuito de suprir as deficiências dos *Standards Code* e das necessidades advindas com a agricultura e segurança alimentar no contexto do comércio internacional.

Prazeres (2002) esclarece que o SPS é mais específico quanto o que se deve entender de medidas sanitárias e fitossanitárias do que o TBT o é ao definir o que são barreiras técnicas para fins de aplicação do acordo. Deste modo o TBT acaba por ter uma competência residual sobre o SPS, devendo ser resolvidos por aquele todos os casos referentes a exigências técnicas que não se enquadrem nas especificações do SPS.

Assim, o conhecido SPS é definido como medidas Sanitárias e Fitossanitárias que estabelecem regras básicas para a normativa sobre inocuidade dos alimentos, para a saúde dos animais e a preservação dos vegetais, baseando-se em princípios científicos quando da sua elaboração e são aplicadas por todos os países visando garantir a inocuidade dos produtos alimentícios destinados ao consumo humano e para evitar a propagação de pragas ou enfermidades entre os animais e os vegetais. Este Acordo elegeu as normas, diretrizes e recomendações do Codex Alimentarius de forma preferencial a serem adotadas pelos países com vistas a facilitar o comércio de alimentos.

3. Órgãos responsáveis pela aplicação de medidas sanitárias e fitossanitárias e eventuais barreiras

Alguns questionamentos são comuns quando se trata de aplicação de alguma barreira no sentido de saber quem as determina, qual o órgão ou comissão competente para tal, ou as providências cabíveis acerca de embargo aplicado, os efeitos sobre o Estado prejudicado e no

mercado atingido, se há uma solução negociável sem que tal controvérsia siga em frete para ser apreciada no âmbito da Organização Mundial do Comércio, através do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC).

Considerando o Brasil ser um país com poucos registros na OMC, o Inmetro (www.inmetro.gov.br) registra que em nosso país as barreiras técnicas são superadas de duas formas: primeira, por meio de negociação, quando são indevidas, ou, segunda, quando na verdade não são barreiras técnicas strictu sensu, mas defasagem tecnológica, pela cooperação técnica em Tecnologia Industrial Básica – TIB.

O Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio (MDIC) e o Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento (MAPA), através de seus órgãos competentes, costumam intermediar e trabalhar para regularizar as distorções encontradas e debatidas por países ou blocos em matéria de barreiras ou embargos enfrentados. Noutro turno, os exportadores costumam exercer pressões junto a esses órgãos visando a realização de um acordo ou consenso para dar cabo a tais pendências prejudiciais às exportações.

Por sua vez, a em se tratando de União Européia, quando da criação da Lei Geral da Alimentação (GFL) implementou a Autoridade Européia de Segurança Alimentar (AESA), como uma agência independente responsável pela avaliação e comunicação dos riscos. Sua missão é justamente fornecer pareceres científicos e apoio técnico e científico em todos os domínios da segurança alimentar. Os pareceres científicos são utilizados para decisões de gestão dos riscos. No entanto, gestão de risco continua a ser da responsabilidade da Comissão, Conselho e Parlamento. A AESA também centraliza a coordenação de esforços e recursos das autoridades nacionais e das agências alimentares na Europa.

Outro órgão importante para a união Européia é o Comitê Permanente da Cadeia Alimentar e Saúde Animal (SCFCA) que foi criado para auxiliar a Comissão na preparação de medidas relacionadas aos gêneros alimentícios, substituindo uma série de comitês existentes. O SCFCA é um comitê de regulamentação que desenvolve e aprova procedimentos e medidas de segurança dos alimentos (Van der Meulen et al. 2008). As tarefas específicas e funções estão previstas no GFL. O SCFCA é composto por representantes dos Estados-Membros, presidido por um representante da Comissão, e é dividido em oito seções, a fim de cobrir todos os temas em questão. Estas seções são: Legislação Geral da Alimentos; Segurança Biológica da Cadeia Alimentar; Segurança toxicológica da cadeia alimentar; Controles e condições de importação; Alimentação Animal; Alimentos e rações geneticamente modificados e Riscos Ambientais; Saúde e Bem-Estar Animal; Fitofármacos.

Em tese, quando verificado em pareceres exarados por algum dos órgãos acima mencionados, constatada alguma irregularidade de ordem sanitária e fitossanitária em regra são enviados equipes competentes para visitas técnicas *in locu* visando aplicar as Recomendações cabíveis. Em caso de descumprimento é que impera o texto da lei, através dos Regulamentos e Diretrizes.

A União Européia assim como o Nafta, possui diretrizes próprias acerca dessas medidas sanitárias e fitossanitárias, visando assegurar a segurança alimentar para não comprometer a ordem econômica dos países-membros, não obstante o Acordo SPS da OMC que possui especificidade acerca da matéria.

Portanto, quando não há o cumprimento dos compromissos firmados pelo Estado reclamado, urge a motivação para aplicação do chamado embargo. E, nem sempre um conflito entre Brasil e União Européia chega às esferas da OMC. Quase sempre são solucionadas entre ambos com as recomendações debatidas exaustivamente em inúmeras reuniões por meio de missões específicas, para finalmente serem acordadas dentro de um prazo razoável, a exemplo

do embargo ocorrido com a carne *in natura* para a EU quando teve suas exportações suspensas em fevereiro de 2008.

A decisão sobre o embargo da carne foi tomada pelo bloco após autoridades europeias e brasileiras não conseguirem chegar a um acordo sobre o número de fazendas brasileiras que poderiam receber certificação para vender o produto. A União Europeia restringiu o número de fazendas a 300 (3% das 10 mil registradas no passado), o Ministério da Agricultura (MAPA) insistia em uma lista com cerca de 2.600 propriedades. Com a recusa pelos europeus a publicarem a lista no Diário Oficial do bloco, como estava previsto no cronograma de entendimento sobre o comércio do produto realizado no ano passado, as importações ficaram proibidas, já que nenhuma fazenda brasileira possuía autorização para exportar. A polêmica foi solucionada após alguns meses de negociação e bastante pressão dos exportadores brasileiros em sua destacada condição de maiores exportadores mundial de carne e 1º exportador para a União Europeia.

4. As relações comerciais entre Brasil e a União Europeia

O Brasil tem na UE sua maior parceira comercial com 22,5% do total de seu comércio, ocupando a posição de maior exportador individual de produtos agrícolas para este bloco econômico com o percentual de 12,4% das importações totais. Dados de 2009 da União Europeia, informam ainda que o Brasil responde por 22,5% do seu comércio total e ocupa também a 10ª posição geral dos maiores parceiros comerciais da UE. Por outro lado, como o Brasil faz parte do Mercosul e faz parte das negociações em curso da UE para um acordo de livre comércio com aquele grupo regional torna-se um parceiro importante para este bloco econômico, muitas vezes como forte negociador, assim como é considerado um interlocutor-chave para a UE no em curso Rodada Doha de negociações comerciais da OMC mundo. Até 2009 a UE mantinha-se como o maior investidor estrangeiro no Brasil, com investimentos em diversos setores da economia.

O mercado brasileiro é protegido com uma tarifa aduaneira aplicada uma média de 12% e a UE o encoraja de forma consistente a reduzir tarifas e barreiras não-tarifárias, e para manter um ambiente regulatório estável para os investidores europeus e comerciantes.

Sobre o comércio de bens as exportações da UE de mercadorias para o Brasil de 2009: € 21.600.000.000 e as importações da UE de mercadorias provenientes do Brasil de 2009: € 25.700.000.000 (www.europa.eu).

No tocante às principais importações da UE oriundas do Brasil recaem sobre produtos primários, ou seja os produtos agrícolas, com algum destaque também para os produtos manufaturados como máquinas e equipamentos de transporte e diversos produtos manufaturados representam quase um terço das exportações brasileiras para a UE. Já nas exportações da UE para o Brasil são os produtos manufaturados, principalmente máquinas, equipamentos, transporte e produtos químicos o destaque.

Estudiosos afirmam que a mola mestra do futuro da UE e as relações comerciais bilaterais com o Brasil será um amplo Acordo de Associação UE-Mercosul, a fim de criar uma ampla zona de livre comércio livre. Este acordo que está em negociação deverá impulsionar a integração do comércio regional entre os países do Mercosul e estimular novas oportunidades de comércio com a UE através da remoção de barreiras tarifárias e não tarifárias ao comércio. O AA Mercosul-UE cobrirá, entre outros assuntos, o comércio de bens e serviços, investimento, direitos de propriedade intelectual (IPR) aspectos incluindo a protecção das indicações geográficas, compras governamentais, barreiras técnicas ao comércio e aspectos sanitários e fitossanitários.

Certamente, a conclusão bem sucedida da Rodada Doha contribuiria significativamente para um ambiente mais aberto e estável para o comércio e o investimento, tanto para a UE e o Brasil, justamente pelo fato de o Brasil ser parte importante no processo de Doha e uma parte do grupo G20 de países em desenvolvimento avançados, um grupo que a UE está disposta a negociar visando resultados positivos bem sucedido para as negociações de Doha.

5. O caso do embargo da União Européia ao mel natural do Brasil

5.1 A Exportação do Mel Natural Brasileiro

Considerando os padrões dos países conhecidamente fornecedores de mel natural de abelhas no mercado mundial, a história das exportações brasileira neste setor ainda é recente. Começou no ano 2000 quando China e Argentina, maiores exportadores mundiais, sofreram um embargo em suas vendas externas, passando o mel brasileiro a ter sua oportunidade no mercado mundial. Todavia, naquela época, era notória a carência na estrutura de produção, na capacitação de pessoal, nas técnicas de manejo, nas estratégias de mercado, enfim, moldar-se às vendas de grande escala era tarefa árdua, mas os resultados positivos foram se firmando ano a ano, especialmente nas regiões Sul e Sudeste e, posteriormente, nas regiões Norte e Nordeste, onde o potencial de produção é bastante superior em razão da flora e do clima propícios. Rapidamente, o Brasil se inseriu entre os 10 maiores países exportadores de mel, segundo registros do MDIC as seguintes vendas para o mercado europeu: Em 2000: 260 toneladas; Em 2001: 2.400 toneladas; Em 2003: 19.000 toneladas; Em 2004: 21.000 toneladas.

Apesar de o mel brasileiro não apresentar resíduos ou contaminantes, a falta de um plano de controle era um assunto premente, considerando o fato de o Brasil ser membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) e haver disposições legais expressas nesse sentido, a citar a Diretiva 96/23/CE, adiante explicitada.

Não à toa, que em 2003, o Brasil recebeu recomendação do Serviço de Alimentação e Veterinária (FVO) da União Européia para o cumprimento do disposto da Diretiva mencionada, no tocante ao Plano Nacional de Controle de Resíduos no Mel – PNCR. Em 2005, ante a inércia do Estado brasileiro, a Auditoria da UE constata mais uma vez a ausência do referido controle e em março de 2006 é finalmente deflagrado o embargo ao mel brasileiro por parte da União Européia.

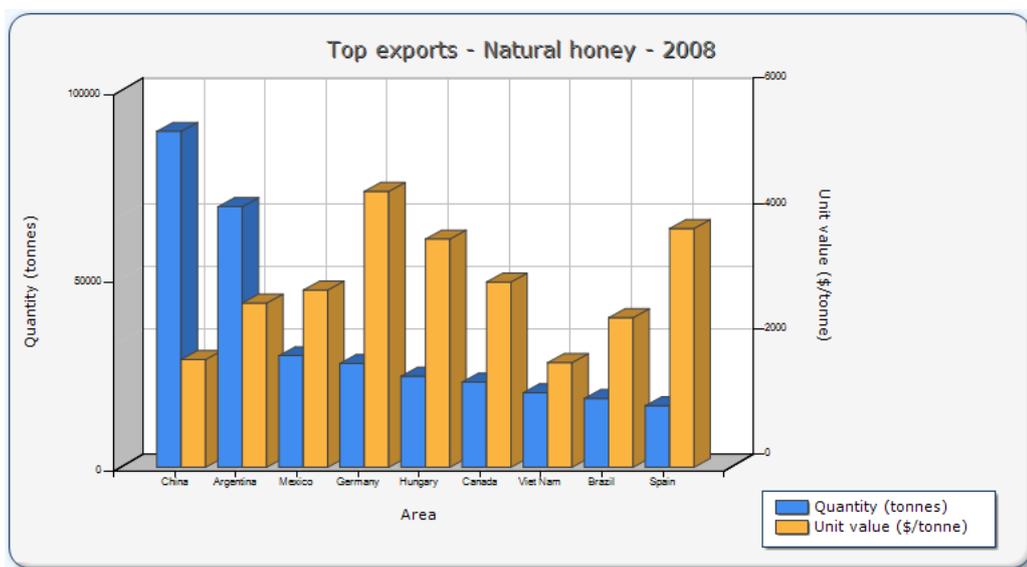
Tal decisão pegou de surpresa os exportadores brasileiros, que apostavam quase todas as suas fichas no mercado europeu, a exemplo do que ocorreu em 2005 com 76% de sua produção vendida para a UE. Por certo, foi um golpe nas estratégias de negócios daqueles fornecedores, atingindo também os demais produtores brasileiros, especialmente pelo preocupante e pequeno índice de consumo interno. Foi um período de grande insegurança para todas as esferas do setor apícola. Era preciso reagir e agir rapidamente sob pena de comprometer a produção nacional e macular a atividade que estava em plena ascensão.

E foi o que aconteceu. O Brasil reagiu ao problema buscando mercados alternativos cujas normas de segurança alimentar não dispunham de tal exigência, como os Estados Unidos, Canadá e até mesmo o Japão. O Ministério da Agricultura, Pecuária e do Abastecimento (MAPA) incluiu o mel no Programa Nacional de Controle de Resíduos Biológicos (PNCR) e, juntamente com o setor privado e suas entidades representativas, criou um plano de ação com informações sobre as práticas produtivas como a implantação de Casas de Mel e rastreabilidade da produção além de medidas visando remodelação dos laboratórios nacionais.

O fim do embargo aconteceu em março de 2008, porém os malefícios apresentados à época também serviram a que os setores públicos e privados nacionais se modernizassem e se

adequassem às normas impostas pelo Acordo de Barreiras Técnicas da OMC, o TBT e também o SPS (Acordo de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias). O Programa Nacional de Controle de Resíduos (PNCR), por exemplo, é reajustado a cada ano para oferecer as garantias de controle e monitoramento da distribuição de resíduos exigidos pelo consumidor nacional e pelas autoridades sanitárias estrangeiras, não apenas para o mel como também para produtos como carne bovina, suína, aves, leite, ovos e pescados. O MAPA, também passou a exigir a certificação das Casas de Mel dos Apicultores, que para poder fornecer o mel para o Entrepósito exportador devem obter o Serviço de Inspeção Federal (SIF). A questão do PNCR foi solucionada definitivamente e o Brasil se coloca no mercado com um dos méis mais puros do mundo.

Dados oficiais expostos pela FAO demonstram que o Brasil até 2008 já constava como o 8º maior país exportador:



Fonte: Food Agriculture Organization. WWW.fao.org

Em 10 anos, o Brasil já registrou 200 mil toneladas de mel exportadas, tornando-se o 8º maior no ranking dos países exportadores do mundo, conforme se observa na planilha dos maiores exportadores de mel.

5.2 Aspectos Legais Sobre o Caso do Mel Natural

O ponto polêmico está na Diretiva 96/23/CE que dispõe sobre as medidas de controle relativas às substâncias e resíduos nos produtos de origem animal. Especificamente sobre o caso em estudo, detectou-se que o não cumprimento desta Diretiva motivou o embargo da exportação de mel à União Européia.

Segundo a UE, o Brasil não respeitou o artigo 29 que trata sobre importações provenientes de terceiros países aos europeus, como segue:

“1. A admissão ou manutenção nas listas dos países terceiros previstas na legislação comunitária e a partir dos quais os Estados-membros estão autorizados a importar animais e produtos de origem animal abrangidos pela presente diretiva depende da apresentação, pelo país terceiro em questão, de um plano que especifique as garantias dadas por esse país em matéria de vigilância dos grupos de resíduos e substâncias referidos no anexo I. Esse plano deve ser atualizado a pedido da Comissão, designadamente quando tal for exigido pelos controles referidos no n° 3” (Diretiva 96/23/CE, art. 29).

Por causa desse referido Plano de Controle de Resíduos os exportadores de mel passaram entre 2006 a 2008 impedidos de vender mel para a UE, apesar de ter sido cumprido pela autoridade competente, após a deflagração do embargo.

Assim, a questão se voltava até então para o inexistente Programa de Controle de Resíduos em Mel (PCRM), o qual após implantado passou a ter suas ações direcionadas para a verificação das violações em decorrência ao uso indevido de medicamentos veterinários ou de contaminantes ambientais, realizando impreterivelmente análises de todas as amostras de mel colhidas junto aos estabelecimentos sob Inspeção Federal - SIF (apiários e entrepostos de mel), que efetivamente serão vendidas para o importador europeu.

Outro requisito legal questionado está no artigo nº 11 do Regulamento CE nº 178/2002 que também embasou o embargo da exportação de mel à União Européia, que dispõe:

“Os géneros alimentícios e os alimentos para animais importados para a Comunidade para aí serem colocados no mercado devem cumprir os requisitos relevantes da legislação alimentar ou as condições reconhecidas pela Comunidade como sendo pelo menos equivalentes ou ainda, caso exista um acordo específico entre a Comunidade e o país exportador, os requisitos previstos nesse acordo”.

Segundo informações da ABEMEL – Associação Brasileira de Exportadores de Mel, a comissão de inspeção sanitária da União Européia alegou que o Brasil não tinha equivalência com o bloco no que se refere às diretivas para controle de resíduos e contaminantes no mel, o que acarretou no embargo.

Inexiste, entretanto, a exigência para que o produtor primário seja registrado em qualquer órgão competente, com o fim de comprovar a boa procedência do mel ou apresentar a regularidade com as boas práticas de produção de alimentos.

A rastreabilidade é outro item importante ao caso, onde no citado regulamento, requisita o asseguramento da procedência do mel à Comunidade Européia. Como se vê no texto do artigo nº 18, parágrafo 1º:

“1. Será assegurada em todas as fases da produção, transformação e distribuição a rastreabilidade dos géneros alimentícios, dos alimentos para animais, dos animais produtores de géneros alimentícios e de qualquer outra substância destinada a ser incorporada num género alimentício ou num alimento para animais, ou com probabilidades de o ser.”

Este dispositivo garante a rastreabilidade do alimento, medida a ser imputada aos exportadores, os quais possuem a responsabilidade perante os consumidores finais. Adiante o parágrafo 2º do mesmo artigo exige que os operadores das empresas do setor alimentar, no caso os apiários e os entrepostos de mel e cera de abelhas, devam ter o controle, para o informe sobre o fornecedor do mel. Como se vê, o citado regulamento dá diretrizes e normas gerais a serem seguidas quanto a importação de alimentos oriundos de terceiros países à União Européia.

Destaca-se finalmente ao caso, que a não exigência de Registro pela legislação européia aos produtores primários do setor apícola tem a finalidade de impedir a criação de barreiras comerciais, justamente para não se caracterizar protecionismo ao mercado europeu, o qual é vedado pela Organização Mundial do Comércio.

Os Regulamentos Técnicos sobre produtos podem variar de país a país. Se os Regulamentos são elaborados de maneira arbitrária, podem ser utilizados com fins protecionistas. Desta forma, o Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio procura garantir que as normas e os Regulamentos Técnicos, assim como os procedimentos de avaliação da conformidade, não criem obstáculos desnecessários ao comércio.

Conclusão

O presente artigo fez um apanhado, de forma breve, sobre a política do Protecionismo no comércio internacional no qual insere as chamadas barreiras tarifárias e não-tarifárias, sendo estas a ter atenção maior sobre o estudo apresentado. Essas barreiras *lato sensu* através dos mecanismos regulatórios aplicam as medidas sanitárias e fitossanitárias como forma de proteger a saúde de animais, vegetais e das pessoas contra pestes, doenças e contaminantes, dentre outros. Sob tais medidas e à luz de sua legislação de segurança alimentar a União Européia, apesar de ter no Brasil um forte parceiro comercial, já embargou alguns produtos brasileiros tais como: a carne e o mel, sendo este último analisado como exemplo de caso.

Referências

ABEMEL. **Associação Brasileira dos Exportadores de Mel**. Disponível em <<http://www.abemel.com.br>>. Acessado em 06.10.2011.

BARRAL, Welber. **Protecionismo e neoprotecionismo no comércio internacional**. In: **O Brasil e o Protecionismo**. São Paulo: Aduaneiras, 2002. 269 p. cap. 1, p.13-38.

BRASIL. **MINISTÉRIO DE AGRICULTURA PECUÁRIA E ABASTECIMENTO MAPA**. Disponível em <<HTTP://www.agricultura.gov.br>>. Acesso em 6 out 2011.

BRASIL. **MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO INDUSTRIA E COMÉRCIO MDIC**. Disponível em <<HTTP://www.mdic.gov.br>>. Acesso em 6 out 2011.

EUROPEAN UNION. Disponível em <HTTP://www.europa.eu/about-eu/index_pt.htm>. Acesso em 06 out 2011.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. Disponível em <<HTTP://www.fao.org>>. Acesso em 6 out 2011.

INMETRO; CNI; SENAI. **Barreiras Técnicas às exportações: O que são e como superá-las**. Disponível em: www.inmetro.gov.br . Acesso em 6 out 2011.

LOCATELLI, Liliana. **Proteção ao consumidor & comércio internacional**. Curitiba: Juruá, 2003. Cap I, p. 23-68.

OLIVEIRA, Nelson Brasil de. **Barreiras invisíveis no comércio**. Publicado na Gazeta Mercantil de 16 de dezembro de 2002. Disponível em: www.inmetro.gov.br . Acesso em 6 out. 2011.

PRAZERES, Tatiana. **Barreiras técnicas e protecionismo na OMC**. In: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e o Protecionismo**. São Paulo: Aduaneiras, 2002. 269 p. cap. 3, p.61-88.

_____, Barreiras técnicas In: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 165-182.

THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. 2a ed. São Paulo: Aduaneiras, 2003. 517 p

WORLD TRADE ORGANIZATION. Disponível em <<HTTP://www.wto.org>>. Acesso em 06 out. 2011.

7. FOCEM – Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do MERCOSUL para Pequenas e Médias Empresas

FOCEM – Convergence of Structural Funds and Institutional Strengthening of MERCOSUR of Small and Medium Enterprises

Fernanda Olea do Rio³⁶

Resumo

Esta produção acadêmica trata de demonstrar as progressões que o Mercosul obteve mediante a consolidação do FOCEM. Entretanto, seu principal objetivo está diretamente relacionado ao processo funcional dos Fundos de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul, sendo mais específico no âmbito do setor produtivo, revelando que apesar da existência dos recursos alocados com a intenção de se servirem a utilização pelas pequenas e médias empresas, o mesmo não se faz tão conhecido por seus destinatários. Assim, constatou-se mediante o levantamento de alguns dados, que desde o período em que vigora o fundo há apenas três projetos nesse âmbito. Com este artigo, pretendo que sejam despertados os beneficiários sujeitos ao fundo com uma participação mais significativa, ampliando suas relações com os países-membros, progredindo economicamente e despertando também o crescimento e a capacitação social. A metodologia aqui utilizada tem por base dados fornecidos na V Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional realizada no Palácio do Itamaraty, Rio de Janeiro, Brasil. Também conta com dados históricos acerca do Mercosul e FOCEM, disponíveis em seus próprios sites institucionais e também regulamentos e tratados disponíveis na Internet. Dessa forma, verificou-se que as pequenas e médias empresas devem buscar o conhecimento do funcionalismo do Fundo e interagir de forma progressiva dentro das expectativas que ensejaram a existência do FOCEM.

Palavras-Chave: Mercosul; FOCEM; Setor produtivo; Pequenas e médias empresas.

Abstract

This academic research is to show the progressions that Mercosur obtained by consolidation of FOCEM. However, its main purpose is directly related to functional process of the Structural Convergence Fund and Institutional Strengthening of Mercosur, and specifically in the productive sector, revealing that despite the existence of resources allocated with the intention to serve the use by small and medium enterprises, it is not so well known for its recipients. Thus, it was noted by some survey data, from the period which runs the fund there are only three projects in this area. With this article I want to be awakened beneficiaries subject to the fund with broader participation, expanding its relations with member countries, progressing economically and also attracting growth and social empowerment. The methodology used is based on data provided in the Fifth National Conference on Foreign Policy and International Politics held at the Itamaraty Palace, Rio de Janeiro, Brazil. It also has historical data about the Mercosur and FOCEM available on their own sites as well as institutional regulations and treaties on the Internet. Thus, it was found that small and medium enterprises should seek the knowledge of the functionalism of the Fund and interact in a progressive manner within the expectations that have caused the existence of FOCEM.

Keywords: Mercosur; FOCEM; productive sector, small and medium enterprises.

Introdução

A existência de blocos econômicos reside na tomada de decisões políticas com base nas decisões econômicas e comerciais de cada Estado participante. Assim, basta instrumentalizar seu funcionamento por meio de uma organização jurídica.

Dessa forma, o Mercosul foi fundado através do Tratado de Assunção em 1.991 com o escopo de criar um mercado comum entre os países que conjuntamente deram anuência.

Por comportar quatro países cujas economias são de dimensões bastante diferentes, foi o Mercosul notado como um bloco envolto de muitas disparidades as quais são de nível

³⁶Graduanda em Direito. Universidade Nove de Julho – Uninove- São Paulo.

territorial, populacional e econômico, sendo o Brasil o país mais participativo, chegando a contribuir com 70% de seu PIB.

Essas diferenças, entretanto, podem ser medidas pelo IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), PIB (Produto Interno Bruto) e ICG (Índice de Competitividade Global), portanto, a amplitude das desigualdades só tende a dificultar o processo fortalecedor de integração.

Desta feita, visando minimizar essas dissimetrias nasceu o FOCEM, cujas contribuições que o compõe chegam a US\$ 100 milhões por ano, sendo estas não-reembolsáveis; ainda assim, existe a possibilidade de também serem efetuadas as contribuições voluntárias.

Destarte, os Estados-membros, mediante aportes, contribuem com este fundo proporcionalmente ao valor de seu PIB, valor este que fica a disposição do financiamento de diversos projetos que estejam voltados a demonstrar um desenvolvimento bastante expressivo.

Portanto, com a existência do FOCEM o Mercosul tende a passar por uma transição bastante significativa, de maneira a se aproximar cada vez mais da isonomia entre os seus membros partícipes.

1 Mercosul

O Mercosul, ora designado Mercado Comum do Sul é um bloco econômico que se consolidou através do Tratado de Assunção assinado em 26 de Março de 1.991 entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Atualmente a Venezuela depende de aprovação e só passará a integrar este grupo quando vigorar o Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao Mercosul, sendo assim, ela participa apenas como observadora.

Não pode se deixar de mencionar as Associações que remontam a existência do Mercosul: ALALC – Associação Latino-Americana de Livre Comércio, criada pelo Tratado de 18 de Fevereiro de 1.960 e ALADI – Associação Latino-Americana de Integração, criada por meio do Tratado de Montevideu em 1.980 que acabou por substituir este primeiro tratado. O que se pode observar é que o fim último de ambos esteve voltado a criação de um mercado comum na América Latina.

Uma vez patente o crescente desenvolvimento dos mercados no âmbito internacional, fez-se necessário elaborar um esquema de integração econômica num contexto mundial, visando à expansão das relações comerciais e o fortalecimento dos mercados nacionais, valendo-se dos meios acessíveis e harmonização legislativa tendente o ao progresso científico e tecnológico dos Estados- partes, de maneira a atingir o crescimento e avanço de suas economias a fim de expandir a qualidade de seus bens e serviços voltados ao aperfeiçoamento das circunstâncias em que se insere a camada social de cada um destes.

Com base nessas projeções é que nasce o Mercosul, mas num primeiro momento ainda inexperiente e não conseguindo abranger todas as previsões contidas no Tratado de Assunção. Muito criticado, esse bloco econômico passou por crises e críticas, mesmo porque não dispunha de meios eficientes que o conduzisse a reduzir as assimetrias entre os países-membros, além da carência de uma forte inter-relação política que visasse o bem comum, tendendo a alcançar uma satisfação social produtiva.

Caracterizado por uma união aduaneira, o Mercosul nasceu objetivando o progresso do desenvolvimento da América Latina, a aproximação de suas economias e de seus países por meio de uma atuação no âmbito social, político e econômico.

O Mercosul abarca três principais órgãos decisórios, são eles:

- 1 Conselho do Mercado Comum – CMC: é o órgão culminante, composto pelos ministros de relações exteriores e de economia dos Estados- partes, cuja função é garantir a efetividade do propósito de integração presentes no Tratado de Assunção por meio de decisões.
- 2 Grupo Mercado Comum – GMC: é um órgão de caráter executivo que se pronuncia através de resoluções, composto pelos ministros de relações exteriores e também pelos Bancos Centrais dos Estados- parte, tendo como uma de suas principais atribuições realizar transações comerciais em nome do Mercosul com anuência manifesta do Conselho de Mercado Comum.
- 3 Comissão de Comércio do Mercosul – CCM: é um órgão auxiliar do Grupo Mercado Comum, cujo pronunciamento se dá através de Diretivas. É coordenado por intermédio dos Ministérios das Relações Exteriores, tendo por escopo cuidar pela devida política comercial, bem como do comércio entre os países formadores do bloco e os demais em nível internacional.

Ainda assim, pode-se citar outros órgãos consultivos de que fazem parte da organização do Mercosul:

Comissão Parlamentar Conjunta, Foro Consultivo Econômico e Social, Foro de Consulta e Concertação Política, Comissão Socio-Laboral, Comitês Técnicos, dentre outros.

Este bloco econômico também conta com Estados associados, são eles: Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru, os quais, se convidados, podem estar presentes nas reuniões dos órgãos que constituem o Mercosul, porém sem a possibilidade de participar da votação.

Para melhor compreensão, o Tratado de Assunção que diz respeito a origem do Mercosul, assim dispõe no artigo 1º acerca de suas principais finalidades:

“A livre circulação de bens serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários restrições não tarifárias à circulação de mercado de qualquer outra medida de efeito equivalente; O estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; A coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.”³⁷

Desta feita, também compreende o Embaixador Simões:

“O Mercosul baseia-se nas concepções de: progressiva abertura comercial na direção da integração na economia mundial; alocação de recursos utilizando os sinais de mercado; atuação do setor público em resposta a demandas do setor privado, que reorganiza sua produção em função da nova realidade; inclusão de bens, serviços e

investimentos. Em suma, o Mercosul é um bom exemplo da nova geração de acordos regionais direcionados para a chamada integração mais profunda.”³⁸

Esta é a realidade que vive o Mercosul, um mercado comum tido muitas vezes como inexistente por não produzir efeitos ou atentar eficazmente as suas intenções aludidas no Tratado. Assim, hoje se pode afirmar com satisfação que de 1.991 até agora, o Mercosul progrediu de US\$ 4,5 bilhões, fechando este ano de 2010 com um valor estimado em US\$ 40 bilhões. Esta realidade hoje afirmada é prova do funcionamento, da expansão e dos esforços dos Estados- partes, além disso, com o advento do Fundo de Convergência Estrutural do Mercosul é mais uma forma de se trazer a tona o sucesso com que caminha a integração sulamericana.

2 O FOCEM e Alocação Atual de Recursos

Trata-se do Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul. Sua criação ocorreu em 16 de dezembro de 2004 através da decisão 45/04 do CMC – Conselho do Mercado Comum, porém só passou a vigorar em Junho de 2005 por meio da decisão 18/05 do CMC. Além disso, a vigência dele ocorrerá por pelo menos dez anos, a contar da primeira contribuição realizada por um dos Estados Partes.

Tendo em vista que as disparidades entre os Estados-membros integrantes do Mercosul sempre foi um fato notório dentro do bloco, isso passou a ser motivo digno de uma atenção especial que mais adiante com a elaboração de um plano estratégico eficiente, resultou na consolidação do FOCEM.

Contudo, faz-se necessário destacar que precedente a existência do FOCEM já eram pleiteadas as prerrogativas que dizem respeito ao tratamento diferenciado na medida da desigualdade existente entre os países do Mercado Comum do Sul, fato este que pode ser compreendido através das seguintes decisões: 08/94 e 27/03 do Conselho Mercado Comum; sendo que a primeira foi de iniciativa Argentina e seu objetivo era fixar tratamentos especiais quanto as relações nas zonas francas de Manaus – Brasil e Terra del Fuego – Argentina; já o segundo diz respeito a uma iniciativa Argentina com a finalidade de estimular a criação de um fundo destinado a redução das assimetrias existentes no Mercosul. Em virtude deste projeto e seus objetivos principalmente é que se enseja a criação do FOCEM.

A origem da existência do Fundo destaca-se pela compreensão de que as disparidades só tendem tornar moroso o alcance do contínuo desenvolvimento econômico, de maneira que o aproveitamento das chances para a expansão do mercado fica ameaçado. Assim, os países detentores de uma condição financeira elevada passaram a assumir a postura de colaboradores em relação aos de economia subalterna.

Dessa forma, a finalidade do Fundo reside no fortalecimento da integração regional dos países que constituem o Cone Sul, buscando minorar as diferenças sociais e econômicas, estimulando a competitividade, proporcionando assim uma relação harmônica entre os países que fazem parte do bloco econômico em questão.

Ao FOCEM compete integrar as regiões menos favorecidas do Mercosul, principalmente nas regiões de fronteira, aperfeiçoando sua infra-estrutura econômica, conduzindo-as ao estímulo do crescimento do capital financeiro em seus setores, bem como

³⁸ Antonio José Ferreira Simões. *Mercosul: uma visão estratégica às vésperas de seu 20º aniversário*. V Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional: O Brasil no Mundo que vem aí, Brasília: FUNAG, 2010, pg. 57.

abrindo vistas para o fomento e efetividade do desenvolvimento das atividades nele elencadas no que diz respeito a sua organização.

Buscando a redução das assimetrias com relação distribuição de riquezas dos países pertencentes ao Mercosul, foram instituídos aportes que devem ser disponibilizados semestralmente com base no PIB histórico de cada um deles, na seguinte proporção: **Argentina** □ 27%; **Brasil** □ 70%; **Paraguai** □ 1% e **Uruguai** □ 2% (CMC – 45/04; artigo 6).

Atualmente, segundo o embaixador Simões, totaliza US\$ 650,00 milhões o valor dos recursos do fundo que é destinado para o financiamento dos projetos aprovados. Note-se que maior parte do valor (estimado em 85%) é de natureza não reembolsável, ou seja, a fundo perdido; caráter de doação, consistindo em reduzir as desigualdades entre as populações beneficiárias do Fundo.

Em contrapartida, as economias menores têm maior direito no recebimento dos recursos disponibilizados pelo Fundo, logo se demonstra: **Argentina** □ 10%; **Brasil** □ 10%; **Paraguai** □ 48% e **Uruguai** □ 32% (CMC – 45/04; artigo 10).

A Secretaria Administrativa do Mercosul juntamente com uma unidade técnica do FOCEM (UTF/SM) são responsáveis por cuidar do funcionamento do Fundo e contam também com um grupo de especialistas *Ad Hoc* – *Gahe*-FOCEM. Em cada país-membro existe uma Unidade Técnica, de forma que no Brasil é a Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SPI/MP), a qual encontra respaldo no Decreto 5.985 de 13 de dezembro de 2006, nos artigos 17 e 18. Ainda neste contexto acrescenta-se que 0,5% do valor total destinado ao Fundo é repassado para as UTF/SM de forma a custear as atividades administrativas provenientes do FOCEM (CMC 18/05; Art. 6º).

A destinação do capital alocado no FOCEM deve estar ligada a um dos quatro programas que poderão ser financiados pelo mesmo, entretanto, a atenção central deste estudo está direcionada em especial ao Programa II; são eles: ³⁹

- **Programa I:** Convergência Estrutural □ Construção, modernização e recuperação de vias de transporte modal e multimodal que otimizem o movimento da produção e promovam a integração física entre os ‘Estados-Partes’ e entre suas sub-regiões; exploração, transporte e distribuição de combustíveis fósseis e biocombustíveis; geração, transporte e distribuição de energia elétrica; e implementação de obras de infra-estrutura hídrica para a contenção e condução de água bruta, de saneamento ambiental e da macrodrenagem.

- **Programa II:** Desenvolvimento da Competitividade □ Geração e difusão de conhecimentos tecnológicos dirigidos a setores produtivos dinâmicos; metrologia e certificação da qualidade de produtos e processos; rastreamento e controle da sanidade de animais e vegetais e garantia da segurança e da qualidade de seus produtos e subprodutos de valor econômico; promoção da vitalidade de setores empresariais, formação de consórcios e grupos produtores e exportadores; fortalecimento da reconversão, crescimento e associativismo das pequenas e médias empresas, e sua vinculação com mercados regionais; promoção da criação e do desenvolvimento de novos empreendimentos; e capacitação

³⁹ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Manual para Apresentação de Estudos de Viabilidade Socioeconômica com vistas à apresentação para a obtenção de recursos do Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul (FOCEM).

profissional e em auto-gestão, organização produtiva para o cooperativismo e o associativismo e a incubação de empresas.

- **Programa III:** Coesão Social □ Implementação de unidades de serviço de atenção básica à saúde; melhoria da capacidade hospitalar; erradicação de epidemias e endemias; ensino fundamental, educação de jovens e adultos e ensino profissionalizante; orientação e capacitação profissional; concessão de microcrédito; fomento do primeiro emprego e de atividades econômicas solidárias; combate à pobreza; e acesso a habitação, saúde, alimentação e educação para setores vulneráveis das regiões mais pobres e de fronteira.

- **Programa IV:** Fortalecimento da Estrutura Institucional e do Processo de Integração □ Aumento da eficiência das próprias instituições do Mercosul.

O procedimento que enseja a concessão do financiamento segue o seguinte trâmite:

O projeto que se adequar a um dos programas supramencionados deverá ser primeiramente encaminhado à Comissão de Representantes Permanentes do Mercosul – CRPM através das Unidades Técnicas Nacionais do FOCEM responsáveis. A comissão irá analisar se projeto está em conformidade com os requisitos exigidos. Feito isto, a UTF/SM envia uma resposta à CRPM juntamente com o Grupo de especialistas *Ad Hoc* em formato de parecer técnico. Considerando procedente o projeto, a comissão envia uma síntese do relatório ao Grupo Mercado Comum – GMC, que, por conseguinte elabora um relatório e transmite ao CMC, o qual decidirá sobre viabilidade da concessão do financiamento.

3 Recursos Destinados a Pequenas e Médias Empresas

Com previsão no Programa II, os projetos que dizem respeito ao fortalecimento da reconversão, crescimento e associativismo de pequenas e médias empresas, bem como sua vinculação aos mercados regionais e fomento com vistas a desenvolver novos empreendimentos, também estão expressamente mencionados no art. 30, VII da decisão 01/10 do CMC.

Com ênfase no exposto, faz-se fundamental salientar as inovações advindas do novo Regulamento para o FOCEM, de maneira que os recursos alocados nele deverão ser totalmente destinados as empresas e aos fornecedores que o integram; isso faz parte do chamado “Tratamento Mercosul”, assim designado pela primeira vez.

Dentre os projetos aprovados, cuja finalidade é firmada em estimular o desenvolvimento do processo competitivo e integrativo dos países do bloco, pode-se citar um que foi denominado “*Qualificação de Fornecedores da Cadeia Produtiva de Petróleo e Gás*”, projeto este apresentado pelo Grupo de Integração Produtiva do Mercosul, que tem por escopo capacitar pequenas e médias empresas deste ramo, difundindo-as de maneira a estimular a otimização de suas atividades bem como o progresso econômico das mesmas.

Contudo, apesar do fato supra mencionado é notória a escassez de desenvolvimento de projetos diversos que estimulem a maior participação das pequenas e médias empresas, uma vez que os Fundos são pouco divulgados e quase não se tem conhecimento sobre o seu funcionamento. Este fato é tão determinante que se somando a quantidade precedente de projetos já aprovados pelo FOCEM que correspondem a 25 com os aprovados que resultam em 9, apenas 3 se destinam às pequenas e médias empresas:

Projetos Aprovados Para	Valor Total (US\$)	Valor Financiado pelo
Pequenas e Médias Empresas		FOCEM (US\$)
Argentina – Pequenas e médias empresas exportadoras de bens de capital, plantas fabris e serviços de engenharia	672.000	552.5
Mercosul – Qualificação de Fomecedores da Cadeia Produtiva de Petróleo e Gás: O Brasil apoiará a capacitação de pequenas e médias empresas dos sócios no setor de petróleo e gás.	3.672.236	2.849.063
Mercosul – Intensificação e Complementação Automotiva no Mercosul: o Brasil estimulará a competitividade de pequenas empresas dos sócios no setor automotivo das regiões metropolitanas de Buenos Aires, Córdoba, São Paulo, Brasília, Porto Alegre, Assunção e Montevideú.	3.929.244	2.960.881
OBS.: O montante excedente será financiado pelo país que corresponda ao respectivo projeto.		

Fonte: Produzido pelo autor mediante dados da XXXIX Reunião Ordinária do Conselho do Mercado Comum – 2 de Agosto de 2010 em San Juan, Argentina.⁴⁰

Com fulcro nos dados apresentados é possível concluir que pouco se fala na expansão do setor produtivo, tendo em vista que a eficácia do Fundo já está em atividade desde 2005. Apenas três projetos voltados ao setor dos 34 somados até agora é a comprovação da falta de conhecimento e pouca divulgação do Programa, o que se torna cada vez mais distante da visão daqueles que teriam o interesse de pleiteá-lo.

Sendo assim, a oportunidade para que se alcance a justiça social, o desenvolvimento econômico, estrutural e institucional, ficam cada vez mais afastadas no que tange a eficiência do Programa II, posta a insuficiente propagação dos Fundos de Convergência e em virtude disso o conseqüente despreparo técnico que impede a condução dessas empresas ao alcance dos pressupostos de exigibilidade para que se obtenha aprovação de eventuais projetos.

Não faz sentido a existência de um programa que nasce com metas visando a integração, a igualdade, o crescimento econômico e competitivo dos Estados- partes, se o mesmo não chega ao conhecimento daqueles que estão previstos em seu regulamento. É

⁴⁰ www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?title=off&contentid=2375&site=1&channel=secretaria, acesso em: 07/10/2010.

preciso dar ciência, abranger as extensões do programa a tal ponto que se amplie as relações de competitividade, implicando assim num significativo crescimento não apenas de caráter econômico, mas também social, atingindo na integralidade os propósitos que ensejaram a criação do FOCEM.

Conclusões

Os recursos alocados pelo FOCEM estão funcionando com vistas a atingir cada vez mais a efetividade dos objetivos presentes no Tratado de Assunção, buscando atenuar as diferenças e fortalecer economias até então vulneráveis.

Com este forte esquema de integração, muitos resultados já são notórios em relação ao aumento da produtividade econômica, porém no setor produtivo o processo caminha lentamente, uma vez que não se eleva ao conhecimento de todos, tornando morosa a progressão econômica de pequenas e médias empresas, uma vez que poderiam estar em fase de expansão. Poucos são os projetos apresentados por estes grupos, fortalecendo mais as entraves do que abrindo caminhos para a capacitação econômica e estrutural. Investir em pequenos negócios com vistas a obter grandes resultados é o que deve ser fruto de análises por parte dos pequenos e médios empresários a partir dos recursos a eles disponíveis por meio do FOCEM.

Referências

V CNPEPI. **Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional: O Brasil no mundo que vem aí** – Brasília: FUNAG, 2010.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. **Manual para Apresentação de Estudos de Viabilidade Socioeconômica** com vistas à apresentação para a obtenção de recursos do Fundo de Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul (FOCEM). Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/programasprojeto/focem/Focem_Manual_02.pdf> Acesso em: 07/10/2010.

Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/principais-resultados-do-xxxix-conselho-do-mercado-comum-san-juan-2-de-agosto-de-2010>>. Acesso em: 07/10/2010.

Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/>>. Acesso em: 07/10/2010.

Tratado de Assunção. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/trassuncao.htm>>. Acesso em: 08/10/2010.

Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?cat=156&sub=279&sec=10>>. Acesso em: 08/10/2010.

Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/mercosul/blocos/MERCOSUL.htm>>. Acesso em: 09/10/2010.

Secretaria do Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=10&channel=secretaria>>. Acesso em: 09/10/2010.

8. Ponderações sobre um novo mecanismo global de unificação dos sistemas de proteção aos Direitos Humanos

Considerations about a new global unification mechanism of the Human Rights protection systems

Gerardo Maia Mendonça Neto⁴¹

Sabrina Florêncio Ribeiro⁴²

Resumo

A Globalização possui reflexos em diversas áreas, muito embora seus principais benefícios tenham sido obtidos apenas na seara econômica. As constantes violações de direitos humanos por parte dos Estados-Nações, no que pertine ao não cumprimento dos direitos reconhecidos nas Cartas Constitucionais, viabilizou com a internacionalização dos direitos humanos, e conseqüente relativização da soberania destes Estados, oportunidade na qual o direito internacional vem atuando de forma complementar no cumprimento desses direitos. O sistema de proteção aos direitos humanos vem sendo realizado de forma regional, no que pese seus benefícios, as grandes potências ainda restam impunes a algumas sanções, cumprindo-as quando de seus interesses, o que enfraquece o sistema de proteção como um todo. Portanto, defender-se-á uma unificação no sistema de proteção dos direitos humanos, no que pertine à aplicação de sanções por não cumprimento de decisões destes órgãos, viabilizada por meio de um mecanismo de agregação social virtual, o que pode ser feito pelas novas mídias.

Palavras-chave: Globalização; direitos humanos; proteção.

Abstract

The Globalization has reflection on many areas, however its principals benefits had been reached on the economics. The constant violations on the human rights done by the States, concerning the non-appliance to the recognized rights of their Constitutions made possible, after the internationalization of the human rights and resulting relativization of the sovereignty of them, the opportunity in which the international law has been working on a complimentary way on the fulfilling of these rights. The human rights protection system has been making in a regional way, on the behalf of its benefits, what weakens the protection system as one. Therefore, it has to be defended the unification of the human rights protection system, concerning the application of sanctions for noncompliance of decisions of these bodies, made viable by a mechanism of virtual social aggregation, which can be made by the new medias.

Keywords: Globalization; human rights; protection.

Introdução

Entre o final do século XX e início do século XXI, vem ocorrendo uma reestruturação em todas as áreas; v.g., finanças, mercado, cultura, tráfego de pessoas e, conseqüentemente, o Direito, com vistas à formação de um sistema de alcance planetário, sendo esse envolvido em uma mesma lógica. As conseqüências desta globalização é nefasta para o Welfare State, à medida que os interesses econômicos se sobrepõe a direitos conquistados de forma árdua por parte da população, no transcorrer do processo evolutivo histórico.

A busca pela implementação do projeto cosmopolita de Kant é considerada utópica, porém, no que tange à seara de direitos humanos, observa-se uma progressão, ainda que a passos lentos, dessa regulamentação internacional, e, inclusive, vinculando as leis internas de um país a decisões de tribunais internacionais, como vem ocorrendo com bastante êxito na Corte Européia de Direitos Humanos. No que pese os argumentos de que uma corte como essa, só seria possível na Europa, em decorrência do sentimento de comunidade que envolve esses países, fenômenos recentes, como a Primavera Árabe, mostram que é possível a união política dos povos, por meio das tecnologias de comunicação, cada vez mais avançadas e difundidas.

⁴¹Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza

⁴²Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza

Porém, não obstante o caráter *jus cogens* da Declaração Universal de Direitos Humanos, os direitos humanos hoje são tutelados de forma regionalizada, dada a vantagem desse sistema devido às peculiaridades geográficas, resta inviabilizada a possibilidade de aplicação efetiva, que por meio de vasta pesquisa, defender-se-á que só poderá ser feito por meio de bloqueios econômicos com a participação conjunta das nações.

1. A globalização e seu reflexo no sistema político-jurídico internacional

O debate sobre a globalização se dá primordialmente na esfera econômica, neste âmbito a globalização propiciou grandes progressos à nível de interação dos países, como a criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, o Fundo Monetário Internacional – FMI e o Banco Mundial, pondo fim ao imperialismo de um único país perante o mundo. A parte política, no entanto, sofre com as divergências Inter-Nações, conforme assevera Fernando Henrique Cardoso:

Por trás dessas reviravoltas, rápidas e avaliadas na perspectiva da história mundial, encontram-se dois processos, não necessariamente dependentes um do outro, mas interconectados, um no plano econômico, outro no político. Ao primeiro costumamos qualificar genérica e inespecificamente, de “globalização econômica”; ao segundo, menos discutido, poderíamos qualificar de “quebra das hegemonias mundiais” ou, mais, mais simplesmente, desarticulação das formas globais de dominação, dificultando a vigência de uma ordem mundial estável. (CARDOSO, 2008, p. 4)

O direito internacional vem se destacando pela busca da cooperação política, principalmente no que tange à viabilização da aplicabilidade eficaz dos direitos dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no entanto, para que o direito internacional obtenha o êxito que todos anseiam, é necessária uma atuação conforme a estrutura clássica do Direito, de punição para uma norma não cumprida, conforme assevera Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, muito embora não se defenda aqui o positivismo, dada a preponderância do neoconstitucionalismo no direito atual.

1.1 A globalização e seus efeitos

Em um breve transcurso histórico, podemos considerar que o fenômeno da globalização possui, sem dúvida, como marco intensificador a Internet, um conglomerado de redes conectando milhões de computadores em todo o planeta, o que permitiu um estreitamento entre os países e a redução a zero de distâncias territoriais no plano das comunicações. O ritmo da sociedade mudou.

A partir desse estreitamento surgem então os blocos econômicos, tais como o NAFTA, MERCOSUL, Tigres Asiáticos, União Européia, com vistas ao fomento econômico, muito embora não tenham surgido idéias defendidas e postas em prática com o mesmo empenho, em relação a intercâmbios que favorecessem a implementação e eficácia de políticas sociais, com vistas a reduzir as disparidades entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. De acordo com o jornalista, sociólogo e diretor do *Le Monde diplomatique* na Espanha, Ignacio Ramonet (2011, p. 22):

O processo globalizador neoliberal brutaliza os povos, humilha os cidadãos e despoja os jovens de futuro. E a crise financeira, com suas “soluções” de austeridade contra a classe média e os mais humildes, piora o mal-estar geral. Os Estados democráticos estão renegando os próprios valores. Em tais circunstâncias, a submissão e o acatamento da ordem são absurdos.

Portanto, no que pese todos os avanços travados pela globalização, essa se caracteriza por aumentar a discrepância entre países desenvolvidos e os ditos subdesenvolvidos em um verdadeiro movimento de “caça às bruxas” por parte da porção mínima dos detentores de

poder à qualquer mecanismo que interfira em seus negócios. A consequência desta postura é o aprofundamento dos problemas sociais e das disparidades entre nações, o que ocorre até mesmo nos países de primeiro mundo, tudo isso resultado de uma escassa ou, por assim dizer, inexistente fiscalização nesse ramo de negócios que vai além do Estado-Nação.

[...] nos países adiantados cresce o número de cidadãos e cidadãs que não concordam com a mão única que pretendem impor às suas vidas. A sensação entre as classes não-proprietárias é que, de uns tempos a esta parte, aumentou a insegurança. Além do desemprego crônico e endêmico, os que continuam empregados assistem ao encolhimento das oportunidades de um emprego estável e bem remunerado. **Não bastasse isso, estão sob constante ameaça de definhamento as instituições de bem-estar, que ao longo das últimas décadas vinham assegurando, nos países desenvolvidos, direitos sociais e econômicos aos grupos mais frágeis da sociedade. Tal sensação de insegurança é o resultado da invasão, em todas as esferas da vida, das normas de mercantilização e da concorrência, como critérios dominantes da integração e do reconhecimento social.** (BELLUZZO, 2004, p. 34-35, grifo nosso).

A necessidade de manter-se competitivo a nível mundial força o Estado a uma nova atuação, como bem aduz o filósofo Jürgen Habermas em seu artigo “Beyond the Nation State”: “A globalização da economia cria um sistema transnacional que borra as fronteiras entre comércio interno e externo, e a força os Estados-nação a mudar sua visão de si mesmos como atores do mundo. concluindo que, por conta dessa atuação: A globalização da economia termina a história do compromisso do Estado Providência.” (tradução nossa).

A subversão de valores ocorre por conta de quatro polos estruturadores dos novos tempos, de acordo com Gilles Lipovetsky e Jean Serroy (2008), são eles: o hipercapitalismo, o hiperindividualismo, o hiperconsumo e a hipertecnização. (pág. 39, *Le monde*). Os três primeiros decorrentes entre si, porém um fenômeno que vem sendo observado e cada vez mais discutido na dialética jurídica é a “brecha” que a hipertecnização, por meio das mídias sociais, permitiu de modo a gerar uma resistência a governos insatisfatórios de acordo com a opinião pública.

1.2 As tecnologias de comunicações instantâneas

A comunicação interindivíduos sofreu um *upgrade* por meio das redes sociais, as quais possibilitaram a concretização de vários levantes, conforme supracitado, dentre eles a Primavera Árabe, conceituada como uma serie de rebeliões em países ditatoriais, como Egito, Tunísia e Líbia, incorrendo na queda de seus respectivos ditadores, quais sejam Hosni Mubarak, Zein Bem Ali e Muammar Gaddafi, em verdadeiro ato democrático viabilizado pela comunicação cibernética. Algo que não foi viável por séculos a fio, em questão de meses, quando o povo se encontrou com um artifício capaz de difundir idéias, rapidamente tomou-se o poder.

Outras revoltas estão ocorrendo, como uma epidemia, primeiramente com os árabes, depois gregos, espanhóis, portugueses, chilenos, israelenses e, por fim, os britânicos. Estão todos insatisfeitos com as formas de atuação de seus Estados, os quais cedem a interesses do capital, levando à privatização de empresas públicas, construídas a custos de impostos, bem como a redução de investimentos na educação e saúde. Os jovens alegam que: “A educação já não é um mecanismo de mobilidade social. Ao contrário: é um sistema que reproduz as desigualdades sociais”. (RAMONET, 2011, p.22), reclamam ainda que: “O sistema não cessa de favorecer os ricos e massacrar os pobres. Há cortes nos serviços públicos, as pessoas morrem nas salas de espera dos hospitais depois de terem esperado um médico horas a fio.” (RAMONET, 2011, p.22)

A criação de uma governança global

Diante da real possibilidade de resistência e cobrança por parte da sociedade para com os governantes, passamos por um momento extremamente propício para criação e posterior efetivação do projeto de um organismo internacional unificado, diferentemente do sistema regional fragmentado com base na boa-fé. Uma ordem supra, com vistas à aplicação de uma sanção eficaz. Inicialmente, pensa-se em utopia, mas o filósofo Jürgen Habermas cogita esta possibilidade, trazendo-a para um plano real:

Claro, ninguém gosta de manter a posição de utopia, muito menos hoje, quando todas as energias utópicas parecem estar esgotadas. Assim, na ausência de qualquer notável iniciativa da ciência social, a idéia da política supranacional recupera o atraso com mercados globalizados, mesmo que ainda não tenha alcançado o estágio de um "projeto". Mas poderíamos começar a falar de um tal projecto se pudéssemos delinear novos procedimentos transnacionais e instituições que refletem a opinião política, e que sugerem como compromissos entre interesses conflitantes, obviamente, pode ser obtida dentro da ordem mundial política existente. Em uma sociedade estratificada como a nossa, os interesses irreconciliáveis surgem da interdependência assimétrica entre os países desenvolvidos, recém-industrializados e subdesenvolvidos. Mas estes conflitos podem ser minimizados através da elaboração de procedimentos institucionalizados para um processo político transnacional que induz os poucos atores coletivos mais capazes da ação global para dar prioridade não apenas a seus próprios interesses, mas também para as vantagens de "governança global".

Hodiernamente, resta consolidada uma nova era de interdependência entre Estados, surgindo o direito global, o qual opõe-se ao direito doméstico, esse entendido como fechado dentro dos limites do próprio Estado nacional. (SUNDFELD, 1999). Como veremos adiante, é inexorável a coadunação do constitucionalismo com o direito das gentes, aquele sem prejuízo de sua estrutura, de modo que: “A diferenciação regional da sociedade global – marcante e de muita relevância para os sistema político e jurídico – é relativizada pelo novo contexto. Descrever o direito exige, por isso mesmo, uma semântica e um modelo teórico à altura da complexidade do sistema global” (CAMPILONGO, 1999)

Não se pode falar em uma violação do unitarismo do direito, pois não são dois sistemas que existem independentes entre si, mas dois sistemas que se complementam, que interagem, atuando de forma complementar. Por óbvio que não há como se defender um tribunal que possua competência concorrente com cortes nacionais, o que se propõe é um mecanismo suplementar, de forma que em não cumprindo com suas obrigações, um indivíduo lesado, considerado como um cidadão do mundo e sujeito de direito internacional, tem a oportunidade de buscar o reparo de seu dano junto a um tribunal composto por várias outras nações, todas empenhadas em um mesmo fim, a efetivação dos direitos humanos.

Os cidadãos por ocasião deste direito global são elevados do plano jurídico nacional, tornando-se efetivos sujeitos de direito internacional, não cabendo apenas a Estados, Ong's e Organismos Supranacionais tal prerrogativa, todos passam a fazer parte desta “Governança Global”. Aduz a autora Flávia Piovesan que:

A sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omissivo na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. **Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado se mostra falho ou omissivo na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais. Ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território.** O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de violação a direitos fundamentais, a

resposta das instituições nacionais se mostra insuficiente e falha, ou, por vezes, inexistente. (PIOVESAN, 1999, p.200, grifo nosso)

1.3 A legitimidade da ordem jurídica internacional

Neste azo, passa-se a analisar quais são os contornos desse direito insurgente, considerando que o ordenamento jurídico é posto na soberania do Estado, portanto, haveria validade no direito internacional? Sobre esse tema existem várias correntes, dentre elas o realismo, o construtivismo, o liberalismo internacionalista, a Escola Inglesa, o pluralismo, entre outras. A quantidade de teorias que vêm sendo desenvolvidas ensejaria um novo artigo ou até mesmo um livro, portanto, vamos nos debruçar sobre o Realismo, a Escola Inglesa e o Construtivismo, de modo a permitir uma dialética.

O realismo, considerado a corrente pessimista do direito internacional, aduz que o orgulho e egoísmo humano jamais permitirão a ascensão de um direito que se faz por palavras, pois o *Homem é o lobo do homem* e *pactos, sem a espada, não passam de palavras, desprovidas de força para proteger um homem*, dizia Hobbes (2010, p. 76). De acordo com os realistas:

O cenário internacional ainda viveria no Estado de Natureza, uma vez que não houve centralização do poder já que os entes que compõem o sistema são soberanos e, assim, não se submetem a uma autoridade externa. Em face disso, os teóricos realistas acreditam que as regras internacionais tem sentido fraco e somente são respeitadas por prudência e conveniência. (JUBILUT, 2010, p. 77)

Em arrasto a essa linha de raciocínio se manifesta a Escola Inglesa de Hedley Bull, a qual defende uma organização do espaço anárquico internacional por meio do direito internacional, defendendo para isso uma lei internacional em sentido forte, escola apronfundada pelo Construtivismo, o qual, como o próprio nome aduz, defende o erigir do cenário internacional a depender de seus agentes políticos, construção esta que se dá por meio de valores mínimos compartilhados (JUBILUT, 2010).

Assinala-se neste contexto a reinvenção do território, onde observa Canotilho que “quanto mais o direito estiver supranacionalizado ou internacionalizado tanto menos o território constituirá as margens do mundo soberano” (CANOTILHO, 2002). Nesse quadro se destacam organismos como a Organização das Nações Unidas, exposta a seguir, e a Corte Européia de Direito Humanos, a ser melhor esmiuçada no capítulo referente a tribunais internacionais.

1.4 Organização das Nações Unidas

O surgimento da Organização das Nações Unidas – ONU - se dá após o impacto dos prejuízos causados no pós-primeira e segunda guerras mundiais, que resultou em mais de 70 (setenta) milhões de mortos, inclusive civis, além dos estrondosos prejuízos econômicos. A imposição da força unilateralmente passou a dar lugar à validação de um órgão internacional que garantisse a paz e a segurança do planeta, nesse interim surge a Organização das Nações Unidas, a qual se propõe, conforme seu preâmbulo, disposto na Carta das Nações Unidas:

A PRESERVAR as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e

A REAFIRMAR a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e

A ESTABELEECER condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e

A PROMOVER o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. (Carta das Nações Unidas, grifo nosso)

A ONU hoje, setembro de 2011 (dois mil e onze), conta com 192 (cento e noventa e dois) países membros, graças a seu respaldo no cenário internacional e o respeito que lhe vem sendo atribuído, assim como ao direito internacional como um todo. “O objetivo principal da criação da ONU foi o estabelecimento de um novo sistema de segurança internacional: um sistema que substituísse o uso da força unilateral por um sistema de segurança coletiva.” (FRANCK, 2005 apud JUBILUT, 2010) As armas estão sendo paulatinamente substituídas por tratados e acordos, no presente, é vislumbrada “a reconstrução de uma ordem internacional e de um sistema valorativo com a prevalência do ser humano.” (JUBILUT, 2010, p. 91)

Todavia, a forma de atuação desses organismos, ainda se dá de forma tímida, na seara do *pacta sunt servanda*, incorrendo no vilipêndio desses organismos, tendo em vista que a regra do *pacta sunt servanda* está ligada à ideia de respeito e cumprimento das obrigações estabelecidas utilizando como fundamento a boa-fé. Durante grande parte do século vinte foi assim que se deu o direito internacional:

Primeiro, somente os estados interessados têm a capacidade de iniciar o processo, o que significa que os estados controlam o acesso ao processo e podem exercer este poder por razões além de reivindicação de interesses particulares legal. Em segundo lugar, nenhum destes corpos tem a autoridade para impor sanções diretamente sobre aqueles que violam as obrigações do direito internacional. No máximo, eles podem convidar outras pessoas para impor sanções, como a WTO faz quando autoriza um membro lesado para retaliar contra um transgressor. (COLLINGWOOD, R. G.; BOUCHER, David, 1999, p. 10, tradução nossa)

Como efeito disto, a discussão em torno da legitimação do direito internacional se dá com base na possibilidade ou não da imposição de sanções por parte dos organismos internacionais havendo quebra de acordo ou por não cumprimento de normas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que tem sido, por alguns doutrinadores, alçada a status de Constituição Internacional, dado seu caráter *jus cogens*.

2. A omissão brasileira no cumprimento dos direitos fundamentais e a necessidade de uma abertura jurídica internacional

Tomaremos como objeto o sistema político-jurídico brasileiro, para o aprofundamento da problematização de não cumprimento dos direitos fundamentais dentro do Estado-Nação.

A Constituição Federal do Brasil, que assim dispõe em seu artigo 5º e 6º a garantia de direitos individuais e sociais, dentre estes últimos, trabalho, saúde, educação, alimentação, lazer segurança, proteção a infância, dentre outros. Em contraste a esses dados, temos que: 14 milhões de pessoas passam fome, 1,440 milhão de pessoas estão desempregadas (considerando-se apenas a população economicamente ativa), 14,1 milhões de analfabetos e 1,8 milhão de moradores de rua, dentre outros fatos que colidem com a proposta estatal.

Quando um cidadão transgredir a lei, imediatamente o Estado tem obrigação de lhe aplicar uma sanção; e quando o Estado não cumpre a norma, que sanção receberá? Para fundamentar a necessidade de cumprimento do art. 5º e 6º da Constituição Federal, traremos à tona a teoria de Alexy sobre princípios, uma vez que estes artigos tratam eminentemente sobre princípios.

Segundo Alexy (2008), regras e princípios são normas, não existindo hierarquia entre ambas. A distinção entre regras e princípios é que, estes são mandamentos de otimização, os quais consistem na capacidade de serem satisfeitos em graus variados, vinculando-se não somente às possibilidades fáticas, mas também às possibilidades jurídicas já as regras são

mandamentos definitivos, estão na seara do *all-or-nothing* proposto por Ronald Dworkin, em que não existem graus de satisfação delas, ou se cumpre em seu teor total ou não cumpre.

Os princípios carregam os valores mais caros da sociedade, tratando primordialmente de direitos fundamentais, nos quais vigora o caráter soberano, e, é importante frisar, não absolutório, pois esta característica não pode existir, em se tratando de Direitos Humanos ou Direitos Fundamentais.

Dentre todos os princípios, um vem ganhando destaque no cenário jurídico, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando como um super princípio, estando esta característica intimamente atrelada ao seu distinto caráter *prima facie*, sendo este considerado, nacional e internacionalmente, pilar dos Direitos Humanos, bem como à noção de sopesamento, que demonstrará por fim a supremacia deste princípio.

Dentre os conceitos oferecidos, Sarlet (2004, p.59-60), formula uma proposta de conceituação mais completa de dignidade da pessoa humana como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O entendimento da supremacia do Princípio da Dignidade da pessoa Humana está intimamente atrelado ao seu distinto caráter *prima facie*, pois é considerado, nacional e internacionalmente, pilar dos Direitos Humanos, bem como a noção de sopesamento, que demonstrará por fim a supremacia deste princípio. Como demonstrado, a dignidade da pessoa humana não é um princípio de amplitude isolada para um Estado, é algo que ultrapassa as barreiras políticas e geográficas dos países alcança toda a comunidade internacional.

Neste interim, surge o movimento de internacionalização dos direitos humanos, sobre o qual dispõe Flávia Piovesan que são universais e indivisíveis e ainda que: “só é possível conceber direitos humanos globais mediante a relativização e flexibilização da soberania do Estado”. (PIOVESAN, 1999, p. 196). A autora defende que a esfera de proteção dos direitos humanos não deve ser adstrita ao Estado, devendo o direito abandonar sua fase clássica indo de encontro a uma nova era de cooperação e solidariedade entre os atores globais, ante a complementaridade destes.

2.1 A reserva do possível

A reserva do possível foi um instituto importado do direito germânico, conquanto de forma distorcida, a começar pelas condições econômicas e os indicadores sociais entre Brasil e Alemanha, que possuem diferenças gritantes. O caso apreciado, no qual surgiu o conceito de reserva do possível, foi em contexto totalmente diferente do que costuma ser aplicado no Brasil.

A situação ocorrida na Alemanha, citada por Peter Häberle a Constituição Alemã garante a todos os cidadãos o direito de acesso com igualdade de chances às já existentes instituições de ensino superior, só podendo este ser restringido, tendo em vista o princípio prestacional, por critérios objetivos aferíveis judicialmente. Portanto, o judiciário não deve, de modo a se livrar do problema ou a isentar o Estado de sua responsabilidade, alegar, sem dados, que um direito não é possível de ser aplicável em face da reserva do possível.

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada

poderia ser feito, ainda que houvesse “vontade política”, face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável. (Olsen, 2008, p. 209)

Diante da insatisfação perante os governos, é inviável o retorno ao Estado natural, e Rousseau já dispunha sobre isso em seu próprio pacto, senão vejamos:

Como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para se conservar é formar por agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia. [...] Cada um enfim, dando-se a todos, a ninguém se dá; e como em todo sócio adquiro o mesmo direito que sobre mim lhe cedi, ganho o equivalente de tudo quanto perco e mais forças para conservar o que tenho. (ROUSSEAU, pág. 29-30 grifo nosso)

Impende, portanto, que é necessária uma resistência para o realinhamento ao pacto social, de modo que cada contexto sugere uma resposta e, no momento atual, por conta do crescente acesso à tecnologia, surgem instrumentos de mobilização popular e de evolução do direito internacional supracitados, um organismo dotado de legitimidade internacional para fiscalizar as ações dos Estados seria plenamente encaixável, dado a própria tendência em favor da Constituição, em seus atos dispositivos transitórios.

2.2 A resistência jurídica brasileira para uma abertura jurídica internacional

O ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro, Dr. Gilmar Ferreira Mendes, é a favor da política supranacional, muito embora, demonstre em seu artigo, “A justiça Constitucional nos contextos supranacionais”, a necessidade de uma reforma constitucional na Carta Magna brasileira, para que o Brasil possa albergar as novas tendências, sem desmerecer o formato da autodeterminação, do Estado Nação.

Mendes entende que o atual modelo constitucional, posto na soberania territorial dos Estados, serve de trampolim para uma mundialização. Corroborando com seu entendimento, PIRES (1997, p. 8-9) entende que “todo esse quadro faz com que a Constituição perca o sentido de singular elemento-chave do universo jurídico-político. O Estado deixa de ser o Estado-império e passa a ser Estado-Região. Ademais, o Estado deixa de ser o detentor da última decisão.”

É uma característica forte do Brasil a questão diplomática, mas a nossa Lei Maior trata de forma rala o assunto, dando ensejo amplas discussões doutrinárias, sobre temas simples como a hierarquia de normas e tratados dentro do ordenamento jurídico nacional e a aplicabilidade direta ou não de tratados internacionais que já passaram pelo crivo do Senado Federal.

O sistema brasileiro é cheio de mecanismos que travam a integração com as demais regiões, tornando-se extremamente defasado. Até mesmos nossos vizinhos como Argentina (art. 75, inc. 24, CF), Paraguai (Art. 9º, CF) e Uruguai (art. 6º, CF) estão à frente nesse processo, pois possuem em seus textos constitucionais conceitos de supranacionalidade, abrindo portas para uma jurisdição comum no âmbito do Mercosul, coisa que o Brasil, que está sempre a frente nas negociações do bloco, não o faz, em uma posição extremamente contraditória.

Muito embora o Brasil não garanta a efetivação desses direitos reconhecidos em tratados, o fato de subscrever-se a tratados de direitos humanos, conforme assevera PIOVESAN (1999, p. 204) “simboliza o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia da legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante à matéria”.

3. Tribunais internacionais de Direitos Humanos

Diante dos fatos outrora expostos, ou seja, de crescente legitimação do direito internacional, do caráter normativo dos princípios e da necessidade de cumprimento dos direitos garantidos nas Constituições, além da relativização da soberania, se faz necessária a criação de uma corte mundial de direitos humanos, em que os indivíduos possam ser sujeitos de direito internacional e por si possam buscar a tutela jurisdicional, como ocorre na corte Européia, sem a necessidade de se submeter ao crivo de nenhuma comissão ou Estado para reclamar o seu direito.

Urge também que o pleito de direitos humanos saia da esfera da boa-fé, de recomendações e resoluções e se eleve. Portanto, que passe a se pensar em como obrigar os Estados a cumprirem as decisões dessas cortes. Ora, se os Estados, hodiernamente, obedecem ao mercado, pois bem, a idéia é ir de encontro à economia, como o Conselho de Segurança do ONU o faz, em casos de descumprimento de algumas imposições, por meio de bloqueios econômicos.

O grande problema da criação de um novo tribunal em direitos humanos, seria a questão da competência, muito embora o Prof. Marcelo Neves defenda de forma bem fundamentada o transconstitucionalismo, no qual o problema se resolveria por meio de diálogos entre as variadas cortes. Não obstante os argumentos do sopesado autor, um choque de competência é inevitável, por tanto, passa a se expor a seguir um esboço do atual sistema de proteção aos direitos humanos.

A forma de atuação das cortes de direitos humanos vem se dando de forma regionalizada, para tanto, existe o Sistema Interamericano, o Europeu e o Africano, o continente Asiático não possui uma sistema de proteção atinente a tutela desses direitos. Afora isto, existe um conselho na Organização das Nações Unidas sobre direitos humanos.

3.1 O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

A OEA – Organização dos Estados Americanos, criada pelos países do Continente Americano, é uma instituição regional composta por 35 nações independentes que congrega várias estruturas de proteção aos direitos humanos. Dentro da OEA existe o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos que, segundo no artigo 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, é composto por dois órgãos a Comissão e a Corte Interamericana de Direito.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi criada pela 5ª Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, realizada em Santiago, Chile, em 1953. Começou a funcionar em 1960, como entidade autônoma da Organização dos Estados Americanos (OEA). Muito embora diante da comissão possa haver atuação de indivíduos, esta é um órgão de análise, investigação e fomentação de políticas em prol dos Direitos Humanos, suas decisões e recomendações são meros norteamentos para os Estados partes do processo, ou seja, o *soft law*.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial, o qual atua de forma consultiva e contenciosa, esta última vinculando os Estados membros da OEA. Ressalte-se que os indivíduos, de *per si*, não possuem o direito de peticionar às cortes. Somente a Comissão Interamericana e os Estados-Partes da OEA podem impetrar um processo ao crivo desse Tribunal, diferentemente da Corte Européia, em que há a possibilidade da vítima, inclusive sem advogado, peticionar perante a corte em busca de reparação de seu dano.

3.2 Sistema Europeu de Direitos Humanos

O Sistema Europeu foi instituído por meio da Convenção Européia de Direitos Humanos, a qual foi assinada em 1950, dividindo-se em dois órgãos: a Comissão e a Corte Europeias de Direitos Humanos. No entanto, em 1998, por meio do Protocolo nº 11, houve uma fusão entre a Comissão e a Corte, modificando o mecanismo de controle, possibilitando um maior acesso.

A Corte Europeia foi criada para fiscalizar e garantir os direitos dispostos na Convenção Européia de Direitos Humanos, a qual foi assinada em Roma, dia 4 de novembro de 1950 (mil novecentos e cinquenta) e ganhando vigência a partir de 3 de setembro de 1953. (mil novecentos e cinquenta e três). Os Estados, ao todo já somam 27 (vinte e sete), que ratificaram a Convenção se submetem a essa jurisdição, ficando o ordenamento interno do país subordinado às decisões da corte, portanto, conforme dispõe o site oficial da corte:

The Convention is applicable at national level. It has been incorporated into the legislation of the States Parties, which have undertaken to protect the rights defined in the Convention. Domestic courts therefore have to apply the Convention. Otherwise, the European Court of Human Rights would find against the State in the event of complaints by individuals about failure to protect their rights.

A corte Europeia é muito respeitada por meio de seus países signatários, tanto que países não membros da União Europeia, como a Rússia, são signatários desta corte, buscando seus benefícios para a população. O presidente do Supremo Tribunal Russo, em entrevista no Brasil, assim dispôs:

A Rússia é membro do Conselho da Europa e assinou a Convenção Europeia para defesa dos direitos humanos, portanto, a Rússia encontra-se sob a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A prática de cidadãos da Rússia se dirigirem ao Tribunal Europeu já é bastante grande (em meu país). É um direito constitucional dos cidadãos da Rússia após ter concluído todos os graus de jurisdição, após passar por todos os níveis, de dirigir-se ao Tribunal Internacional.[...]

Neste século XXI o Direito Internacional cada vez mais está interligado e com isso saem daquelas questões puramente nacionais específicas de cada país e passam a integrar-se e a interligar-se cada vez mais em busca da defesa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em princípio essa é a atuação que nós estamos realizando.

3.3 O Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos

O sistema Africano se deu por meio da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, assinada em 1981 na cidade de Banjul, na Gâmbia, ficando conhecida como Carta de Banjul. Assemelha-se em muito ao sistema interamericano, possuindo dois órgãos, quais sejam a Comissão e a Corte Africanas de Direitos Humanos. A Comissão, encarrega-se de promover e proteger os direitos humanos e dos povos, possuindo atribuições consultiva e contenciosa, neste ponto difere da interamericana, atuando a Corte somente subsidiariamente.

A função consultiva é de estudos e pesquisas relacionados ao tema, quanto ao exercício da função contenciosa, a comissão ao analisar o caso de violação à Carta Africana, fará recomendações ao Estado violador ou poderá também sugerir a reparação do dano. Em não havendo solução amistosa, o caso poderá ser submetido à Corte Africana de direitos do homem e dos povos.

4. A criação de uma Corte Mundial de Direitos Humanos

Embora pareça utópico o projeto de uma Corte Mundial de Direitos Humanos é realizável desde que exista um mecanismo de poder que a viabilize e este só poderá provir do povo. Ora, existe uma Organização Mundial de Comercio, o Bird, o FMI, ou seja, para a seara comercial foi encontrada uma alternativa viável, portanto, em havendo uma cobrança por

parte da sociedade de seus representantes, é plenamente possível a criação de uma corte mundial de direitos humanos, haja vista que a criação de um organismo mundial em seara de interesse do Estado foi viável.

Como foi observado em capítulo anterior, o sistema de proteção de direitos humanos se dá de forma fragmentada, de forma regionalizada. No que pese os avanços desses sistemas, o ideal é buscar a unificação existentes em outras searas, ainda que seja só na esfera punitiva, para que se mantenham os mecanismos regionais de acesso às vítimas, bem como a facilitação de decisões políticas à nível de cortes e comissões. O objetivo não é destituir o que está posto, mas complementa-lo com vistas a uma maior eficácia ante países até então intocáveis. Uma atuação conjunta por partes dos países possibilita a imposição de sanções mais efetivas, como bloqueios econômicos, utilizados tanto pelo Conselho de Segurança como pela OMC.

Supondo-se situação A, em que o Brasil impõe um bloqueio econômico à China, obviamente que o Brasil sairia prejudicado ante o cenário econômico global, rapidamente a China encontraria um novo parceiro econômico, ou ainda, uma situação B em que o Panamá iria impor um bloqueio econômico aos Estados Unidos, seria uma sanção inócua para o maior PIB do mundo, porém se falando de uma corte mundial, inclusive se vincularmos sua atuação à ONU, o bloqueio far-se-á por meio de seus signatários, que hoje são 192 países, portanto, seriam 192 países, e não somente o Panamá ou o Brasil, buscando um bloqueio econômica à China, aos Estados Unidos ou a qualquer outro país.

Existe quase uma necessidade de vinculação desse novo órgão à Organização das Nações Unidas, dada a sua legitimidade internacional, não adianta criar mais uma corte inócua, sem respaldo jurídico. Obviamente que, para uma vinculação à ONU, seria necessária uma proposta de resolução diante do Conselho de Segurança e para aprovação de tal, se faz necessária a ratificação de uma maioria e, ainda, que não haja veto por parte de nenhum dos países.

Muito embora a globalização e seu neoliberalismo vilipendiem o Welfare State, esta própria globalização possui uma outra faceta, que é a de interação cada vez maior da sociedade, por meio da comunicação. As tecnologias de comunicação instantâneas iniciam uma nova era. Os autores Michael Hardt e Antonio Negri, em sua obra *Império*, assim dispõe:

A passagem ao Império e o processo de globalização oferece novas possibilidades para as forças de libertação. [...] A globalização, é claro, não é uma coisa única, e os vários processos que conhecemos como globalização não são unificados, nem unívocos. Nossa tarefa política, defendemos, não é, simplesmente, resistir a estes processos, mas reorganizar e redirecioná-los para novos objetivos. As forças criadores da multidão, que sustentam o Império, são também capazes de construir um contra-império, uma organização política alternativa de fluxos e intercâmbios globais. As lutas para contestar e subverter o Império, bem como construir uma alternativa real, terão lugar no terreno imperial - e certamente essas lutas começaram a surgir. (HARDT e NEGRI, 2000, p.4).

Portanto, diz o autor, a própria reorganização da sociedade, que atualmente não tem como fugir dessa interação global, seja pela culinária, pelo entretenimento, pela comunicação, pela mobilidade de pessoas, pela economia, e, principalmente, a comunicação e as novas mídias sociais, isso tudo faz com que a sociedade funcione como um todo. O agrupamento e aglomeração de idéias é capaz de instituir uma nova ordem, assim como ocorreu no período de revolução industrial, quando da possibilidade de sindicalização dos trabalhadores, os quais não perderam a oportunidade de inaugurar uma nova era, a do Constitucionalismo Social.

Hoje, estamos na era do Direito Global, e as conquistas sociais dificilmente se dariam de uma outra forma, portanto, através desse agrupamento mundial virtualizado, se viabiliza uma nova forma de conquista de direitos, por meio de uma pressão social para ingresso dos países

em corte internacionais, e para o cumprimento de suas decisões. Portanto, plenamente viável teórica e juridicamente a apresentação de proposta para criação desse novo órgão unificado de aplicação de sanções por descumprimento de decisões dos sistemas regionais, a ser procedimentalmente esmiuçado em um novo artigo, sendo este vinculado às Nações Unidas, com vistas a uma maior eficácia na tutela de direitos humanos, pondo fim de forma definitiva a sistemas imperialistas, como o a famosa Doutrina Monroe na América Latina.

Conclusão

Observou-se, nesse novo contexto proposto pela globalização, a busca pela interação e cooperatividade entre os Estados-Nações, de modo a unificar vários setores, o mais explorado no artigo foi o direito internacional, no que tange aos sistemas de proteção dos direitos humanos. No que pese a estrutura já existente, mostram-se algumas lacunas, como a impossibilidade do pleito individual nos sistemas interamericano e africano, a inexistência de um sistema de proteção Asiático, além do que prepondera o Soft-Law no cumprimento das decisões por parte das cortes, impostas por ocasião de violação a direitos humanos.

Considerando que os Estados-Nações vêm falhando no cumprimento dos direitos fundamentais, faz-se necessária a busca por uma solução para plena eficácia do direito internacional no cumprimento destes, visto que já houve uma internacionalização desses direitos e relativização das soberanias, justamente para que o plano internacional pudesse funcionar como ampla garantia, vindo a suprir eventuais falhas.

No entanto, o grande obstáculo observado foi de, por ocasião do sistema regionalizado, uma sensação de impunidade quando da imposição de decisões não cumpridas, o que ocorre principalmente com países de maior PIB. Portanto, o sistema fragmentado de aplicação de sanções como bloqueios econômicos, permite uma punição maior dos países subdesenvolvidos, pois as imposições regionais não causam tanto impacto nas maiores potências, o que gera uma descredibilidade do sistema.

Por fim, as mídias sociais surgem como novo mecanismo de poder, por conta da disseminação do acesso digital, conseqüente difusão de conteúdos, permitindo uma maior consciência por parte da sociedade e resistência perante os governos e órgãos de direito internacional já legitimados como a ONU, viabilizando-se, pois, um órgão unificado de aplicação de sanções, por ocasião de descumprimento de decisões emitidas à nível regional.

Referências

BELLUZZO, Luis Gonzaga de Mello. **Ensaio sobre o capitalismo no século XX**. São Paulo: Unesp, 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Teoria do direito e a globalização econômica**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.); VIEIRA Oscar Vilhena(Coord.). **Direito Global**. São Paulo : Max Limonad, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COLLINGWOOD, R. G.; BOUCHER, David. **The New Leviathan: Or Man, Society, Civilization and Barbarism**. Oxford University Press, 1999.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia Das Letras, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **Beyond the nation state?**. Peace Review, Jun. 98, Vol. 10 Issue 2, p. 235, 5p

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Massachussets: Record, 2001

- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Ícone, 3ª ed, São Paulo, 2008.
- JUBILUT, Lílana Lyra. **Não intervenção e legitimidade internacional.** São Paulo: Saraiva, 2010.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes.
- LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A Cultura-mundo: Resposta a uma sociedade desorientada.** Companhia Das Letras, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **A justiça constitucional nos contextos supranacionais.**
- NEVES, Marcelo (coord.) **Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas - São Paulo: Quartier Latin, 2010.**
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** 1ª São Paulo: Wmf Martins Fontes Ltda., 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.
- PIRES, Francisco Lucas. **Introdução do Direito Constitucional Europeu: seu sentido, problemas e limites.** Coimbra: Almedina, 1997.
- RAMONET, Ignacio. **Geração sem futuro: Um novo 68?.** Le Monde Diplomatique Brasil, São Paulo, p. 22. set. 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **A administração pública na era do direito global.** In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.), VIEIRA; Oscar Vilhena(Coord.). **Direito Global.** São Paulo : Max Limonad, 1999.

9. Análise crítica sobre a utilização da arbitragem na solução de conflitos no comércio internacional.

Critical analysis concerning the utilization of arbitration in resolving conflicts of international trade.

João Carlos Leal Júnior*

Tania Lobo Muniz**

Resumo

O presente esboço volta-se à análise do instituto da arbitragem no que respeita à solução de controvérsias relativas ao comércio internacional. A arbitragem, no Brasil regulada pela lei nº 9.307/96, consiste em meio alternativo de resolução de conflitos em que a decisão, tomada por particular elegido pelas partes e em substituição ao Poder Judiciário, assume a mesma eficácia da sentença judicial. A demora no julgamento de conflitos na seara internacional costuma refletir em inúmeros e consideráveis prejuízos, não só às partes, mas também a economias nacionais. Isso porque no mercado global contemporâneo, a interdependência de agentes econômicos, e mesmo de Estados e suas economias, faz com que as lesões em comento, demasiadas vezes, extravasem os interesses privados dos proprietários das empresas, atingindo acionistas, consumidores, empregados, credores, e até mesmo o Poder Público, ultrapassando, além disso, então, as fronteiras do Estado brasileiro. A morosidade em tela é fator de insegurança jurídica e econômica, razão pela qual a utilização da arbitragem mostra-se como saída viável e segura no âmbito do comércio internacional.

Palavras-chave: arbitragem; comércio internacional; morosidade; segurança jurídica.

Abstract

This present draft turns back to the analysis of the arbitration institute concerning the resolution of controversies related to the international trade. The arbitration, regulated in Brazil by the Law nº 9.307/96, consists on a alternative problem solving way in which the decision, taken by an individual elected by the parties subrogating the Judiciary Power, embodies the same effectiveness of the judicial verdict. The delay over the judgment of the conflicts in international field usually has consequences in many and considerable losses, not only to parties involved, but also to the national economies. That is because in the contemporary global market, the interdependence of economic actors, and also the States and its economies, many times make the losses under argumentation overtake the private interest of the companies' owners, striking shareholders, consumers, employees, creditors and, sometimes the Government, going, therefore, beyond the borders of the Brazilian State. The length under discussion is a factor of legal and economic insecurity, reason why for the utilization of the arbitration it is showed as a viable and safe exhaust on the international trade field.

Keywords: arbitration. International trade. Length. Legal security.

Introdução

Ultrapassando o mero acesso às vias processuais, a garantia contida no inciso XXXV do artigo 5º da vigente Constituição constitui verdadeiro *imperativo* de efetivação da justiça, tendo por objetivo conceder provimento adequado às demandas judiciais, tomando em conta o direito material em discussão. Exsurge, então, o princípio do acesso à ordem jurídica justa, que significa a realização de justiça aos que a requerem. Em outras palavras, impõe a recomposição de um direito violado ou a cessação de ameaça quando pendente sobre ele (BUENO, 2010).

* Advogado, mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR), pesquisador e bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Bacharel em Direito pela UEL/PR. E-mail: joacarloslealjr@uel.br. Endereço: Rua Santos, 915, apto 803, Centro, CEP 86.020-041, Londrina/PR. Telefones: (43) 3323-1362; (43) 9985-4484.

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela PUC/SP. Docente da graduação e do curso de mestrado em Direito Negocial da UEL/PR e coordenadora da especialização em Direito do Estado da UEL/PR. E-mail: lobomuniz@gmail.com.

Para que esta meta seja atingida na sede ordinária de resolução de conflitos – a Jurisdição –, impõe-se que o processo judicial tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito, acarretado pela morosidade da prestação jurisdicional, já tão exprobrada.

Nesta senda, sabe-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, já prescrevia, em seu artigo 8º, I, que “*toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter*” [grifo nosso]. No dispositivo vislumbra-se o reconhecimento ao direito humano à razoável duração do processo, incorporado como direito fundamental na Constituição brasileira de 1988⁴³.

O acesso à justiça ganha importância capital neste contexto, encarado modernamente como direito humano fundamental e imprescindível a um sistema jurídico de vanguarda que pretenda *façer cumprir*, “e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI, 1988, p.12). Este enfoque atual é nota característica do estudo do processo civil contemporâneo.

Neste passo, reconhece-se que o Direito tem por finalidade a satisfação social, de forma que a ordem jurídica configura um conjunto de normas que busca possibilitar a sociabilidade humana. Os institutos jurídicos estão, destarte, impregnados pela função social (LEAL; HANDAM, 2009, p.7-28), proporcionando o alcance dos desideratos constitucionais (DINIZ, 1994). O processo, como instituto que, além de viabilizar a aplicação do Direito, é por ele regulado, não deve ficar à margem das finalidades sociais que justificam a existência daquele, e das situações por ele regulamentadas.

Entretanto, a morosidade do Poder Judiciário brasileiro se coloca como fator impeditivo da efetivação do acesso à ordem jurídica justa. Sem embargo da previsão do direito à razoável duração do processo e das frequentes reformas processuais em vistas a sua implementação, o que se tem no cenário brasileiro contemporâneo é uma infinidade de processos judiciais, especialmente de natureza civil, para serem julgados por juízes e tribunais insuficientes à demanda presente.

Não bastasse isso, em controvérsias decorrentes de contratos internacionais, especialmente em matéria comercial, a demora na resolução do conflito gera drásticas repercussões, especialmente de cunho econômico, o que é prejudicial à inserção do país no mercado global. Neste sentido, o instituto da arbitragem se apresenta como método viável à superação de tais entraves, o que será analisado no estudo que ora se apresenta.

1 Noções propedêuticas sobre o instituto da arbitragem

A arbitragem, como é sabido, consiste em meio alternativo – e, portanto, extrajudicial – de solução de conflitos. Segundo Carmona (2007, p. 51), dá-se por meio da “intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com

⁴³ “Desde el punto de vista del derecho internacional, el sistema de codificación de los derechos y el establecimiento de los mecanismos de control buscan consagrar un orden público internacional centrado en la idea de los derechos humanos para garantizarlos en la realidad de cada país. La preocupación por la situación de los individuos pasa a ser un tema de interés para toda la comunidad internacional y escapa de los límites de la soberanía de los Estados”. Neste contexto, a vigente Constituição brasileira traz em seu interior direitos que já eram reconhecidos em âmbito supranacional, inclusive pelo Brasil, ao integrar o rol de países signatários dos tratados que os reconheceram.

base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial”.

No Brasil, o instituto encontra-se disciplinado pela lei nº 9.307/1996, reconhecidamente constitucional, já que não ofende a competência do Poder Judiciário⁴⁴. Eleger a via arbitral trata-se, em verdade, de questão relativa à autonomia da vontade, sendo correto sustentar que o diploma predito teve por fim regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com a essência da jurisdição, conforme destacado por Marinoni (2006, p. 147).

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não proscreeve que pessoas capazes “possam excluir a possibilidade de o Poder Judiciário rever conflitos que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis” (MARINONI, 2007, p. 147). Não há eliminação de direito do cidadão, mas, isto sim, a oportunização de uma faculdade, que, eventualmente, venha a ser utilizada por ele e pela outra parte envolvida, de comum acordo.

A previsão legal da utilização da arbitragem pelas partes consiste em regular “*el ejercicio de una facultad que ya ostentan los ciudadanos en méritos de la autonomía de la voluntad*” (ANGELATS apud MARINONI, 2006, p. 26).

O instituto, em razão de vantagens das mais diversas, tais como celeridade, desburocratização e especialidade do conhecimento do julgador, tem sido cada vez mais utilizado no mundo contemporâneo, que exige rapidez nas soluções de crises interpessoais, ainda mais quando envolvam temas empresariais.

Como é sabido, não se restringe a arbitragem meramente à resolução de pequenos litígios. É também passível de solucionar “[...] grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação” (CRETELLA NETO, 2004, p. 5).

Deste ponto, pode-se considerar que sua abrangência é quase imensurável, sendo ponderada apenas no que tange à sua aplicabilidade (SANTOS, 2010).

Diante disso, o artigo 1º da lei nº 9.307/1996 dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Assim, para que as partes elejam a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, é essencial, inicialmente, que sejam dotadas de plena capacidade. Com isso, terão a possibilidade de avaliar as proficuidades assim como eventuais desvantagens na tomada desta decisão.

Outrossim, requer-se a disponibilidade do objeto do litígio, ademais de ser *patrimonial*. A discussão a ser levada ao árbitro deve referir-se, então, a direito *patrimonial e disponível*. Forma-se, destarte, um contexto de plena autonomia dos indivíduos, o que torna inegavelmente possível o afastamento – por vontade deles, frise-se – da atuação do Poder Judiciário em ponto controvertido que venha a surgir. O que leva as partes a buscarem esta (ou mesmo outra) via alternativa são razões de conveniência e oportunidade, perfeitamente justificáveis, como se pretende expor a seguir.

2 Da arbitragem no comércio internacional

O fenômeno da globalização, ou terceira revolução tecnológica, representa o processo atualmente em curso de aprofundamento da integração de economias e mercados nacionais, propiciando uma nova configuração deles no plano mundial. Não obstante o vocábulo inspirar

⁴⁴ O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, manifestou-se pela constitucionalidade da arbitragem, especialmente no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7, em 2001.

algo recente, o processo em questão já se verificava há mais de cinco séculos, desde o início da Idade Moderna, com as grandes navegações, e culminou na revolução informacional e tecnológica verificada na contemporaneidade (LEAL JÚNIOR, 2007).

Há a necessidade de se observar a globalização como um fenômeno de múltiplas faces, com vários campos de incidência e com consequências diferenciadas, com perspectivas sociais, jurídicas, econômicas, políticas e tecnológicas (PASSOS, 2002). O processo globalizante, apesar de vozes dissonantes, encontra-se, evidentemente, em um ponto irreversível, “engajado na mutação dos patamares de criação e circulação da riqueza no mundo” (LEAL JUNIOR, 2008).

Nesse passo, o estabelecimento de uma economia e comércio internacional, livre e universalmente uniforme, “que possibilite a troca de riquezas entre os Estados, sirva de instrumento de busca da dignidade, da paz e da justiça social e proporcione igualdade econômica” (MUNIZ, 1999, P.147) é meta praticamente universal, notadamente diante deste sublinhado contexto globalizado.

É visível, nesta senda, a intensificação da política de integração entre Estados, pela qual se constituem agrupamentos denominados *blocos econômicos*. Sabe-se que as razões justificadoras são de diversas ordens, tais como culturais, sociais e políticas, destacando-se as razões monetárias, “uma vez que a maior parte dos países aspira efetivos desenvolvimento e reconhecimento na ordem internacional contemporânea” (LEAL JUNIOR, 2009, p. 305).

O comércio internacional é prática decorrente desta conjuntura, surgindo agrupamentos de empresas com sedes em diversos países, contratos de exportação e importação comerciais, prestação de serviços em território de outro país, dentre uma infinidade de práticas que surgem a cada dia.

A presença de empresas transnacionais instaladas no Brasil é fato notório, assim como a interdependência de inúmeros Estados no que tange ao fornecimento de *commodities* e outros tipos de produtos essenciais ao abastecimento interno. Trata-se de contexto irreversível, cuja tutela deve ser priorizada.

Neste passo, conforme aponta Carmona (2007, p. 78), “não são poucos os contratos celebrados entre brasileiros no exterior (ou entre brasileiro e estrangeiro, no exterior) para execução no Brasil”. Igualmente, a presença de controvérsias antes, durante e mesmo após a execução contratual é algo corriqueiro. Os conflitos em questão, destarte, devem ser solucionados com presteza, eficácia e celeridade – este último requisito essencial à realização dos anteriores.

No espaço brasileiro da atualidade, é sabido que a via ordinária está longe de proporcionar celeridade no julgamento dos processos judiciais. Em virtude disso, defende-se a utilização do método arbitral para a solução de conflitos em contratos do comércio internacional.

De acordo com a lei da arbitragem, isso se ostenta viável, notadamente porque, no caso, cuida-se de: i) envolvidos capazes de contratar (uma vez que há um contrato comercial anterior, de onde decorre o conflito a ser dirimido pela arbitragem) e ii) objeto composto de direitos patrimoniais disponíveis (eis que se trata de contrato comercial). Assim, no Brasil, a arbitragem neste âmbito é juridicamente possível. As razões que a tornam defensável e justificam sua aplicabilidade, em detrimento do uso da Jurisdição, serão abordadas ulteriormente.

3 Da morosidade do Poder Judiciário brasileiro e suas implicações

Conforme a lição de Cruz e Tucci (1998), dentre os acontecimentos da natureza que

mais inquietam o homem, centra-se o fenômeno *tempo*. E esse objeto de experimentação em muitos campos repercute, tendo especial relevância nos quadrantes do direito, tanto em âmbito material, quanto processual. Neste último campo, o fator tempo “constitui, desde há muito, a mola propulsora do principal motivo de crise da justiça” (TUCCI, 1998, p. 15-16). O problema da sobeja demora processual “é mesmo tão antigo quanto a própria história do direito processual” (TUCCI, 1998, p. 16), fazendo-se presente mesmo desde a vigência do direito romano.

O resultado do processo não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como, também, para que essa resposta seja a mais plena possível, “a decisão final deve ser pronunciada em um *lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso*, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito” (BIELSA; GRAÑA apud TUCCI, 1998, p.65.).

Assim, no Brasil, com a demora no trâmite processual e na execução da decisão, o prejuízo aos envolvidos é incomensurável. Enfrentar, no papel de parte, a morosidade no julgamento de um processo judicial é algo que representa custos incomensuráveis. Não só custos financeiros – os quais, contudo, por si só são de grande monta –, como também custos que não são passíveis de avaliação econômica. Angústia, preocupações, incerteza e insegurança resultam da demora processual e, apesar destes elementos não serem economicamente apreciáveis, em muitas vezes representam maior gravame para as partes do que os prejuízos *financeiros* que estão sendo ocasionados pela demora.

Dentre outros motivos, aponta-se a falta de recursos materiais, o excesso de formalidades procedimentais, o alto número de recursos e a ausência de recursos humanos como obstáculos ao bom funcionamento do Judiciário e a correlata morosidade processual (PINHEIRO, 2003, p. 22-23).

De acordo com magistrados entrevistados em estudo empírico realizado, a morosidade é reconhecida como o principal problema do Judiciário, bem como o alto custo de acesso (custas judiciais e outros custos), vindo em segundo, seguido pela falta de previsibilidade das decisões judiciais (PINHEIRO, 2003, p. 43).

Nessa mesma vereda, em pesquisa realizada com o departamento jurídico de empresas que atuam em setores diversos, o Judiciário dos Estados recebeu baixíssimas notas de 47% dos entrevistados no que concerne ao quesito *agilidade*, tanto em relação ao 1º quanto ao 2º grau (JUSTIÇA, 2001, p. 45-46).

Segundo relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, ingressaram na Justiça Estadual, em 2010, 17,7 milhões de processos. O grupo dos maiores tribunais formado por São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul responde por 62% dos casos novos. “No 2º grupo composto por onze tribunais de médio porte ingressaram 28% dos processos da Justiça Comum ao passo que no 3º grupo, com doze tribunais, iniciaram apenas 10% do total de casos novos no período [...]”(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 36).

Durante o ano de 2010, tramitaram em torno de 61,8 milhões de processos na primeira instância, “dos quais 46,3 milhões (75%) já estavam pendentes de baixa desde o início do ano, e 15,5 (25%) ingressaram naquele ano [...]”(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 55).

Adicione-se a isso a verificação de que, entre os 46,3 milhões de processos pendentes, quase 23,6 milhões concentram-se apenas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, o que significa que esses dois tribunais são responsáveis por mais da metade do acervo nacional da Justiça Estadual. É relevante destacar que no TJ-SP, 77% dos processos em tramitação já

estavam pendentes no início do ano e no TJ-RJ, 82%. Desse modo, é plausível concluir que se apenas esses dois tribunais conseguissem reduzir o volume de seus acervos, o total de casos em tramitação na justiça estadual poderia ser reduzido de forma significativa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 55).

Analisando-se os casos novos por magistrado, os juízes do Rio de Janeiro recebem o “maior volume de casos novos, com 3.113 processos recebidos durante o ano de 2010, enquanto a média nacional é de 1.407, ou seja, mais do que o dobro. O segundo e terceiro maiores valores da Justiça estão no Rio Grande do Sul e São Paulo, com 2.473 e 2.162 casos novos por magistrado” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 65).

As pesquisas acenadas confirmam a insuficiência do Poder Judiciário frente à quantidade de processos existentes e refletem o reconhecimento pelos magistrados das mazelas existentes em seu labor, assim como a insatisfação dos empresários com a Justiça brasileira, o que acaba por interferir na celebração de contratos de vulto envolvendo partes de outros países, já que a demora gera cenário de insegurança jurídica, na medida em que um direito violado não reparado de forma tempestiva equivale à perpetuação da lesão. Assim, os impactos econômicos são inegavelmente grandes.

Conforme indicam Zylbersztajn e Sztajn (2005, P. 3), o Direito influencia e é influenciado pela Economia e as organizações influenciam, assim como são influenciadas pelo ambiente institucional.

É verdade que tanto Direito quanto Economia exercem papel primordial na formação de instituições e organizações. Todavia, é importante ressaltar que estas, por sua vez, influenciam a transformação do sistema jurídico e a consecução de resultados econômicos. As instituições, por seus efeitos sobre os custos de troca e produção, afetam decisivamente a performance econômica e, juntamente com a tecnologia empregada, elas, as instituições, determinam os custos de transação e transformação que formam os custos totais da atividade econômica em determinado ambiente [...] (ZYLBERSTAJN, 2005, p. 3).

Tem-se que prejudicando as empresas, que são agentes econômicos, o prejuízo às economias envolvidas é indiscutível.

4 Proficiências do uso da arbitragem em contratos do comércio internacional

Compreendida a insuficiência e a ineficiência do Poder Judiciário no julgamento de controvérsias relativas a negócios comerciais de âmbito transnacional, cumpre pontuar as proficiências que a arbitragem pode representar neste campo, objeto de estudo neste momento.

Conforme explica Adam Samuel (2005), em controvérsias como as ora referidas, é comum que as partes incorram em enganos ou ajam de forma que possa lhes gerar constrangimentos. Nestes casos, o julgamento pelo Poder Judiciário (o qual tem sua atuação ordinária marcada pelo princípio da publicidade) exporia a público tais situações, o que poderia prejudicar um ou ambos os envolvidos, gerando repercussões das mais diversas a terceiros (como, exemplificativamente, a queda do valor das ações de uma das empresas, com consequente prejuízo para os acionistas, dentre uma enorme gama de possibilidades).

Outro fator apontado é que “empresários ou peritos comunicam-se melhor e sentem-se mais à vontade com pessoas de suas próprias áreas” (SAMUEL, 2005, p. 358). Nesta trilha, empresários aceitam mais facilmente que pessoas de seu próprio setor, com conhecimento técnico específico à matéria em apreço, decidam a controvérsia. Torna-se, dessarte, mais fácil a aceitação da decisão pelo vencido.

As normas do direito processual civil em geral – e principalmente no contexto pátrio – não são dotadas de grande flexibilidade – ao revés, têm caráter acentuadamente rígido. Samuel (2005) indica, então, como contrapartida oferecida pela via arbitral, a possibilidade de utilização de correspondência entre árbitro e partes no trâmite procedimental, de forma a se buscar o binômio celeridade-eficiência. Ainda em cotejo entre ambos os meios de solução de conflitos, vê-se na legislação brasileira a ausência de possibilidade de apresentar impugnações, requerer reconsiderações, assim como a inexistência de previsão de recurso pelo sucumbente após a decisão do árbitro.

Ao contrário da justiça pública, os árbitros são remunerados *diretamente pelas partes*, o que gera críticas ao uso da arbitragem: diz-se que tem altos custos, o que a torna algo inviável. “Contudo, adaptando os procedimentos ao caso em questão, um bom tribunal arbitral pode minimizar as despesas envolvidas” (SAMUEL, 2005, p. 358). Mesmo com a remuneração do árbitro, consideravelmente alta, uma arbitragem que envolva apenas documentos numa questão técnica envolve menos gastos que a apreciação judicial (SAMUEL, 2005).

Demais disso, no processo judicial há, de toda forma, custas, honorários advocatícios, multas que são impostas, dentre outros valores que tornam seu custo elevado, ainda que inexista pagamento, pelas partes, direcionado ao juiz. Aliás, como já apontado algures, é entendimento corrente entre os magistrados a existência de alto custo de acesso ao Judiciário, o que consiste em óbice à sua utilização.

Em disputas transnacionais, são mais acentuadas as vantagens no emprego da arbitragem e as desvantagens na busca da Jurisdição. O idioma local na utilização do julgamento – no caso do Brasil, o português –, gera a necessidade de tradução juramentada de todos os documentos e peças que estejam em outro idioma, o que tem um custo altíssimo. Em uma câmara arbitral, é possível que as partes convençionem com o árbitro a utilização de outro(s) idioma(s) no procedimento e julgamento do litígio. Ou seja, tal aspecto será escolhido pelas partes.

Um tribunal arbitral internacional, por sua composição por integrantes de distintas nacionalidades, pode refletir as diferentes culturas das partes. Isso leva a doutrina a apontar que, desta forma, “os procedimentos locais e os temores de mal-entendimentos culturais, inerentes aos litígios internacionais, podem ser reduzidos” (SAMUEL, 2005, p. 360).

Outro fator que assume enorme relevo diz respeito à autonomia da vontade das partes no que se refere à eleição do ordenamento jurídico a ser aplicado no julgamento do caso submetido ao processo arbitral. No Brasil, isso se mostra perfeitamente possível, haja vista que, de acordo com o artigo 2º, *caput* e § 1º, da lei 9.307/1996, “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”, assim como poderão as partes “escolher, livremente, *as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem*, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Eventualmente, ainda, poderão, também, convençionar “que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, conforme o § 2º do artigo retromencionado.

Assim, as partes têm ampla liberdade de escolha, e podem não só eleger o julgamento conforme a lei de determinado país como também optar por julgamento conforme direito não-estatal, como quando se elege um código-tipo elaborado por organização internacional⁴⁵ para servir de respaldo à decisão arbitral (SOUZA JUNOR, 2002). Essa faculdade inexistente fora do

45

Como a Unidroit, por exemplo.

campo arbitral. Isto porque, de acordo com o artigo 9º, *caput* e § 2º, do decreto-lei nº 4.657/1942, “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, sendo que a obrigação “resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

Apesar de vozes doutrinárias dissonantes, o entendimento majoritário se apoia no aludido documento, de forma que se reputa inviável a indicação de outro direito para que o Poder Judiciário brasileiro se apoie ao tomar a decisão respectiva (COLEHO, 2009, p. 360), vigorando o princípio *lex loci contractus*. Desta feita, a aplicação predeterminada de um ou outro ordenamento jurídico poderia ser do desinteresse das partes e prejudicar contratações nesta seara (SAMUEL, 2005, p. 78). Essa liberdade torna mais razoável a solução de uma controvérsia porventura surgida, afastando-se a obrigatoriedade de uso de uma lei que muitas vezes não guardará qualquer vínculo com o negócio celebrado (SAMUEL, 2005).

Assim, são perceptíveis as proficuidades do uso da arbitragem na seara dos negócios internacionais privados. Ela proporciona celeridade na decisão e na conseqüente solução do conflito; viabiliza a manutenção destas relações (em sua maioria continuativas); garante e reforça a autonomia das partes na escolha do procedimento, tribunal e direito a ser aplicado; diminui os custos econômicos e não econômicos, principalmente relativos ao binômio tempo-morosidade; garante, na quase totalidade das vezes, a melhor técnica a ser empregada na construção da decisão (já que as partes podem escolher o tribunal que julgaram mais competente e que a arbitragem pode ser realizada por mais de um árbitro, com conhecimentos técnicos específicos ao que o objeto em discussão requerer); proporciona segurança⁴⁶ em diversos aspectos, principalmente econômica e jurídica⁴⁷ (já que uma decisão célere proporciona possibilidade de planejamento econômico e certeza jurídica).

O Poder Judiciário do Estado brasileiro continua sendo o espaço ordinariamente responsável para solucionar contendas relativas a contratos internacionais que se incluam na sua faixa de competência. Contudo, há que se reconhecer as inúmeras vantagens que se fazem presentes na eleição do método arbitral para dirimir referidos conflitos, em desfavor daquele. Trata-se de concepção diversa da ideia exclusiva de custos financeiros, vale dizer, é necessário calcular uma gama de outros fatores, os quais circundam as controvérsias neste

⁴⁶ Cabe ressaltar que um contexto de segurança é algo, indiscutivelmente, por todos almejado. Viver em uma situação diversa é indesejável, já que a insegurança, de qualquer ordem, provoca angústia, insatisfação, temor e estresse, dentre outras sensações que prejudicam a saúde. Logo, a segurança promove a higidez psíquica do ser humano, razão pela qual deve ser buscada e *efetivada*. O conceito tradicional de segurança, destarte, ligava-se à proteção do Estado. Atualmente, contudo, a diretriz mudou: quando se fala em segurança, emerge o indivíduo, em si considerado, como objeto de tutela. Assim, fala-se, modernamente, em segurança *humana*, de forma que o qualitativo destacado evidencia o destinatário da proteção, isto é, o homem. A mudança de paradigma acenada vincula-se ao movimento internacional de tutela dos direitos humanos e à valorização da sustentabilidade dos sistemas, especialmente o ecológico. O fenômeno globalizante, gerador de constante – e irreversível – aproximação entre Estados e pessoas, fez com que fossem despertadas preocupações cada vez maiores com o ser humano, em diversos âmbitos da vida cotidiana. Enfim, tem-se a segurança humana como uma preocupação universal, apontada em relatório elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no ano de 1994 (UNITED Nations Development Programme. *Human Development Report 1994*. New York: Oxford University Press, 1994).

⁴⁷ Consoante a lição de Pedro Frias, “*la seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas respecto del futuro, en primer lugar, y de sus expectativas respecto de las expectativas de los otros, en segundo lugar. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o inconsistencia temporal se resuelven dentro de la lógica de las reglas.*” (FRIAS apud DELGADO, José Augusto. *O Princípio da Segurança Jurídica: supremacia constitucional*. 2005. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/448>>. Acesso em: 01 ago. 2011. p.07).

campo, para se ter uma real dimensão da deficiência do Poder Judiciário neste âmbito e visualizar a arbitragem como mecanismo de efetivo (eficaz e eficiente, portanto) acesso à justiça, garantindo, tempestivamente, a cada um aquilo a que realmente faz jus.

Conclusão

Em sede de considerações finais, diante da pesquisa levada a cabo, pode-se afirmar que a temática em apreço detém notória e inegável importância. Não são novos os debates acerca da morosidade existente no julgamento de processos judiciais. A insegurança e a incerteza geradas pela demora para o desfecho processual não interessa à sociedade, ao Poder Público e tampouco aos envolvidos.

A lentidão no trâmite processual causa desprestígio ao Estado brasileiro e macula sua credibilidade, porquanto sua duração desarrazoada, ocasionalmente, tem o condão de causar prejuízos de grande monta a inúmeras pessoas.

Tendo isto assente, tornou-se possível, no decorrer deste feito, chegar a certas ilações.

O princípio do acesso à ordem jurídica justa impõe a realização de justiça aos que a requerem. Na atualidade, reconhece-se que, para que esta meta seja atingida no espaço da Jurisdição, impõe-se que o processo judicial tenha razoável duração em seu râmite, evitando o perecimento do direito pela morosidade da prestação jurisdicional, já tão exprobrada. Por tal razão, o direito à razoável duração do processo foi reconhecido como direito humano e fundamental.

A par do processo, meio ordinário de resolução de controvérsias, o ordenamento pátrio prevê o instituto da arbitragem como método alternativo de dirimi-las. O instituto, em razão de vantagens das mais diversas, tais como celeridade, desburocratização e especialidade do conhecimento do julgador, tem sido cada vez mais utilizado no mundo contemporâneo, que exige rapidez nas soluções de crises interpessoais, ainda mais quando envolvam temas empresariais.

Não são poucos os contratos celebrados entre brasileiros no exterior (ou entre brasileiro e estrangeiro, no exterior) para execução no Brasil. Tais negócios são permeados de controvérsias antes, durante e mesmo após a execução contratual. Esses conflitos devem ser solucionados com presteza, eficácia e celeridade. Entretanto, no Brasil atual, o Judiciário está distante de proporcionar a celeridade pretendida no julgamento dos processos judiciais.

Com a demora no trâmite processual e na execução da decisão, o prejuízo aos envolvidos é incomensurável. Enfrentar, no papel de parte, a morosidade no julgamento de um processo é algo que representa custos imensuráveis. Não só financeiros, como também custos que não são passíveis de avaliação econômica, como angústia, preocupações, incerteza e insegurança.

Em virtude disso, defende-se a utilização do método arbitral para a solução de conflitos em contratos do comércio internacional.

As proficuidades do uso da arbitragem na seara dos negócios internacionais privados são variadas: proporciona celeridade na decisão e na conseqüente solução do conflito; viabiliza a manutenção destas relações; garante e reforça a autonomia das partes na escolha do procedimento, tribunal e direito a ser aplicado; diminui os custos econômicos e não econômicos, principalmente relativos ao binômio tempo-morosidade; garante, na quase totalidade das vezes, a melhor técnica a ser empregada na construção da decisão; proporciona segurança em diversos aspectos, principalmente de caráter econômica e jurídica.

Prega-se, aqui, o reconhecimento das inúmeras proficuidades que se apresentam na

escolha do processo arbitral para dirimir conflitos surgidos em âmbito de contratos internacionais do comércio, especialmente em cotejo com o Poder Judiciário pátrio. Trata-se de internalizar concepção diversa da ideia exclusiva de custos financeiros, vale dizer, é necessário calcular uma gama de outros fatores, os quais circundam as controvérsias neste campo, para se ter uma real dimensão da deficiência do Poder Judiciário neste âmbito e visualizar a arbitragem como mecanismo de efetivo (eficaz e eficiente, portanto) acesso à justiça, garantindo, tempestivamente, a cada um aquilo a que realmente faz jus.

Referências

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988. p.12.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Luciana de Souza Matos. **Teoria da autonomia da vontade como princípio determinador da lei aplicável aos contratos internacionais**. In: Menezes, Wagner. *Estudos de direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2009. v.15.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2011.

CRETELLA NETO, J. C. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELGADO, José Augusto. *O Princípio da Segurança Jurídica: supremacia constitucional*. 2005. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/448>>. Acesso em: 01 ago. 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

JUSTIÇA e economia. *Etcó*, São Paulo, ano 8, n.18, jan. 2011.

LEAL JÚNIOR, João Carlos et al. **A supranacionalidade na União Europeia e a viabilidade de adesão pelo Mercosul**. In: Menezes, Wagner. *Estudos de direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2009. v.15.

_____; et al. **Monitoramento do correio eletrônico em ambiente de trabalho: o conflito entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade de seu preposto**. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, v.28, n.1, p.69-80, jan./jun. 2007.

_____; et al. **Perspectivas do Direito Internacional e da globalização no século XXI. Diritto & Diritti, Ragusa**, a.10, set. 2008. Disponível em: <<http://www.diritto.it/>>. Acesso em: 24 set. 2010.

_____; HAMDAN, Janaina Lumy. **A função social da Posse**. In: LEAL JÚNIOR, João Carlos (Org.). *Estudos avançados em direito das coisas*. Curitiba: DNAZ, 2009. p.07-28.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999.

PASSOS, J. J. C. **Globalização, Direito e Política**. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados.** *Texto para discussão*, Rio de Janeiro, n. 966, jul. 2003. p.22-23.

SAMUEL, Adam. **Arbitragem comercial internacional.** In: ARAÚJO, Nadia de; MARQUES, Claudia Lima (Orgs.). *O novo direito internacional* – estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues. *A arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro.* São Paulo: Biblioteca 24x7, 2010.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama e. **Os princípios da Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul.** In: RODAS, João Grandino. *Contratos internacionais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

UNITED Nations Development Programme. *Human Development Report 1994.* New York: Oxford University Press, 1994.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Análise econômica do direito e das organizações.** In: *Direito & Economia.* Rio de Janeiro: Campus, 2005.

10 A interação da Política Externa Militar e a Política Externa nas Relações Internacionais

The interaction of the military foreign politics and the foreign politics on the International Relations

Jose Gilberto Quintino Torres⁴⁸

Resumo

Neste ensaio se apresenta uma proposta teórica de análise da interação que geram a política militar e a política externa de um Estado, como parte do processo decisório dele e seu irrevogável impacto concomitante nas relações internacionais. Parte-se da exposição de conceitos básicos sobre relações internacionais para dar-lhe o arcabouço explicativo do comportamento do Estado além de suas fronteiras. Seguidamente, se apresentam os tópicos do fator militar nas relações internacionais, onde se explica os conceitos de política militar, seu funcionamento, sua localização dentro do processo da sua elaboração e os possíveis entraves ao interagir com a política externa. Logo se tratam os temas da política externa, a burocracia e a interdependência, explicando suas acepções, os possíveis enredos no desenvolvimento de suas atividades junto à política militar, como parte do sistema burocrático nacional. Por fim, se propõem maneiras e ações a cumprirem-se no desenvolvimento da interação de ambas as políticas, aos fins de diminuir os possíveis focos de obstáculos para elas.

Palavras-chave: Relações internacionais, política militar, política externa, burocracia, interação, sociedade internacional.

Abstract

This essay present a new theory proposal to the analysis of the integration that generates the military politics and the foreign affairs of a State, as a part of the its decision making process and its irrevocable impact on the international relations. It is started by the explanation of the basic concepts of international relations to give its intelligible ground of the State beyond its borders. Further, it is presented the military topics concerning the international relations, where it is explained the concept of military politics, its functioning, its part inside its elaboration process and the possible issues when interacting with the foreign affair. Dealing then with themes of the foreign politics such as bureaucracy and interdependence, explaining its meanings, its possible scenario on the development of its activities regarding the Military Police, as part of the national bureaucratic system. Ultimately, it is proposed ways and actions to fulfill the development of the interaction os both policies, aiming to decrease the possible obstacles for it.

Keywords: International relations; military policy; foreign politics; bureaucracy; interaction; international society.

1. Alguns conceitos básicos sobre Relações Internacionais

As vinculações e os contatos entre os integrantes das unidades políticas com seus pares além das suas fronteiras têm existido desde que se formou, pela primeira vez, uma sociedade humana. Assim sendo “as tribos pré-históricas estabeleceram relações com seus vizinhos, os impérios de princípios da historia se comunicavam com os povos confinantes e as cidades repúblicas gregas entre si” (Krippendorff, 1985, p. 24).

Esse tipo de relações seguia um padrão de conduta que delimitava as sociedades entre o interno e o externo, diferenciando-se cada caso nas regras da comunicação.

A evolução da organização social levou à aparição do Estado como a forma mais avançada dessa evolução, falando em termos organizacionais e políticos, e sua coexistência na

⁴⁸ Doutor em Ciências, menção Ciências Políticas (Universidade Central da Venezuela, 1999), Magister Scientiarum em Relações Exteriores (Instituto de Altos Estudos Diplomáticos Pedro Gual, Venezuela, 2002). Contra-almirante da Armada de Venezuela (na reserva). Professor Titular da Universidade da Amazônia (UNAMA) em Relações internacionais.

arena internacional que originou a chamada sociedade internacional, que tal e como o apontou Leu, está caracterizada por:

“Um conjunto de Estados soberanos que monopolizam, dentro das fronteiras estatais, o poder atribuído a uma autoridade central; que não abdicam seu poder, para fora, mas que não o podem exercer, em forma análoga a como o exercem infraterritorialmente, tendo que admitir, em ausência de uma autoridade central dentro do conjunto que formam que exercem neste meio descentralizado o seu poder compartilhadamente, o qual torna relativo o poder soberano”. (Leu, 1988, p. 37)

Nessa sociedade, aliás, da coexistência dos Estados também concorrem às organizações intergovernamentais, as empresas transnacionais, as multinacionais e alguns grupos de pressão internacional.

A inter-relação dos membros da sociedade internacional gera a configuração de fenômenos políticos e de relações sociais que são obstaculizadas ou facilitadas por circunstâncias e causas diversas de corte material ou imaterial, e se leva a efeito num espaço físico que, hoje em dia, abrange a extensão do planeta, todo o qual se conhece como estrutura internacional (Leu, 1988, p.75).

A interação entre os Estados sugere a ideia de desenrolamento de processos de intercâmbio entre dois ou mais Estados, através de um conjunto de transações que atravessam suas fronteiras. Desse jeito surgem as relações internacionais, entendidas como o conjunto de comunicações e intercâmbios (econômicos, políticos, ideológicos, culturais jurídicos, diplomáticos e militares) entre Estados e sistemas de Estado, sem excetuar às forças sociais que têm o poder de agir na cena internacional, e todo movimento de pessoas, bens e ideias além das fronteiras nacionais.

No funcionamento do sistema internacional, entendido como a coleção de relações diplomáticas interestatais, regidas pela soberania nacional, desenvolvidas bilateral ou multilateralmente, em forma direta e/ou através dos organismos internacionais (Hernández Vela, 1983), a configuração das relações entre as nações tem vindo a se constituir em um assunto onde os contatos ou transações que efetuam os Estados se convertem em uma sorte de atadura ou laço obrigado para uma rede de relações de dependência mutua das nações.

Sendo o Estado um dos atores principais nas relações internacionais, então elas estarão afetadas pelas diferenças que os Estados apresentam e pelos diferentes papéis que eles desempenham no sistema internacional.

A desigualdade entre os Estados gera as chamadas relações assimétricas e simétricas de poder em sua interação. Nas primeiras ocorre que um sujeito ativo, que dispõe de meios de coerção, decide e ordena e outro ou outros sujeitos passivos atuam de acordo com a prescrição comportamental do primeiro. Nas simétricas, os participantes todos dispõem de meios de coerção e, portanto, não existe a separação entre sujeito ativo e passivo. (Garcia Pelayo, s/d).

Em face de estes fatos temos que uns dos assuntos mais importantes no desenrolamento das relações internacionais é a simetria ou a assimetria dos fluxos nas mesmas, entendidos no sentido de discrepância política, militar, econômica e científico-tecnológica (Senghaas, 1974).

Nessa rede de relações, os sujeitos da sociedade internacional guardam entre si uma vinculação de subordinação, interdependência ou interconexão para seguir a classificação de Keohane e Nye (1988). A relação de subordinação se estabelece quando existem efeitos de custos desiguais; no caso de custos recíprocos estamos em presença de interdependência, enquanto que quando não implicam efeitos de custos significativos se fala em interconexão.

As situações descritas originam, fundamentalmente, três tipos de comportamentos entre os Estados: harmonia, cooperação e desarmonia. Seguindo a Keohane (1984), a harmonia está referida a uma situação na qual as políticas dos atores, orientadas pelo seu próprio interesse sem levar em conta o dos outros, automaticamente facilitam o êxito dos objetivos dos outros atores intertuantes.

A cooperação se apresenta quando os atores acertam seu comportamento às preferências dos outros, mediante um processo de coordenação política. Por sua vez, a desarmonia tem a ver com uma situação na qual os atores observam as políticas de cada um dos diferentes sujeitos, como um estorvo ao êxito de seus próprios objetivos e responsabilizam aos outros atores pelo entrave.

Na praxe das relações internacionais aprecia-se que as nações poderosas asseguram a cooperação dos Estados mais fracos, principalmente, através do emprego de expressões comportamentais que, Moon (1983) encaixa dentro dos esquemas de prêmio e castigo, como são, respectivamente, a assistência econômica e militar ou emprego da força ou o isolamento.

2. O fator militar nas Relações Internacionais

Levando em consideração que o sistema internacional não tem uma autoridade política suprema que detenha o monopólio do uso legítimo da força, então se reconhece que os Estados desse sistema organizam e mantêm suas forças armadas, as quais constituem um instrumento importante de sua política externa, por causa da tendência natural de cada país para rejeitar qualquer iniciativa que atente contra seus próprios interesses, e de exercer seu direito à defesa.

Esta proposição permite afirmar que as forças armadas jogam um papel significativo no funcionamento do sistema internacional até porque são a expressão da vontade de defesa do Estado e o ente preservador dos interesses estatais na arena internacional quando fossem esgotadas as vias diplomáticas.

Em face a esta realidade, então é lógico supor que os estamentos militares estatais interagem entre si mediante as relações militares, entendidas como o conjunto de transações-entre suas respectivas forças armadas- que atravessam suas fronteiras e que são expressadas em coalizões, transferências de armas, adestramento de pessoal, assessoramento técnico, apoio logístico, intercâmbio de inteligência, desdobramentos ou movimentos de unidades militares para o estrangeiro, sufocação de rebeliões, outras atividades relacionadas com a informação e, por último, em caso extremo, o enfrentamento violento ou a guerra.

Em termos amplos, as forças armadas podem ser empregadas pelo Estado como um instrumento tanto político quanto bélico de sua política externa. No primeiro caso, o objetivo perseguido é influir na conduta de outro ator, em prol dos interesses do que tomou a iniciativa. Assim Frederico, O Grande, apontava uma vez que “a diplomacia sem a força é como uma orquestra sem instrumentos”. (Frederico, O Grande, apud Evans e Newnham, 1998, p. 129). Enquanto no emprego bélico, o objetivo é apoderar-se de uma posição (ocupar um território) ou destruir um alvo (derrotar ao exército invasor). Claro está que a atividade das unidades militares por si mesmas não alcançam os objetivos; as metas se conseguem pelo efeito da força nas percepções do ator (Bleckman e Kaplan, s/d, p.13).

O funcionamento das forças armadas de um Estado está orientado pela política militar, a qual é o conjunto de diretrizes e guias que regem a atuação das forças armadas. Tomando as ideias de Huntington (1966) se pode dizer que essa política maneja sua existência entre dois mundos: Um deles é o da política internacional, onde interagem o balanço de poder, a guerra e as alianças, o aguçado emprego da diplomacia e o brutal uso da força para influenciar no comportamento de outros Estados.

O outro é o da política nacional, o mundo dos interesses grupais, dos partidos políticos, das classes sociais, com seus conflitos de interesses e de objetivos. Qualquer uma decisão importante na política militar influi e é influenciada por ambos os mundos, o externo e o interno.

Dentro das ações do Estado a política militar se pode localizar entre a política externa e a política interna; sendo que esta última consiste em aquelas atividades de um governo que afetam significativamente a distribuição de valores entre os grupos da sociedade, enquanto que a política externa se baseia em aquelas atividades de um governo que afetam consideravelmente a distribuição de valores entre ele e os outros governos.

De jeito que, seguindo ao Autor mencionado, o âmago da política militar é a concorrência entre os objetivos externos do governo como uma entidade coletiva em um mundo onde coexistem outros governos e os objetivos internos governamentais e os de outros grupos da sociedade.

E estes critérios dão para pensar que, desde a ótica da tomada de decisões, a formação da política militar pode-se desenvolver mediante decisões estratégicas e decisões estruturais, dependendo do âmbito de aplicação.

Para as primeiras, tendo como pano de fundo a política externa, incluem programas atinentes ao tamanho das forças militares, sua composição e aparelhamento, o número e tipo de seus armamentos; aliás, decisões relacionadas com desdobramento, compromissos e emprego da força militar manifestados em alianças, planos de guerra, declaração de guerra e movimentos. Estas ações têm como essencial farol orientador o “conceito estratégico nacional”, que norteia as necessidades particulares de cada Estado nesta matéria, estipula, implícita ou explicitamente, as decisões sobre o emprego, o tamanho e o armamento das forças armadas.

As segundas se assumem à luz da política interna e têm a ver com a obtenção, a distribuição e a organização dos homens, dinheiro e material para as forças. São decisões relacionadas tanto com o orçamento nacional, os recursos humanos e materiais, quanto com os métodos e maneiras de organizar as forças armadas.

O Estado moderno, segundo Perlmutter (1982, p. 29), “se encontra sob o império de um regime, mediante o qual está regulado o uso racional e legítimo da força para manter o controle da autoridade a favor de uma população e para exercer a jurisdição coercitiva sobre todo o território”, de jeito que as relações militares, como outro tipo de relações entre os Estados, podem ser cooperativas ou competitivas e, em geral, a natureza dessas relações expressa o tipo das relações políticas.

As forças militares modernas são de tipo estrutural burocrático e, portanto na sua atuação seguem as características weberianas de: a racionalização na tomada de decisões, a impersonalidade nas relações sociais, a centralização da autoridade e a mecanização de tarefas através do emprego de regras, funções a realizar e arquivos.

Essa estrutura é a que permite o desenvolvimento dos níveis de profissionalismo necessários para a execução de tarefas típicas com possibilidades certas de vitória (Perlmutter, 1982, p. 31).

3. A Política Externa e a burocracia

A interação entre dois Estados pode entender-se como o resultado de uma concorrência de ações de uma e de outra parte, com as quais se tenta influir na contraparte mediante a alteração de seus cálculos estratégicos. Vale dizer que, a conduta de um Estado se constitui em uma reação para com o comportamento do outro Estado.

No entanto, as ações de um Estado não são o resultado concordado ao estimar seus interesses estratégicos, senão a resultante das negociações levadas a efeito pelos atores posicionados por hierarquias no governo do mesmo. (Allison G. e Halperin M. apud Vásquez, 1994, p. 200-205).

A concomitância da política externa e a política militar em assuntos tão delicados das relações internacionais como a segurança nacional, gera uma luta intergovernamental causada porque o desenho e a execução de ambas as políticas seguem um processo de tomada de decisões que é eminentemente político; quer dizer, o processo seguido caracteriza-se basicamente por decisões de: o desacordo ou o conflito; os valores compartilhados; a ação dos grupos de interesse e o poder.

O desacordo ou o conflito não só se apresenta pelos objetivos a atingir e os valores em jogo, mas pelos meios para lográ-los. Tem mais de uma via para alcançar um determinado objetivo e o que está em disputa usualmente são os efeitos precisos das diferentes alternativas da política em questão.

Apesar dos desacordos evidenciados na luta e no conflito entre as diversas repartições governamentais envolvidas, evidencia-se paradoxalmente um esforço para o acordo, um entusiasmo para lograr um consenso ou um comprometimento ou alguma sorte de coincidência nas decisões sobre a política desenhada.

Compartilha-se uma concepção intuitiva de que a prolongada intolerância, a dificuldade insuperável e a indecisão sobre temas urgentes e fundamentais poderiam chegar a ser tão intoleráveis que ameaçariam a estrutura do sistema de governo, pelo qual as ações apontam para a preservação do mesmo.

Sem qualquer dúvida, de acordo com Hilsman (1990), em todo processo político o poder relativo das pessoas e dos grupos envolvidos é tão importante para o resultado final, como a simpatia pelos objetivos que se perseguem ou a força moral e o bom critério de seus argumentos.

No caso que se está tratando se apresenta a interação de duas grandes burocracias. Poderíamos dizer que estão interagindo a burocracia militar e a burocracia civil e, como burocracias em fim, são centros de poder.

Isto merece a explicação de algumas das características da burocracia: Em primeiro lugar, a base de toda burocracia é uma divisão do trabalho projetada de acima para embaixo por leis e regulamentos administrativos; aquela divisão obedece, na maioria das vezes, às necessidades dos clientes.

Em segundo termo, a burocracia tem uma estrutura hierárquica piramidal, de maneira que as decisões tomadas por um órgão de mais baixo nível possam ser apeladas perante um funcionário de maior hierarquia.

Aliás, a jurisdição e a autoridade burocrática estão cuidadosamente definidas por regras estritas que especificam qual dos escritórios, repartições, seções e funcionários possam ocupar-se de determinados temas, mesmo como a maneira de fazê-lo e como assegurar-se do acatamento das decisões tomadas.

No entanto, se levamos em conta as novas concepções sobre a segurança nacional, por exemplo, onde se sustenta que o manejo desse tema não é só do domínio exclusivo dos militares e dos diplomatas, então a complicação pelo aumento do número de atores e suas burocracias enreda mais o processo de tomada de decisões.

4. A interdependência nas Relações Internacionais

Dentro da dinâmica funcional dos Estados estão presentes outras interações distintas das militares, as quais vêm a fortalecer a concepção de que as nações acham-se atadas entre si, umas às outras, em complexas e interdependentes relações causadas pelos crescentes alcances e frequência das interações transnacionais e pela proliferação de atores não-governamentais; esses nexos têm várias evidências.

Em primeiro termo, se faz muito visível essa interdependência na Economia Política Internacional, pois os fluxos de comércio e de capital entre os Estados se têm expandido geometricamente. Em decorrência dessa realidade, as autoridades políticas nacionais não podem isolar mais suas jurisdições face aos efeitos das políticas econômicas instrumentadas pelas autoridades dirigentes ou os outros atores do setor privado localizados além das fronteiras.

Outras manifestações da interdependência são: As visitas militares, as quais complicam mais essa situação pelo significado que tem, por exemplo, a presença de um navio de guerra estrangeiro em águas jurisdicionais de outro país. As visitas dos Chefes de Estado, com tal frequência que, este método tem se voltado prática comum para resolver problemas da diplomacia internacional.

Os cidadãos particulares que aumentam sua participação em experiências interculturais, ora mediante os correios, as redes sociais e as telecomunicações, ou através de viagens de negócios ou de turismo.

Os recursos energéticos transferidos ao longo das fronteiras, os quais influem no relativo comportamento e no bem-estar econômico das pessoas que residem em regiões do globo separadas amplamente.

E neste mundo tão interdependente se apreça que, a incidência e intensidade do conflito internacional podem aumentar devido às disputas que, inevitavelmente, surgem do crescente contato entre as partes em interação. (Kegley, 1989).

Aspectos concludentes

Após da análise da interação da política externa e a política militar de um Estado, partindo dos conceitos básicos de relações internacionais, pode-se afirmar que dada a multiplicidade de comunicações e intercâmbios gerados pelo arranjo dos fenômenos políticos e o encadeamento das relações sociais, ambos como resultado da ligação mutua dos membros da sociedade internacional, é preciso contar, em primeiro lugar, com uma política externa que defina com clareza e sem ambages a ação diplomática do Estado na arena internacional, até porque nessa vinculação é necessário conhecer as regras do jogo para enfrentar possíveis ações embaraçosas do concorrente.

Concomitantemente com essa exigência, deve-se contar com uma política militar cujas decisões estratégicas contribuam com seu papel dentro da ação do Estado no exterior, de ser um recurso diplomático e bélico de sua política externa, levando em consideração que, na práxis atual, tende-se a que a separação entre os recursos políticos e militares do Estado seja pouco nítida.

Frente à necessidade de atuação das duas políticas no contexto externo de ação do Estado, perante o fato de que na configuração e execução de ambas segue-se um processo manhoso que gera divergências e desentendimentos na interação das burocracias, então é indiscutível que os procedimentos de formulação e implementação dos planos de ação sejam perscrutados conjuntamente, eliminando a tendência das forças armadas, em certos tipos de regimes, ao exercício de uma autonomia burocrática e corporativa da qual, quiçá não gozam

os outros setores da atividade estatal, por causa do controle sobre os meios fundamentais da violência física disponível, que geram vasto potencial de poder; assim como, a predisposição, em algumas democracias pela mesma razão, a tratar os assuntos relacionados com o militar com receio e desconfiança.

Apesar dos entraves que pudessem se gerar no convívio operativo das duas burocracias está claro que, em última instancia, o que está em jogo é a sobrevivência do Estado, realidade que impõe a exigência de uma eficiente comunicação biunívoca entre ambas as partes e um proveitoso trabalho em equipe, derrubando assim as barreiras dos interesses particulares dos membros de cada repartição e dos preconceitos ideológicos forjadores de falsas concepções respeito à implantação da política de Estado. Ao final de contas as duas políticas devem agir de mãos dadas em prol de alcançar os objetivos nacionais.

Referências

BLECHMAN, Barry e KAPLAN, Stephen. **Force without War. US Armed Forces as a Political Instrument.** Washington D.C: The Brookings Institutions. W/d.

EVANS, Graham e NEWNHAN. **The Penguin Dictionary of International Relations.** England: Penguins Books. 1998.

GARCIA PELAYO, Manuel. **Introducción a la Teoría del Poder.** Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. S/d.

HERNÁNDEZ VELA, Edmundo. **Diccionario de Política Internacional.** México: Universidad Nacional Autónoma de México. 1983.

HILSMAN, Roger. **The Politics of Policy Making in Defense and Foreign Affairs. Conceptual Models and Bureaucratic Politics.** Englewood Cliffs. New Jersey: Prentice Hall. 1990.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Common Defense, Strategic Programs, in National Politics.** New York: Columbia University Press. 1996.

KEOHANE, Robert O. **After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy.** New Jersey: Princeton University Press. 1984.

KEOHANE, Robert e NYE, Joseph. **Poder e Interdependencia. La Política Mundial en transición.** Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano. 1988.

KRIPPENDORFF, Ekkehart. **Las Relaciones Internacionales como Ciencia.** México: Fondo de Cultura Económica. "Internationale Beziehungen als Wissenschaft" traducido por Angelika Scherp. 1985.

LEU, Hans- Joachim. **La Estructura Internacional (con un Apéndice sobre Teorías y Doctrinas de las Relaciones Internacionales).** Colección Estudios Jurídicos N° 40. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1988.

MOON, Brud F. **The Foreign Policy of the Dependent State.** New York: International Studies Quarterly 27. 1983.

PERLMUTTER, Amos. **Lo Militar y lo Político en los Tiempos Modernos.** Madrid: Colección Ediciones Ejército. Servicio de Publicaciones del Estado Mayor del Ejército. 1982.

QUINTERO TORRES, José Gilberto. **Venezuela – U.S.A Estrategia y Seguridad en lo Regional y en lo Bilateral 1952-1958.** Caracas: Fondo Editorial Nacional José Agustín Catalá, Editor. 2000.

SENGHAAS, Dieter. **Armamento y Militarismo. Rusting und Militarismus.** Traducido por Félix Blanco. México: Siglo Veintiuno Editores, S.A. 1974.

VÁSQUEZ, John A. **Relaciones Internacionales, el Pensamiento de los Clásicos.** México: Editorial Limusa. S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores. 1994.

11 O Treaty Shopping como alternativa para evitar a bitributação internacional

The Treaty Shopping as an alternative to avoid the international double-taxation

Lílian Bastos Pereira⁴⁹

Moacir Barreira Danziato⁵⁰

Resumo

A pesquisa trata do problema da bitributação ou pluritributação, destacando a importância deste fenômeno no plano internacional. Demonstra que o assunto pode estar diretamente relacionado com a economia interna dos Estados. Aponta as consequências – elisão, evasão e sonegação fiscal - causadas por uma deficiente legislação tributária interna, incapaz de mitigar ou mesmo extinguir o problema da pluritributação internacional da renda e seus reflexos a nível global. O trabalho também se preocupa em trazer possíveis soluções para essa problemática, indicando as medidas unilaterais e multilaterais como alternativas para evitar a bitributação internacional, dando especial atenção ao treaty shopping que tem sido frequentemente utilizado para esta finalidade.

Palavras-chave: Bitributação; pluritributação; tratados; elisão; sonegação; treaty shopping.

Abstract

This research deals with the issue of the double and multi taxation, focusing on the importance of the phenomenon on the international area. It is demonstrated that the matter could be directly related to the State's internal economy. It is pointed its consequences – tax evasion and withholding – caused by a failed internal tax law, unable to decrease or extinguish the issue of the international multi-taxation of the profits and its global effects. This study also brings possible solutions to the issue, pointing unilateral and multilateral measures as alternatives to avoid international double-taxation, giving an special focus on the treaty shopping, which has been frequently used to this goal.

Keywords: Double-taxation; multi-taxation; treaties; avoidance; withholding; treaty shopping.

Introdução

O tema da bitributação internacional (ou pluritributação) começou a ganhar maior destaque no panorama global, à medida que a interdependência das economias mundiais se desenvolveram. Foi exatamente o advento da globalização somado à criação dos regionais que impulsionaram a criação de medidas elisivas ao fenômeno da dupla tributação de receitas, notadamente as internacionais.

Este fenômeno, no contexto atual, é um entrave para o avanço das relações comerciais internacionais, vez que impede um volume maior de entrada de capitais, bens e serviços de um Estado para o outro. Além disso, interfere direta e indiretamente na evolução financeiro-tecnológica, barrando o desenvolvimento de determinados segmentos da economia para além das fronteiras dos países.

Ressalte-se que a entrada de capital estrangeiro no mercado interno ocupa posição de destaque no panorama econômico dos países, pois acelera o ciclo produtivo e possibilita certa estabilidade do mercado interno.

⁴⁹Especialista em Direito e Processo pela Universidade de Fortaleza.

⁵⁰Professor de Direito Internacional da Universidade de Fortaleza.

Ocorre que a crescente internacionalização dos negócios vem exigindo políticas mais modernas, no sentido de elaborar dispositivos legais que viabilizem abertura do mercado e regulem como as transações comerciais devem acontecer, todavia, sem deixar de lado as medidas fiscalizatórias destas práticas negociais. Isso porque as alianças internacionais são imprescindíveis quando se pretende desenvolver uma nação. Entretanto, apenas isso não é o suficiente, deve-se aprimorar a política tributária, mesmo que com pequenas reformas, de modo a tornar o mercado interno mais equilibrado, no qual a competitividade das empresas nacionais não seja prejudicada em detrimento das estrangeiras.

É exatamente para não impedir a integração político-econômica, tão importante para a vida social dos Estados, que o combate à dupla tributação internacional ganha maior relevância. Dentro deste contexto, ainda merece destaque o reflexo negativo que esse problema pode acarretar e suas consequências, qual seja: a evasão fiscal.

Ao adotarem práticas elisivas, diversas empresas multinacionais conseguem aumentar lucros e diminuir despesas. Mas, ao final, o prejuízo que causam tem enorme impacto econômico dentro dos países onde essas empresas estão instaladas. Imagine que muito do capital que deveria circular no país não chega nem a entrar. A deficiente regulamentação tributária de combate à bitributação, somada a outros fatores, contribuem para essas mazelas.

Entretanto, já existem mecanismos para minimizar ou até mesmo abolir os efeitos da pluritributação internacional, como é o caso do treaty shopping. Este instituto, embora seja alvo de severas críticas por parte da doutrina brasileira, é adotado em vários países inclusive no Brasil.

Ante o exposto, percebemos que acabar com a dupla tributação das receitas internacionais é de fundamental importância para o desenvolvimento econômico-social do Estado e o treaty shopping é uma solução para este fenômeno.

1 Fenômeno da bitributação internacional

A bitributação internacional ocorre quando vários titulares de soberanias tributárias, independentes, submetem o mesmo contribuinte, pelo mesmo fato gerador, a um imposto da mesma espécie. O Comitê Fiscal da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE define como "o fenômeno da dupla tributação jurídica internacional pode definir-se de forma geral como o resultado da percepção de impostos similares em dois ou mais Estados, sobre um mesmo contribuinte, pela mesma matéria imponible e por idêntico período de tempo".

A dupla tributação internacional é composta de 04 (quatro) elementos de identidade. Xavier (Direito Tributário Internacional do Brasil, 2010, p.32) chama de identidade do fato:“(…) para haver concurso de normas (e portanto dupla tributação) é indispensável que se verifique a identidade do fato. Quando se não está perante o mesmo fato, quando normas distintas recaem sobre fatos diversos, não há dupla tributação.”

Portanto, a bitributação internacional pode ser definida com base na composição formada pela aplicação de impostos comparáveis, por parte de dois ou mais Estados soberanos, pelo mesmo fato gerador (aspecto material) – a cargo do mesmo contribuinte – no mesmo período de tempo de aplicação do imposto. A esse respeito assevera Xavier (Direito

Tributário Internacional do Brasil, 2010, p.37) : “seria necessária, em princípio, a justaposição das hipóteses de incidência das normas tributárias em concurso, considerando todos os critérios, aspectos ou elementos em que os tipos legais se podem decompor.”

Vale dizer que não podemos confundir o fenômeno da bitributação, com outro similar que seria o da duplicação de pretensões, neste, ao contrário do que acontece na dupla tributação, não existe concurso de pretensões, e sim, uma única pretensão exigida duas vezes, ou seja, duplicado.

Para Tôrres, a causa prevalecente do problema da bitributação internacional deve-se às relações entre dois ou mais sistemas tributantes de Estados soberanos, instigada por inevitáveis concursos de pretensões impositivas. O que implica dizer que, sobre um mesmo ato de arrecadação de renda externa, a incidência das normas do Estado está situada efetivamente na renda (dos países onde se localizam as filiais de uma multinacional, por exemplo) e igualmente as normas do Estado de residência (do país onde se localiza a matriz, a sede, da multinacional).

Definir quem são as pessoas residentes e as não-residentes num território é de suma importância para se estabelecer as obrigações tributárias de cada um, visto que os conceitos do direito interno que vigoram sobre um Estado diferem muito daqueles adotados nos demais que, por vezes, podem determinar critérios diferenciados de tributação para quem não é considerado residente como, por exemplo, aplicar uma carga tributária mais pesada àqueles que não são domiciliados (o conceito de domicílio aqui terá um significado mais expressivo que o de residência, ensejando obrigações tributárias mais amplas) em seu território ou restringir a concessão de algumas isenções aos residentes, deixando de fora os não residentes. Sobre esta questão, Xavier assevera o seguinte:

A noção de residência ou domicílio para efeitos de delimitação da esfera de incidência das normas tributárias de cada Estado é igualmente distinta da noção de domicílio tributário de direito interno. Certos ordenamentos tributários distinguem os conceitos de domicílio e de residência, imprimindo-lhes regimes jurídicos distintos. Muito embora um exame do direito comparado revele existirem tantas definições quantas as legislações em presença, a todas elas é comum a idéia de que o domicílio é um elemento de conexão mais forte que a residência, dando origem a obrigações tributárias mais extensas, distinguindo-se desta por exigir uma presença duradoura num dado território, acompanhada da efetiva intenção de aí permanecer. (XAVIER, p.287.)

A lei brasileira não vislumbra uma definição expressa para o conceito de residente, mesmo assim, é errônea a caracterização de um indivíduo como residente em um território, pelo simples fato de ele se encontrar como fonte de receita, pois esta qualificação é dever do direito interno dos Estados envolvidos, entretanto, para se criá-la, seria necessário respeitar critérios como o domicílio, a residência, a sede de direção ou qualquer outro com natureza semelhante. Inclusive, a caracterização não só das pessoas jurídicas como também das pessoas físicas dependem do direito interno de cada Estado, mas pode acontecer que ambos os Estados envolvidos considerem o mesmo indivíduo residente nos dois Estados. Neste caso, estaremos diante de um caso de dupla residência, o que poderia sobrecarregar o indivíduo-contribuinte, caso não houvesse um entendimento entre os Estados para situações como esta.

Não existindo um entendimento contra a dupla tributação, ambos os Estados podem entender tributar o mesmo indivíduo pelo seu rendimento universal, o que implica dizer que se cada um o considera residente em seu território, seria lógico tributá-lo independente de possuir residência em outro lugar. Razão pela qual os acordos são imprescindíveis, pois, em caso de dupla residência, a parceria entre os Estados contratantes seria a melhor opção para se determinar uma residência apenas e, por esta, o indivíduo seria tributado.

Em se tratando das pessoas jurídicas, a questão da residência se resolveria fixando-se um critério de preferência na repartição dos poderes tributários. As convenções internacionais contra dupla tributação normalmente utilizam a regra da direção efetiva (local onde se realiza a gestão global dos negócios da empresa).

Outra faceta do fenômeno da bitributação é a classificação adotada, podendo ser efetiva ou virtual, de acordo com a existência ou não da prática da pluralidade de tributações. Seria, assim, na dupla tributação efetiva, ou real, verifica-se, de fato, uma cumulação de pretensões tributárias, enquanto na dupla tributação virtual, eventual ou potencial, há a concorrência de duas ou mais soberanias tributárias, mas só um dos Estados, ou nenhum deles, faz uso da sua competência para submeter o contribuinte ao pagamento de imposto (cf. Alberto Xavier, *Direito tributário internacional do Brasil*, p. 63).

2 Conseqüências da bitributação

O termo elisão, para o Direito Tributário Brasileiro, suscita uma forma lícita de isenção, redução ou procrastinação do pagamento de tributos devidos pelo contribuinte, normalmente, o conceito de elisão está relacionado a planejamento tributário. O planejamento tributário ou elisão fiscal é ato que tem por finalidade diminuir a carga tributária incidente sobre um contribuinte antes de ocorrido o fato gerador, logicamente, dentro dos parâmetros legais utilizados para tal fim. Vejamos a definição de planejamento tributário para o doutrinador Ricardo Mariz de Oliveira:

O planejamento tributário correto consiste, por tanto, em procurar os meios legais de evitar ou postergar a incidência de ou reduzir o montante do tributo possivelmente devido, mas ainda não devido efetivamente, o que só será possível, enquadrando-se a atividade praticada com esse escopo na definição de elisão, tal como exposta anteriormente. (MARTINS, 2001, p.327)

Evidentemente que o planejamento fiscal não elimina todos os tributos, mas pode diminuir a incidência de muito deles e esse manejo permite o planejamento tributário e explica a elisão fiscal. Portanto, a elisão é consequência do planejamento fiscal e o contribuinte por sua vez respaldado pela legislação disponível se aproveita deste instrumento para tentar obter vantagem.

O contrário acontece com a evasão fiscal em que temos a ocultação por meio ilícitos. Outro detalhe marcante desta prática ilícita é o fato de se concretizar após a realização do fato gerador, extrapolando os limites da legalidade, por meio da simulação ou fraude. Oliveira, então, acrescenta:

Essa distinção é refletida na terminologia que se adota para conceituar a elisão fiscal legítima, isto é, a prática de atos ou negócios, ou a não-prática, com vistas a elidir o nascimento da obrigação tributária ao passo que a evasão fiscal ilegítima é a fuga da obrigação tributária já existente pela anterior ocorrência do fato gerador previsto em lei. Na língua inglesa os termos equivalentes são 'taxavoidance' e 'taxevasion', suficientemente elucidativos dos conceitos que exprimem. (MARTINS, 2001)

Ainda sobre a evasão fiscal, o autor mencionado tece o seguinte comentário:

A evasão que decorre de ato simulado pode chegar a adentrar os limites dos crimes contra a ordem tributária, cuja tipificação é catalogada pela Lei n.º 8137/90, porque qualquer dos vícios dos três incisos do art.102 do Código Civil pode perfeitamente constituir-se em inserção de elemento inexato, ou na omissão de operação, em documento necessário à apuração da base de cálculo de tributo, que são tipos de ilícitos penais, razão pela qual, além de acarretar a possibilidade de anulação do ato ou de seus efeitos, também pode fazer incidir a sanção penal se tiver havido o intuito doloso de fraudar a obrigação fiscal. (MARTINS, 2001)

Uma curiosidade está no fato de o princípio da universalidade poder ser aplicado para reprimir a elisão e a evasão fiscal internacional, além de promover a justiça fiscal ante os residentes que só produzem riquezas no território nacional e residentes que as produzem no exterior, garantindo seu caráter isonômico.

A grande maioria dos doutrinadores consideram que o momento da ocorrência do fato gerador do tributo é peça importante para se distinguir elisão (lícita) e evasão (ilícita) fiscal. Isso porque aquela somente estará exaurida antes de configurado o fato gerador, e esta só estará realizada após a ocorrência do fato gerador, por meio de determinadas atitudes com a nítida finalidade de fraude ou ocultação.

Resta destacar que este posicionamento não é uniforme, vez que alguns doutrinadores têm uma visão diferente acerca desta definição. Para este seletto grupo, tanto a evasão quanto a elisão fiscal podem ter caráter acautelatório e serem realizados anteriormente ao fato gerador econômico, mas, para a maioria da doutrina, prevalece o entendimento contrário.

Suprimir ou reduzir valor do tributo devido ilicitamente ou mesmo de contribuições constitui crime sujeito à lei de responsabilidade fiscal, com conseqüente punição do sonegador. Para isso, o legislador criou, em maio de 2000, a lei complementar n.º 101, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Então, para fechar este entendimento, podemos concluir dizendo que a fraude ou artifício para maquiagem ou até manipular o fato gerador podem tipificar formas de evasão. Assim, para identificar quando ocorreu elisão e quando ocorreu evasão, é preciso saber que no primeiro caso, o indivíduo evitou a ocorrência do fato gerador (através dos meios formais que tenha engendrado) e, no segundo, ele suprimiu o fato gerador efetivamente ocorrido, mediante o emprego de certos instrumentos formais que não retratam fatos verídicos.

Frise-se que o crime de supressão ou redução de tributo distingue-se do crime de sonegação fiscal, fundamentalmente, por ser um crime de resultado ou material, o quer dizer que só estará consumado se houver a supressão ou a redução do tributo.

O crime de sonegação fiscal é regulamentado pela Lei. n.º 4729, de 14 de julho de 1965, que o define da seguinte forma:

Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

A penalidade para aqueles que cometerem o crime de sonegação será detenção de seis meses a dois anos e multa no valor de duas a cinco vezes o valor do tributo. Se o agente sonegador praticar o crime, prevalecendo-se de cargo público, a pena será aumentada da sexta parte. Caso o funcionário público responsável por verificar, lançar ou fiscalizar os tributos concorra para o crime de sonegação, será punido com a pena do art. 1º. Da Lei nº 4729/ de 65, aumentada da terça parte mais a instauração de processo administrativo.

3 Alternativas para evitar a bitributação internacional – Treaty Shopping

Para evitar a dupla tributação, os países envolvidos passaram a adotar determinadas posturas, juntos ou mesmo isoladamente, experimentam métodos tendentes a solucionar o problema. O próprio direito interno (medidas unilaterais) de cada Estado poderá utilizar-se de mecanismos jurídicos para tratar o assunto, assim, como o Brasil que embora timidamente já vem assinando tratados internacionais (medidas bilaterais) com a finalidade de eliminar a dupla tributação, outros países, da mesma forma, vêm implementando ações neste sentido, seja na elaboração de legislação interna seja nas alianças com países ou organismos internacionais que possuem relação de comércio. No nosso país, infelizmente, em razão da complexibilidade do sistema tributário, o fluxo de investimentos e negócios são bastante reduzidos, isso, somado às restritas iniciativas em se evitar a bitributação, nos dá uma vaga ideia do montante que deixamos de arrecadar. Cientes destas dificuldades os contribuintes encontraram no planejamento fiscal e no treaty shopping um escape.

Para que as empresas possam se mostrar competitivas no mercado interno e externo, é necessário ter planejamento fiscal adequado as suas necessidades, pois certamente por meio deste instrumento, as empresas conseguem reduzir e até mesmo eliminar o pagamento de alguns tributos, mas, lógico, dentro da legalidade. O empresário ou a sociedade empresária poderá praticar negócios de natureza jurídica e administrativa para obter mais lucro e pagar menos tributos.

O planejamento fiscal também é conhecido como elisão fiscal. Utilizando o planejamento, o contribuinte estaria eliminando, ou pelo menos reduzindo, a quantidade de hipóteses de incidência e conseqüentemente seus efeitos. Dessa forma, a cobrança do tributo teria seu valor menor, mas também pode acontecer de ampliar mais o prazo de vencimento do mesmo.

Na esfera tributária internacional, há diversas formas de processamento do planejamento tributário ou fiscal que podem ser realizados concretamente antes da constatação dos lucros, como ocorre no preço de transferência (termo utilizado para identificar os controles sobre as operações comerciais e financeiras relacionadas entre as partes envolvidas, mas possuem sede em territórios diferentes, por isso, em detrimento de circunstâncias particulares, nas operações feitas entre pessoas ou empresas envolvidas nesta situação, o preço praticado entre elas pode ser manipulado e conseqüentemente divergindo do

preço de mercado negociado por outras empresas) ou durante a distribuição dos lucros (é o caso dos paraísos fiscais) e o treaty shopping que será o foco deste tópico.

Ocorre treaty shopping –tratados de compras- quando o contribuinte consegue beneficiar-se de um acordo de bitributação que numa primeira impressão não o beneficiaria, pois não participaria dele, entretanto, manipula suas transações comerciais de tal forma que estabelece uma ligação entre si e a fonte do rendimento, instalando uma terceira pessoa ou empresa fixa em outro Estado beneficiado, com a clara finalidade de eliminar ou reduzir a tributação sobre a renda proveniente de outros países. O tratado ou acordo é o “contrato” firmado entre dois ou mais Estados, ou entre Estados e Organizações Internacionais onde pode trazer em seu texto medidas contra a pluritributação. Este contrato geralmente é realizado entre dois países em que são estabelecidas as regras sobre a tributação das rendas provindas dos respectivos Estados, com o objetivo de evitar ou amenizar os efeitos da dupla tributação. Tavolaro entende que:

“O aumento do número de TDT, a criação dos chamados paraísos fiscais e o planejamento tributário internacional colocaram as autoridades fiscais de todo o mundo contra o chamado treaty shopping, ou seja, a localização de empresas em determinado país com o fim exclusivo de beneficiar-se do TDT que mantenha com um outro” (MATINS, 2001, p.416).

Ante o exposto, podemos concluir que a definição de treaty shopping está ligada por três elementos constitutivos que são: um tratado de bitributação onde o contribuinte possa se beneficiar, este favorecido não resida nos Estados onde o tratado vigore e que uma pessoa ou empresa seja instalada no país onde o tratado é aplicado.

Segundo o pensamento de alguns doutrinadores, a instituição da Lei Complementar nº. 104, de 2001, que incluiu o parágrafo único ao artigo 116 CTN ataca algumas medidas antielisivas. O citado artigo diz o seguinte:

Art.116, parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Evidente que dentro da econômica mundial, onde os mais variados tipos de situações podem existir, não podemos afirmar que há abuso de direito e simulação, entretanto, o planejamento fiscal não pode ser interpretado erroneamente. As autoridades dos países que usam não só o treaty shopping, mas outras formas de planejamento é buscar soluções conjuntas para impedir práticas ilícitas disfarçadas de planejamento fiscal. Inclusive, o STF e o STJ ainda não cuidaram de emitir seus entendimentos acerca da questão do uso dos tratados de dupla tributação como forma de planejamento fiscal até o presente momento. Acerca da celeuma causada pelo parágrafo único do art.116, CTN Elisabeth Lewandowski Libertuci diz:

O comando confere competência à autoridade administrativa para investigar a ocorrência de fato gerador dissimulado, vale dizer, fato gerador nascido de previsão legal, porém desprovido do pressuposto da motivação. Pela dinâmica do parágrafo único do art.116, a obrigação tributária nascida de fato gerador não motivado reputa-se obrigação tributária dissimulada e, portanto, passível de desconsideração pela autoridade administrativa (MARTINS, 2001, p.833).

Lewandowski tece curioso comentário acerca da validade e eficácia da norma antielisão e contrária a outros juristas não percebe inconstitucional no dispositivo do Código Tributário Nacional. Vejamos:

Sob uma análise meramente formal, não me parece inconstitucional a norma antielisão do parágrafo único do art. 116, até por não enxergar nela ofensa ao

prncípio da legalidade ou da tipicidade. Também não entendo ser o caso de ofensa ao princípio da segurança jurídica, ante o enquadramento da norma no contexto da obrigação tributária, o que restringe a sua aplicação no tempo (MARTINS, Ives Gandra da Silva, 2001, p.837 - 8383).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE classificou o treaty shopping como uma forma imprópria do uso dos tratados contra a dupla tributação. Para a OCDE, cláusulas como abstinência (os Estados contratantes deixam de celebrar tratados contra pluritributação com os países considerados paraísos fiscais); transparência (os Estados contratantes definirão quem poderá ser considerado residente em seu território) e boa-fé deveriam ser inseridas nos tratados.

Conclusão

O presente trabalho demonstrou a relevância da pluritributação tributária para o crescimento econômico, social, cultural e tecnológico do Estado, bem como a presença dos investimentos dos Estados em nível mundial, cada vez mais freqüente. Verificou-se a necessidade de políticas tributárias mais modernas, para introdução de métodos de solução de conflitos tributários a nível global, envolvidos nas transações comerciais internacionais, de modo a preservar as bases tributárias destes países, bem como a igualdade entre as empresas nacionais e as estrangeiras.

Além de uma deficiente legislação de combate a bitributação, podemos perceber que este problema é um entrave ao crescimento das nações, além de dificultar a troca de capitais e serviços. Também tem consequência a evasão fiscal, fato que desfavorece o crescimento da receita interna dos países.

Por estas razões, mesmo que precariamente, o sistema jurídico brasileiro começou a celebrar tratados, convenções e acordos multilaterais com o escopo de prevenir ou mesmo eliminar a problemática da bitributação e suas consequências para economia dos Estados.

Dentre as medidas adotadas pelos Estados como alternativa para evitar a bitributação internacional das rendas está o treaty shopping. Naturalmente contamos com outros mecanismos de prevenção como as medidas unilaterais e bilaterais (o Brasil já participa de alguns tratados contra a bitributação). Mas ressalte-se que a legislação interna precisa aprimorar muito sua política econômica para ter uma solução definitiva para o problema da bitributação internacional.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- MACEDO, Leonardo Correia Lima. **Direito Tributário no Comércio Internacional (acordos e convenções internacionais: OMC, CCA/OMA, Aladi e Mercosul)**. Ed., Lex:São Paulo, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

Revista Dialética de Direito Tributário, nº 86. São Paulo: Dialética, Novembro de 2002. p.34-49.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional e operações transnacionais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TÔRRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1997.**

12 Direito dos idosos no âmbito internacional: o envelhecer sob a visão dos direitos humanos

The elderly rights on the international scope: getting older under the sight of the human rights

Maria Célia Lima Moreira⁵¹

Lilian Virgínia Carneiro Gondim⁵²

Antônio Walber Matias Muniz⁵³

Resumo

A presente pesquisa consiste em um estudo sobre os direitos da pessoa idosa no âmbito do direito internacional, enfatizando as legislações internas com as internacionais existentes dentre pactos, tratados e convenções de acordos legislativos entre países sob o prisma dos princípios renovadores dos direitos humanos referentes aos idosos. O direito do Idoso merece destaque, pois o mesmo é fundado em princípios fundamentais para o homem, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a fraternidade os quais estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, valendo-se, assim, demonstrar que o direito da pessoa idosa é um bem jurídico de grande valor para a humanidade, porque o envelhecer é mais uma etapa de desenvolvimento natural do ser humano.

Palavras-chave: Direito dos Idosos, Direito Internacional, Direitos Humanos

Abstract

This research deals with the rights of the elderly on the scope of the international rights, emphasizing the internal legislation with the foreign Law inside treaties, pacts and conventions concerning legislative agreements between countries under the prism of the renewer principles of the human rights related to the elderly. The elderly rights deserve such emphasis, for it is based on fundamental principles to the human being, such as dignity, freedom, equality, fraternity, which are referred on the Universal Declaration of Human Rights, promulgated by the United Nations, by 1948, demonstration, then, that the elderly rights are legal goods of main value to the humanity, because getting old is just another phase of the natural development of the human being,

Keywords: Elderly rights; international rights; human rights.

Introdução

A expectativa de vida entre brasileiros tem aumentado constantemente nos últimos anos, porém houve mudanças significativas para essa realidade sob o enfoque de dois fatores importantes como o declínio da fecundidade e a redução da mortalidade infantil. Segundo Estatística do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), “o número de idosos (pessoas com idade igual ou superior a 60 anos) passou de 14,8 milhões, em 1999, para 21,7 milhões, em 2010.” De acordo com essa realidade pode-se afirmar que a população brasileira precisa estar preparada para esse impacto demográfico, pois diferente dos demais países, o

⁵¹Graduada em Pedagogia. Especialista em Educação Especial pela UFC. Graduada em Direito pela UNIFOR. Pesquisadora bolsista do Programa de Iniciação Científica – PROBIC/FEQ/UNIFOR. Mediadora do Núcleo de Mediação Comunitária da Parangaba - CE. Palestrante sobre Direitos Humanos, dos Idosos e das Pessoas com Deficiências.

⁵²Especialista em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões, realizado na ESMP pela Universidade Estadual do Ceará – UECE. Graduada em Direito pela UNIFOR. Mediadora do Núcleo de Mediação Comunitária da Parangaba - CE. Conciliadora Voluntária da 14ª Vara de Família do Fórum Clóvis Bevilacqua. Palestrante sobre Direitos Humanos, dos Idosos e da Família.

⁵³Mestre em Direito. Professor de Direito Internacional na UNIFOR. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI. Pesquisador e Coordenador do Núcleo de Estudos Internacionais da UNIFOR.

Brasil envelhece em menos tempo do que nações que demoraram cerca de 100 anos para atingir o número de idosos que hoje o país abrange.

A sociedade, em meio a várias alterações sociais, políticas e econômicas se depara com as exigências de uma melhor estrutura social na ânsia de objetivar melhor convivência entre diferentes idades. Sendo o Brasil “um país de jovens” é possível analisar que o mesmo será um país de idosos e, é referente a essa indagação que se aponta uma reflexão ao tema dos direitos do idoso como um direito revestido de princípios humanos e que o mesmo está firmado no direito internacional que transpõe como um forte alicerce e amparo jurisdicional para com essas pessoas.

O direito internacional quanto a esse tema tem uma importância expressiva para com o direito nacional referente aos idosos, pois é diante de uma preocupação como o fenômeno do envelhecimento mundial que países se reúnem nas Conferências da ONU propondo medidas sociais e políticas para que sejam executadas no que cabe a cada Estado membro. O objetivo das reuniões internacionais é apresentar programas que auxiliem governos federais para que os mesmos promovam unicamente à sociedade soluções compostas de princípios humanos que regularizam e fortificam a cidadania e a convivência no âmbito geral entre todos de cada nação.

É diante desse aspecto que se podem averiguar estudos sobre os direitos humanos, como também o direito internacional e as suas relações com o direito da pessoa idosa. Assim, é preciso avaliar quais pactos internacionais que defendem os direitos da pessoa idosa, em que são constituídos e no que cabe quanto aos direitos humanos em menção a proteção jurídica dos idosos, demonstrando assim, a precisão das legislações internacionais como um auxílio às legislações nacionais em busca de uma melhor convivência social entre várias gerações.

É relevante mencionar que decorrente a esse entendimento pode-se observar a extrema união existente entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal do Brasil em que ambas são fundadas exclusivamente nos princípios humanos, valores estes irreparáveis, irrenunciáveis e intransmissíveis que aludem os direitos da pessoa idosa.

A importância do direito humano é que ele designa os direitos fundamentais, os quais são um conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção vital e desenvolvimento de personalidade humana. E é referente a esse assunto que se analisa que a lei é um cumprimento social, valendo-se de prática como a cidadania e, é dessa forma que o direito do idoso alcança seu amparo digno e respeitoso nos âmbitos nacional e internacional.

1 Direitos da Pessoa Idosa no Âmbito Internacional

Sobre os direitos dos idosos em si, não existe nenhuma legislação internacional específica que os enfoque sob uma proteção legal, seja ela convenção, declaração ou conjunto de normas, considerando assim, documentos internacionais escassos quanto à matéria dos direitos aos idosos.

Diante desse entendimento, no âmbito internacional, pode-se afirmar que há alguns artigos expostos isoladamente em diversas convenções, cartas e declarações, os quais tratam do idoso, sobretudo, em matérias relacionadas à previdência e seguridade social, por exemplo, artigos como: o Art. XXV, parágrafo 1º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Art. 11 da Convenção Sobre a Mulher (1979) e o Art. 31, alínea c, da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais.

Assim como existe a segurança na Carta Maior brasileira em seus artigos 5º e 7º, que se referem a princípios constitucionais, já mencionados, vários tratados e convenções

internacionais garantem ao idoso os seus direitos semelhantes à de princípios fundamentais, e por força do art. 5º, §2º da própria Constituição, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para um melhor entendimento desse assunto abordaremos alguns documentos internacionais ratificados pelo Brasil os quais se parecem aos direitos dos idosos: o Pacto da San José da Costa Rica, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

a) O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos - 1969) foi um pacto adotado e assinado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

[...] A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969, e entrou em vigor em 1978. Conhecida como Pacto da San José, a Convenção Americana é um instrumento de maior importância no sistema interamericano. Dos 35 países-membros da OEA, 25 assinaram o pacto, entre eles o Brasil. A convenção reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos parecidos com os do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. São eles: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (art.3º), direito à vida (art.4º), direito à integridade pessoal (art.5º), proibição da escravidão (art.6º), direito à liberdade pessoal (art.7º), garantias judiciais (art.8º), princípio da legalidade e da retroatividade (art.9º), direito à indenização (art.10), proteção da honra e da dignidade (art.11), liberdade de consciência e de religião (art.12), liberdade de pensamento e expressão (art.13), direito de retificação ou resposta (art.14), direito de reunião (art.15), liberdade de associação (art.16), proteção da família (art.17), direito ao nome (art.18), direito das crianças (art.19), direito à nacionalidade (art.20), direito à propriedade (art.21), direito de circulação e residência (art.22), direitos políticos (art.23), igualdade perante a lei (art.24) e proteção judicial (art.25). (CORREIA, 2008, p. 100-101).

Esse pacto não mostra direitos explícitos aos idosos, porém, enuncia em seu artigo 4º o direito pela vida, onde ressalta que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida e que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Ainda sobre o mesmo artigo em seu inciso V tem-se uma importância maior, pois o idoso é lembrado aqui quando referido à proibição da pena de morte, onde relata que não se deve impor a pena de morte à pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta.

Já no art. 5º relata-se sobre direito à integridade pessoal respeitando sua integridade física, psíquica e moral, em que se pode empregar ao idoso por ser considerada uma das mudanças principais da velhice no seu entendimento físico, psíquico e moral. No inciso II é lembrado o princípio de dignidade, quando assegura que toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

b) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966):

De acordo com Almeida (2002) as linhas mestras de garantias em relação ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos é bastante abrangente. Ele foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, entrando em vigor em 1976, e sendo ratificado pelo Brasil em 1992.

[...] Os direitos assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos são: autodeterminação dos povos e liberdade de cada Estado de dispor livremente de suas riquezas naturais (art.1º); garantir procedimentos que assegurem os direitos do pacto (art. 2º); igualdade entre homens e mulheres (art.3º); direito à vida (art.6º); proibição da tortura (art.7º); proibição da escravidão (art.8º); liberdade e segurança pessoais (art.9º); regras sobre procedimentos penais – como tratamento digno para os presos (art.10); impossibilidade de prisão por inadimplemento obrigacional

(art.11); circulação territorial desde que a pessoa esteja legalmente no Estado (art.12); limitações à expulsão (art.13); garantia de ser ouvido em juízo e de não ser processado em tribunais de exceção (art.14); necessidade da tipificação penal anterior da conduta para que alguém seja condenado por sua prática (art.15); reconhecimento da personalidade jurídica de todos os seres humanos (art.16); proteção legal contra ingerências arbitrárias em sua vida privada (art.17); liberdade de pensamento, de consciência e de religião (art.18); liberdade de opinião (art.19); proibição da propaganda de guerra e da apologia do ódio nacional, racial ou religioso (art.20); proteção da família (art.23); proteção da criança (art.24); participação política (art.25); igualdade de proteção da lei (art.26); e proteção das minorias (art.27). (ALMEIDA, 2002, p. 45-46).

É possível observar no relato de seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes em assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando todas as medidas necessárias para este fim, cabendo aos Estados-partes estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações dos direitos civis e políticos.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos não trata, especificamente, em seus artigos, dos idosos, mas enuncia, em seus artigos 2º, parágrafo 1º, e 26, dois preceitos fundamentais para a garantia dos direitos das pessoas desse grupo. O artigo 26 dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei, tendo direito a igual proteção da mesma. Enquanto isso, o artigo 2º assegura a todos os indivíduos que se encontram nos territórios dos Estados-partes o princípio da não-discriminação.

É importante salientar que, segundo o artigo 2º, parágrafo 1, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a discriminação pode ocorrer por motivos de “raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”. Deve-se notar que a discriminação contra o idoso se acha implícita nestes dois últimos fatores.

c) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966):

Segundo Almeida (2002), o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um documento singular já que traz regras que criam obrigações de políticas públicas para os Estados, cabendo a estes a sua real efetivação. O maior objetivo deste pacto foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal dos Direitos Humanos sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Entrou em vigor em 1976, sendo ratificado pelo Brasil em 1992.

[...] Os direitos assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são: autodeterminação dos povos e liberdade de cada Estado de dispor livremente de suas riquezas naturais (art.1º); igualdade entre homens e mulheres (art.3º); trabalho livremente escolhido e capacidade para exercê-lo (art.6º); direitos trabalhistas – com condições justas de trabalho (art.7º); sindicalização (art.8º); previdência e seguro social (art.9º); alimentação, vestimenta e moradia (art.11); saúde física e mental (art.12); educação (artigos 13 e 14) e cultura (art.15). (ALMEIDA, 2002, p. 47).

Esse pacto também não mostra de forma explícita os direitos referentes aos idosos, mas, em seu artigo 2º, enuncia que é dever dos Estados-partes comprometer-se a garantir que os direitos por ele elencados se exercerão sem discriminação alguma. Isso faz parte do princípio da não-discriminação.

Diante do exposto, observamos que os Pactos Internacionais têm a sua importância para com os Direitos dos Idosos, no momento em que os princípios dos direitos humanos são elencados como base para os mesmos. A Declaração dos Direitos Humanos e sua importância mundial serão abordadas com mais ênfase neste trabalho, que argumentará sobre os princípios fundamentais da pessoa humana, relacionando-se com os idosos.

2 Direitos Humanos do Idoso

Sabe-se que os direitos humanos advieram de movimentos e de lutas sociais em que o povo se sentia desprotegido e ameaçado em face de um único homem que se interpretava como poderoso que poderia ser o chefe, o líder, o rei de todos que se encontravam numa determinada região. Porém, as lutas por um idealismo comum e benéfico a todos induziu e formatou o que hoje se entende por direito. A idéia de justiça era o desejo de muitos povos esperançosos por um povo mais unido e harmônico que almejavam conviver em paz e sob a amplitude do respeito humano e igualitário.

Assim, segundo Dallari *apud* Ramos (2001, p. 27) “os Direitos Humanos são direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque, sem eles, a pessoa não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.” Dessa forma, decorre que os direitos humanos são desejos e vontades expressamente voltadas ao bem comum e aos princípios de liberdade, igualdade e fraternidade já defendidos na Revolução francesa em 1789, ou seja, trata-se de questões axiológicas que é inerente a vontade do homem.

(...) se situaria no ponto de nascimento espiritual do homem, onde se realizou de maneira convincente, tanto para o Ocidente como para a Ásia e para toda a humanidade em geral, para além dos diversos credos particulares, o mais rico desabrochar do ser humano; estaria onde esse desabrochar da qualidade humana, sem se impor como uma evidência empírica; seria, não obstante, admitido de acordo com um exame dos dados concretos; ter-se-ia encontrado para todos os povos um quadro comum, permitindo a cada um melhor compreender sua realidade histórica. Ora este eixo da história nos parece situar-se entre 500 a.C. no desenvolvimento espiritual que aconteceu entre 800 e 200 anos antes de nossa era. É aí que se distingue a mais marcante cesura na história. É então que surgiu o homem com o qual convivemos ainda hoje. Chamamos breve essa época de período axial. (COMPARATO, 2008. p. 9).

Diante de várias manifestações sociais pode-se afirmar que o direito humano não era de todo positivado, ou seja, codificado, pois antigamente quem se glorificava por ter leis próprias eram os chefes de cada região. Assim, a lei não era para todos apesar de muitos terem no espírito a vontade de ser livre e de confirmar para si a necessidade de transparecer seus desejos humanos perante a uma sociedade desigual com o objetivo de realizar a justiça do homem.

E, dessa forma buscou-se a interpretação da axiologia como fonte objetiva do direito igualitário, já que era um desejo de muitos que se sentiam inferiorizados, ameaçados e desprotegidos na sociedade que formavam. O espírito de lutar pelos seus direitos mesmo que esses ainda não existissem impulsionou de forma simples, humana as conhecidas lutas sociais em que o povo saía aclamando por seus direitos e justiça, afrontando assim a opressão do poder conservador e totalitário do líder. (PIOVESAN, 2006).

E, desse jeito, passou o direito a ser visto e tratado como um direito humano inerente a qualquer um que se encontrava na região, transmitindo a outros povos que se tratava de um direito universal como afirma PÉREZ-LUÑO (2002, p. 24-25):

(...) o traço básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente seu caráter universal; o de serem faculdades que deve reconhecer-se a todos os homens sem exclusão. Convém insistir neste aspecto, porque direitos, em sua acepção de *status* ou situações jurídicas ativas de liberdade, poder, pretensão ou imunidade existiram desde as culturas mais remotas, porém como atributo de apenas alguns membros da comunidade (...). Pois bem, resulta evidente que a partir do momento no qual podem-se postular direitos de todas as pessoas é possível falar em direitos humanos. Nas fases anteriores poder-se-ia falar de direitos de príncipes, de etnias, de estamentos, ou de grupos, mas não de direitos humanos como faculdades

jurídicas de titularidade universal. O grande invento jurídico-político da modernidade reside, precisamente, em haver ampliado a titularidade das posições jurídicas ativas, ou seja, dos direitos a todos os homens, e em consequência, ter formulado o conceito de direitos humanos.

Diante dessa compreensão é possível aludir que os direitos humanos passaram a positivar como leis a partir da Revolução Francesa, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, esta inspirada na Revolução Americana em 1776, advindas das idéias dos filósofos iluministas. Posteriormente, essas revoluções serviram como alicerce para a unificação dos direitos de todos, pois ainda ocorriam agressões das mais cruéis formas desumanas como as duas grandes guerras mundiais.

E, só a partir, da Segunda Guerra Mundial, no auge da Guerra Fria, pode-se então concretizar de forma única o desejo de todos os povos que queriam a paz e harmonia na convivência mundial. Assim, foi estabelecida a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, direitos esses formados pelos princípios vitais do homem. Caracterizado com um único objetivo que é o bem comum social.

[...] A Organização das Nações Unidas foi criada em 26.06.1945 com o propósito fundamental de manter a paz e a segurança internacionais; desenvolver entre as nações relações amistosas baseadas no respeito ao princípio da igualdade e de autodeterminação, buscar a cooperação internacional para solucionar os problemas de caráter econômico, social, cultural ou humanitário; promover e apoiar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos os seres humanos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. O inegável marco do processo de proteção internacional dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Assembléia geral da ONU, em 10.12.1948, vindo a definir elencos de direitos e de liberdades fundamentais. A Declaração estabelece duas “categorias” de direitos: por um lado os direitos civis e políticos e, por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais. (CORREIA, 2008, p. 72).

Quanto à relação existente entre os direitos do idoso como um direito humano, a Declaração Universal de 48 faz menção da pessoa idosa em seus artigos XVI e XXV, em que ambos afirmam, segundo Guerra (2006, p.165-166):

[...] Artigo XVI – 1. Os homens e mulheres de **maior idade**, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, tem direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

[...]

Artigo XXV – 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, **velhice** ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (grifo nosso).

Entende-se por princípios humanos noções básicas da vida. A pessoa idosa se relaciona ao princípio da dignidade humana, por constar nela valores e origens dos direitos fundamentais. Segundo Bonavides (2006, p. 562) o princípio da liberdade “refere-se a escolha, a vontade de cada um, são como um ideal a pessoa humana”. Este é um direito fundamental a pessoa idosa que ainda exprime sua vontade, seu querer. Assim, rege-se o princípio da igualdade em que todos têm os mesmos direito, deveres e obrigações. O idoso, por estar presente na sociedade, permanece cumprindo o seu papel como cidadão, garantindo assim, o seu respeito social.

A pessoa humana se faz na presença dos direitos fundamentais, ricos em valores humanos, simples e verdadeiros. A proteção jurídica da dignidade da pessoa humana é um valor fundamental para a convivência do idoso nos meios social e familiar. São fundamentos

que reforçam e renovam o respeito, a compreensão, o carinho, mantendo a dignidade do ser como sobrevivência em meio a tanta diferença.

(...), além disso, a essência do ser humano é evolutiva, porque a personalidade de cada indivíduo, isto é, o seu ser próprio, é sempre, na duração de sua vida, algo de incompleto e de inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um sujeito em processo de vir-a-ser. (COMPARATO, 2008, p. 30).

Com isso, entende-se que o idoso tem sua proteção sob o bojo dos direitos humanos, apesar de ser citado somente nesses respectivos artigos. Porém, consta-se na Declaração de 48 e nos demais tratados e convenções que articulam os direitos humanos, formas legais de interpretação jurídica de grande relevância para os idosos, a respeito da dignidade humana, igualdade, liberdade, fraternidade, juntamente com direito à vida e à proteção social.

3 Legislação Nacional do Idoso

É possível observar que o direito, também, foi reconhecido aos idosos sob a visão legislativa que envolve suas garantias e os avanços jurídico-administrativos, ressaltando sua importância no âmbito nacional. A Constituição, também chamada de Carta Magna, é a legislação suprema de um país. Nela estão contidas todas as normas, princípios e regras para a elaboração do ordenamento jurídico pátrio. Em termos jurídicos-políticos, a Constituição é a lei fundadora e, *ipso facto*, fundamental do Estado.

A Lei Magna do Brasil instituiu o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais coletivos e individuais, como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na economia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Assim, como proteção maior de todos os brasileiros, a Constituição tem o dever e a função de garantir aos idosos cuidados e atenção. Preocupado com o aumento e o desenvolvimento da população idosa no país, o Governo Federal impôs, no ordenamento jurídico, dispositivos dedicados aos idosos, criando a Lei 8.842/94, sobre a Política Nacional do Idoso, bem como o Conselho Nacional do Idoso e a Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso.

Destacam-se, entre os dispositivos constitucionais sobre os direitos dos idosos, os seguintes artigos:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, **sem distinção de qualquer natureza**, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

[...]

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, **a idade** e o sexo do apenado.

[...]

Art. 7º [...]

[...]

XXX – proibição da diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, **idade**, cor ou estado civil. (grifos nossos)

[...]

Art. 14 [...]

§ 1º. O alistamento eleitoral e o voto são:

[...]

XXX – facultativos para:

[...]

b) os **maiores de sessenta anos**.

[...]

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, a tenderá, nos termos da lei, a:

I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e **idade avançada**.

[...]

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família à maternidade, à infância, à adolescência e à **velhice**;

[...]

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao **idoso** que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

[...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na **velhice**, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar **as pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º. Os programas de amparo aos **idosos** serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º. Aos **maiores de sessenta e cinco anos** é garantida a gratuidade dos transportes coletivos (grifos nossos).

Cumpramos ressaltar que a Constituição fala sobre as atribuições do Ministério Público, que tem o dever de zelar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis previstos no artigo 127 da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Com isso, essa instituição se posiciona na defesa dos direitos dos idosos, protegendo seus interesses por meio da Ação Civil Pública, como está previsto no artigo 129 da CF/88, tendo também como proteção a Defensoria Pública, que é a instituição responsável pela orientação jurídica e defesa daqueles que dela necessitarem, como demonstra o artigo 134 da CF/88.

A Constituição Federal dá normas e diretrizes básicas para serem seguidas nos programas especiais para atendimento aos idosos, como também, para formação da Política Nacional do Idoso.

No dia 4 de janeiro de 1994 foi promulgada a Lei nº 8.842, dispondo sobre a Política Nacional do Idoso e a criação do Conselho Nacional do Idoso. A Lei de Política Nacional do Idoso regulamenta os direitos sociais do idoso que tem como objetivos assegurar seus direitos de defesa coletiva e promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. No Decreto de nº 1.948, de 3 de julho de 1996, regulamenta a Política Nacional do Idoso, prevendo assim, as competências dos órgãos e entidades públicas como os Ministérios, Centros de Assistência Social, Conselhos Nacionais entre outros órgãos públicos e particulares da União, dos Estados e Municípios.

Em 2003, a Lei nº 10.741, de 1º de outubro instituiu o Estatuto do Idoso. Mais abrangente que a Política Nacional do Idoso, o Estatuto inovou em diversos pontos, até mesmo no Direito Criminal, impondo penas severas para quem desrespeitar ou abandonar cidadãos da terceira idade, cujas penas máximas privativa de liberdade serão de até 4 anos, aplicando-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Essa Lei prevê 12 (doze) tipos de crimes contra os idosos, como: discriminar pessoa idosa; deixar de prestar assistência ao idoso ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde; abandonar idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência ou afins; expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica do idoso.

O Estatuto do Idoso traz 118 artigos direcionados para a pessoa idosa. De qualquer forma, bom ressaltar que o Estatuto é claro, em seu artigo 4º, § 1º ao estatuir: “É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso” como também em seu artigo 10, § 2º quando relata que: “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetivos pessoais”. O Estatuto expõe entre outras regras direitos básicos para o idoso como: direito à vida, direito ao respeito, direito ao atendimento de suas necessidades básicas, direito à saúde, direito à educação, direito à moradia, direito à justiça, direito ao transporte, direito ao lazer, direito ao esporte.

Assim, o Estatuto protege a pessoa idosa sob formas de garantias. Entende-se por garantia à prioridade: a preferência na formulação de políticas sociais; o privilégio para os idosos na destinação de recursos públicos; a viabilização de formas eficazes de convívio, ocupação e participação dos mais jovens com os idosos; a prioridade no atendimento público e privado; a manutenção do idoso com a sua própria família; o estabelecimento de mecanismos que esclareçam à população o que é o envelhecimento; e a garantia de acesso à rede de saúde e à assistência social.

É assegurada pelo Sistema Único de Saúde (SUS) a atenção integral e especial à saúde do idoso, devendo também ser objeto preferencial de tratamento do SUS as doenças que os afetam. O idoso com dificuldade de locomoção tem o direito de atendimento domiciliar, seja na cidade ou no campo. Também é obrigação do Poder Público oferecer gratuitamente aos membros da terceira idade, independente da classe social a que pertencem, medicamentos, próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação, sendo necessário para isso que o idoso solicite tratamento pelo SUS.

“É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” (§3º do artigo 15 do Estatuto). Este artigo, considerado bastante polêmico, gera discussões, visto que proíbe qualquer forma de discriminação ao idoso pelos planos de saúde. Estes não poderão cobrar tarifas diferenciadas em razão da idade, seja ela qual for.

É um direito do idoso a educação, cultura, lazer, esporte, diversões, espetáculos, produtos e serviços apropriados que respeitem sua peculiar condição de saúde. A lei ainda garante o desconto de 50% (cinquenta por cento) e acesso preferencial nas atividades e eventos que proporcionem a concretização dos direitos anteriormente elencados. Ao governo cabe incentivar a abertura das universidades aos idosos, bem como a publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequado aos maiores de 60 anos.

Também é um direito do idoso o exercício de atividade profissional, sendo respeitados seus limites físicos e psíquicos. É proibida a discriminação por idade, inclusive nos concursos públicos, excetuando-se os casos em que o cargo o exigir. Em concursos públicos, para

desempate, há preferência para quem tem maior idade. Cabe ainda ao Poder Público estimular a iniciativa privada a contratar os idosos.

Para assegurar o direito à alimentação, nos casos em que a garantia desta é dever do Estado, o idoso terá direito a uma assistência mensal de 1 (um) salário mínimo. Eventuais benefícios que qualquer membro da sua família receba, não exclui a assistência mensal supracitada. Nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, serão reservados 3% das unidades para os idosos. Nestes programas de habitação as empresas construtoras deverão propiciar as condições estruturais básicas para a qualidade de vida do idoso: implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados para a terceira idade, garantia de acessibilidade ao idoso e critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadorias e pensão.

É assegurada a gratuidade do transporte coletivo público urbano e semi-urbanos, 10% das vagas são reservadas aos idosos, exceto nos serviços seletivos, para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos. Para que a gratuidade seja assegurada basta que a pessoa comprove, por meio de qualquer documento pessoal, sua idade. Para as pessoas entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos de idade caberá à legislação local regulamentar os critérios para a concessão da gratuidade. No transporte coletivo interestadual serão asseguradas 2 (duas) vagas gratuitas aos idosos e desconto de 50%, no mínimo, aos membros da terceira idade que excedam as vagas gratuitas. Também é requisito para esse direito que os usufrutuários não tenham renda superior a 2 (dois) salários-mínimos.

Os casos em que o idoso necessite de proteção, ou seus direitos não estejam sendo cumpridos, as reclamações deverão ser comunicadas a qualquer dos seguintes órgãos: autoridade policial, Ministério Público, Conselho Estadual do Idoso ou Conselho Nacional do Idoso. Os profissionais de saúde, ou o responsável por estabelecimentos de saúde e/ou o responsável por instituição de longa permanência que deixarem de comunicar à autoridade competente crimes contra os idosos serão apenados. A omissão diante de atos que possam causar, no idoso, lesão física e/ou moral é punível pelo Código Penal. Temos, portanto, uma obrigação não só moral como também legal de defender a integridade do idoso.

Conclusão

Portanto, acredita-se que o direito do idoso pode ser considerado como um direito humano, pois acolhe os princípios da humanidade, os chamados princípios básicos, os quais compreendem os fundamentos necessários para manter a dignidade na convivência social que, assim, pode ajudar na efetivação do respeito aos direitos dos gerontes, visto que eles já são cidadãos capazes e de valor.

Verifica-se que os Poderes Legislativo e Executivo vêm cumprindo com os seus papéis de adequar o direito ao desenvolvimento social, prolatando práticas favoráveis aos idosos, consubstanciando, dessa forma, o princípio basilar da igualdade de todos perante a lei com funções de expor à população os direitos e cuidados com os idosos em forma de trabalhos comunitários. Para isso, seria necessário o desenvolvimento social em visão de uma melhor convivência entre diferentes gerações.

Segundo Spinola (2003), desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), as Nações Unidas estão sempre renovando o sistema de proteção aos segmentos vulneráveis da população, munindo cada um deles de uma convenção específica com força vinculante e compromissos compulsórios para as nações aderentes.

Foram, então, observadas dificuldades sociais no reconhecimento e aceitação do idoso, quanto a seus direitos e a uma convivência justa e pacífica. Tornou-se, pois, imperioso defender os interesses desse grupo social sob o enfoque dos Direitos Humanos, no intuito de

se conseguir o respeito à dignidade do idoso, do mesmo modo como tem sido assegurado o respeito às mulheres, às crianças, às vítimas de tortura e aos índios.

Referências

ALMEIDA, Guilherme Assis de.; MOISÉS, Cláudia Perrone. (coords.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto nº 1.948/96, 3 de julho de 1996. **Decreto Regulamentado na Política Nacional do Idoso**.

_____. Decreto nº 4.227/02. **Conselho Nacional do Idoso**. 6 ed. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. 6 ed. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. 4. Ed. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Lei nº 8.842/94. **Política Nacional do Idoso**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 de jul de 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação dos Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte interamericana de direitos humanos – Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são Direitos da Pessoa**. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

GUERRA, Sidney. **Tratados e Convenções Internacionais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População residente por situação do domicílio, sexo e grupos de idade**: Florianópolis/SC: censo demográfico 2010. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 27 set. 2010.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **La universidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea**. In: _____. (Coord.). **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

SPINOLA, Daniel Aguiar. **O direito ao desenvolvimento como direito humano**. Revista Diálogo Jurídico. 2003. n. 2, 233-248.

13 Ação Popular promovida por estrangeiro: legitimidade baseada na paz perpétua Kantiana?

Popular Action Promoted By Foreigners: Legitimacy Based On Kantian's Perpetual Peace

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima⁵⁴

Bruno César Braga Araripe⁵⁵

Resumo

Immanuel Kant estuda a possibilidade de uma paz perpétua, onde os Estados se desarmariam belicamente, assinariam tratados definitivos, e tenderiam a praticar a hospitalidade aos estrangeiros, de modo a construir uma sociedade cosmopolita, com direito iguais a todos. Nesse tocante, a Ação Popular prevista na Constituição de 1988, como instrumento de defesa do interesse público, restringe a legitimidade para apenas quem seja cidadão brasileiro. Este trabalho discute a possibilidade de cidadãos estrangeiros, que vivem legalmente no Brasil, e analisados sob uma perspectiva de cidadão universal, de tornarem-se legítimos perante o Judiciário para intentar uma ação popular.

Palavras-chave: Ação Popular; Estrangeiro; Legitimidade.

Abstract

Immanuel Kant aims the question for perpetual peace, which is to disarm the belligerent states, to sign the final treaty, and tend the practice hospitality to strangers, in order to build a cosmopolitan society with equal rights for all. In this respect, the People's Action, envisaged in the 1988 Constitution as an instrument of the public interest, restricted to just who is entitled to a Brazilian citizen, sets limits on right of petition. This work discusses the possibility of stranger citizens, who are legally based in Brazil, to become also a parte before judiciary in order to set a people's action.

Keywords: Popular Action; Foreign; Legitimacy.

Introdução

O legislador constituinte originário de 1988, visando tornar ainda mais efetiva a realização da cidadania e da primazia do direito social, ideais qualificados de direitos fundamentais, previu o instrumento da Ação Popular no Art. 5º LXXIII, como meio a tutelar o interesse público, este compreendido o patrimônio público, histórico e cultural, a moralidade administrativa, entre outros.

Contudo, o modo de efetivação deste instrumento foi atribuída a apenas um sujeito: o cidadão brasileiro, pessoa física que, nos termos do art. 1º, §3º, Lei n º 4717, de 29 de junho de 1965, identifica-se como aquele detentor do título de eleitor ou documento que o corresponda. Exclui-se

⁵⁴ Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1988), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1993) e doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main (1998). Pós-doutor em Direito pela mesma Universidade de Frankfurt/M. Foi vice-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Ceará. Atualmente é procurador geral do Município de Fortaleza e professor titular da Universidade de Fortaleza no programa de Pós-Graduação em Direito.

⁵⁵ Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza. Monitor voluntário de Direito Constitucional III, ano 2010. Monitor Institucional de Direito Constitucional III, ano 2011. Estagiário de Direito.

deste rol as entidades de classes, órgãos de fiscalização da lei, como o Ministério Público, e, especialmente, o estrangeiro não naturalizado.

Ao proceder a uma averiguação dos princípios fundamentais albergados na Constituição da República do Brasil observa-se a existência, dentre outros, da igualdade de direitos entre as pessoas, sustentada por um Estado Democrático de Direito, onde é disponibilizado a qualquer pessoa o acesso ao Poder Judiciário na reparação de ato lesivo ou mesmo ameaça.

Nessa perspectiva igualitária, convém afirmar que os estrangeiros não estão excluídos, sendo permitido também a estes a proteção aos seus direitos em patamar de igualdade para o cidadão brasileiro.

Agora, é também possível afirmar que quando se analisa a proteção não mais a direito individual, mas coletivo, a tarefa restringe-se a apenas um sujeito: o cidadão brasileiro. Afasta a legitimidade a estrangeiro que reside no país há anos, com vínculo formado com a nação brasileira, que aceitou o pacto constituinte brasileiro e que, por isso, tem capacidade de proteger o interesse público.

Não se afigura com razão haver a negativa em conferir aos cidadãos de outros países a possibilidade para intentar essa medida protetora do interesse coletivo, ainda mais se se pensar em uma sociedade cosmopolita, na qual não há diferenças entre os povos quando, em especial, busca-se a proteção da sociedade.

Para tanto, reforçando a idéia de inserção do estrangeiro na igualdade de condições aos brasileiros, buscam-se os ensinamentos de Immanuel Kant, que em seu postulado da Paz Perpétua, sugerirá construir uma sociedade cosmopolita, caracterizada pela igualdade de direitos entre os povos, de respeito à diversidade cultural e hospitalidade aos estrangeiros praticada pelas nações. De acordo com o filósofo, só assim, tais condutas importarão na harmonia entre os Estados e no reconhecimento do papel relevante trazido por outras culturas na defesa maior do interesse público.

Este trabalho, fundamentado pelo entendimento fornecido por Immanuel Kant, busca lançar a idéia da possibilidade de ajuizamento da ação popular por não cidadãos brasileiros, quer dizer, por estrangeiros, notadamente àqueles não naturalizados que em adotando o Brasil como pátria e visando a defesa do interesse público, darão alargamento ao princípio do acesso à justiça e da igualdade de direitos, considerados fundamentais pela constituição republicana e democrática.

1. Do projeto da Paz Perpétua Kantiana

Immanuel Kant, envolto dos problemas surgidos com a Guerra da Primeira Coalizão, de 1795, com a conseguinte celebração da “Paz de Basiléia” entre França e Prússia, além de contar com a companhia de pensadores como Leibniz, Voltaire e Rousseau, elabora um trabalho, elencando um conjunto de regras com a finalidade de estabelecer uma espécie de paz perpétua entre as Nações e alcançar o respeito entre os povos. Estrutura a sua obra como se um tratado fosse, dividindo-a em duas secções, a primeira sendo utilizada para discorrer sobre as condições *preliminares* para a paz perpétua entre os Estados, enumerando seis artigos, enquanto que a segunda, para estabelecer as *definitivas*, apresentando, desta vez, três artigos.

Os artigos preliminares são considerados para o filósofo os meios para atingir o fim da guerra entre os Estados, bem como evitá-la, e estabelecer um futuro tratado de paz definitivo. Enumerando-os de modo apenas sintético, uma vez não ser a tarefa deste trabalho a análise pormenorizada, propõe Kant que os tratados de paz não devem conter em seu bojo intenções propiciadoras de uma futura guerra, sendo esta a intenção do primeiro artigo.

No segundo, prevê que “nenhum Estado independente (grande, pequeno, não tem importância este aqui) não pode ser adquirido por meio da herança, troca, compra ou doação”, preocupando-se o filósofo com a questão da soberania, interna e externa, que deverá permear entre as Nações. (KANT, 1988, p. 120-121)

Em seus terceiro e quarto artigos tenta sugerir que os “exércitos permanentes devem, com o tempo, desaparecer totalmente” e que “não deve existir endividamento do Estado em favor de outro relacionado a assuntos de política exterior”. (KANT, 1988, p. 121-122)

Como quinto e sexto têm-se que “nenhum Estado deve intrometer-se na constituição e no governo de outro” e que “nenhum Estado, em guerra com outro, deve permitir que as hostilidades impossibilitem a confiança recíproca na paz futura, tais como assassinatos, envenenamentos, ruptura da capitulação e instigação à traição” (KANT, 1988, p. 123-125)

Em relação aos três artigos definitivos, Kant ousa propor soluções inovadoras à sua época. Assim sugere que “A Constituição civil em cada Estado deve ser republicana”, dando enfoque à soberania popular e primando pela democracia, de modo a permitir que o povo opte por instaurar guerra com outros Estados; o “direito das gentes deve fundar-se numa federação de estados livres” e “o direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”. (KANT, 1988, p. 126-140)

Procurando interpretar o último artigo, observa-se que a ideia da hospitalidade universal seria a de acolher a pessoa de outra cidadania, sem a prática de hostilidades. Aqui, não caberia intentar a repressão ou vontade de impor-se sobre o outro. Repele-se o pensamento de aceitar o estrangeiro com o fito de dominar-lhe, impor-lhe uma dominação.

A intenção do pensamento kantiano na busca da harmonia entre os povos perfaz-se na acomodação do estrangeiro que aceita o pacto constituinte do Estado visitante, garantido a ele igualdade de direitos, tal qual são conferidos aos cidadãos, privilegiando-se dessa maneira a dignidade da pessoa humana, a democracia e universalidade de gêneros e propiciando a paz entre os povos, esse como o princípio maior a ser alcançado.

Antes de Kant havia duas dimensões de direito: o estatal, atinente aos assuntos internos de cada Estado, e o das gentes, na qual regulava as relações dos Estados entre si e dos indivíduos de um Estado com os do outros.

Com o advento das idéias do filósofo de Königsberg, surge uma nova categoria: a cosmopolita, na qual concebe os cidadãos sujeitos universais, considerando cada um não membro do seu Estado, mas sim posicionados ao lado de cada Estado, através de uma sociedade cosmopolita, de todos. A lógica reside no seguinte: todos têm o mesmo direito sobre o solo, e assim, ninguém tem mais direito que um outro de estar em um lugar da Terra. Sendo assim, os habitantes de toda a Terra podem constituir um sistema que qualquer ataque a um direito em um lugar da Terra é sentida por todos. (NOUR, 2004, p. 56).

Tal visão kantiana credita a qualquer cidadão o direito de visita, oportunizando as pessoas de tentarem a comunidade com todos, dando-lhes a faculdade de conhecer vários lugares, e com estes conviver como se cidadão fossem, caso aceite o pacto constituinte em cada território.

Para que esta proposta surta efeitos, exige-se que se pautem no respeito às diferenças culturais, étnicas, religiosas, etc. dos povos entre si. É o que Kant preconiza ao sugerir o direito à hospitalidade: o direito de nessa tentativa de em se relacionando com o outro, não ser tratado pelo estrangeiro como o inimigo. Se o objetivo é alcançar a paz perpétua dentro de uma sociedade cosmopolita, então os povos

devem está dispostos a receber aquele que aceite viver sob as normas do país receptivo, gozando, portanto, do direito à hospitalidade, ou à tolerância.

Se se partir destes pressupostos, é possível afirmar que os cidadãos de outros países possuem acesso livre entre os territórios, no momento que acharem oportuno, podendo viver no local visitado, caso aceite as normas vigentes do Estado. Possibilita supor, por exemplo, que um muçulmano ingresse livremente no território norte-americano, colocando a indumentária típica da sua cultura sem ser vítima de discriminações, trabalhando em condições iguais a um americano; ou de um brasileiro poder adentrar na Espanha sem sofrer restrições por ser qualificado como possível imigrante. Ou mesmo possibilitar a um norte-coreano atravessar a fronteira com o Estado vizinho, Coréia do Sul, sem ser visto como inimigo. Semelhante idéia servindo para o iraniano que pretende residir nos Estados Unidos da América, e adotando esta nação como pátria, sem sofrer atitudes discriminatórias.

Todas essas receptividades são capazes de impulsionar a harmonia e a busca pela igualdade de direito entres os povos.

A idéia de cidadão universal considera todos os povos detentores, e não proprietário, do mesmo solo, ou do mesmo meio ambiente saudável, e, a partir daí, torna-os co-responsáveis pela sua preservação e defesa.

Isto não tem nada de idealista, mas de realista uma vez que o ‘Projeto da Paz Perpétua’ é baseado no direito, e não na vontade de ninguém e nem num momento metafísico. Não é estudada a partir de uma visão naturalista, mas, em verdade, fundamentada no concreto. O próprio filósofo, em sua obra deixa claro isto, quando afirma tratar não de filantropia, mas de direito.

A finalidade de alcançar a hospitalidade, portanto, importa em propiciar a convivência maior dos povos entre si, inserido-os em uma sociedade cosmopolita, dotando-os de cidadania universal e reconhecendo-se reciprocamente a legitimidade de suas crenças, culturas, formas de comportamento etc., sem hierarquização de qualquer ordem, e contribuindo para o alcance da paz.

Levando em consideração o Brasil, o qual é pautado em um Estado Democrático de Direito, alicerçado pela soberania popular, e tomando como norte as ideias acima demonstradas advindas da sociedade cosmopolita kantiana, parece extremamente aceitável supor as igualdades de direitos de ordem constitucional a serem oferecidos aos brasileiros e estrangeiros, como o direito de expressar-se livremente e adotar qualquer religião, de inviolabilidade de domicílio, de constituir uma família, de obter um emprego ou mesmo criar uma empresa, e de buscar uma reparação em face da ofensa a direito perante as instâncias judiciárias.

Isto não é novidade no Brasil, uma vez que Constituição Federal de 1988 albergou essas idéias, alocando-as especialmente no art. 5º, dando-lhes *status* de direito fundamental, o que de imediato possibilita dizer que são intangíveis por serem inerentes à condição humana. Esta Constituição, inclusive, simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país (PIOVESAN, 2009, p. 196). Uma vez realizados, concretizados, conferem ao indivíduo autonomia suficiente para que possa livremente trilhar o seu caminho em busca da felicidade.

Contudo, tais prerrogativas são vistas apenas no aspecto individual, quer dizer, visam a proteger os interesses subjetivos. Agora, se se procurar estender essas intenções, fugindo do âmbito individual, para ressoar perante pessoas indeterminadas, à coletividade, ao direito social propriamente dito, a Constituição Federal legitima alguns meios de dar-lhes efetividade, como, por exemplo, o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública e a ação popular.

Nesse sentido, nossa Constituição de 1988 também inova e fortalece sua perspectiva cidadã quando prevê mecanismos processuais que, em última análise, visam ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana (BERNARDES, W; 2003, p.185)

Para o presente trabalho, busca-se discorrer apenas sobre a possibilidade do ajuizamento da ação popular, na pretensão de serem concretizados os direitos da coletividade, tendo como sujeito iniciador o estrangeiro não naturalizado, mas inserido nessa perspectiva de sociedade cosmopolita e universal acima abordada.

2. Da Ação Popular – Finalidade e Legitimidade

Ao lado do mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, foi conferida à ação popular o caráter de remédio constitucional (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988). A diferença maior, no caso desta última, reside no fato de ser o ponto nodal deste instituto a defesa dos direitos da coletividade, da sociedade, estes identificados como sendo o patrimônio público (bens e direito de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico), a moralidade administrativa, ou a proteção do meio ambiente.

Tendo esta finalidade, não subsiste fazer cogitações quanto a intenções individuais, porquanto o beneficiário não será o autor, mas a coletividade, que ciente de um ato administrativo causador de uma lesão ao interesse geral, buscará a sua anulação do ato impugnado, e, se for o caso, a devida condenação do infrator em perdas e danos.

O doutrinador José Afonso da Silva, em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo, pontua o seguinte:

Contudo, ela se manifesta como uma garantia coletiva na medida em que o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando à tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal. (SILVA, A; 2010, p. 463)

Com efeito, será cabível a ação popular, fundamentado na Lei que lhe dar regulamentação (nº 4717, de 29 de junho de 1965) quando se tratar de atos lesivos ao patrimônio de pessoas jurídicas de direito público (art. 1º).

Detalhando que espécies de atos são esses, determina o art. 4º que estes devam conter vícios *de incompetência* (quando o agente que praticou o ato não tinha atribuição para tanto), *quanto a forma* (inobservância de formalidades que devem nortear os atos), *de ilegalidade no objeto* (violação a uma determinação normativa), *quanto à inexistência motivos* (não há fundamentação de fato ou direito para o ato) e/ou *desvios de finalidade* (o agente desvirtua o seu ato, de modo implícito ou explícito).

Contudo, tal ação, expressando-se como uma fiscalização pela sociedade, na prática revela-se limitativa, isso porque, na ânsia de proteger os interesses da coletividade, restringe apenas ao cidadão brasileiro a legitimidade para intentá-la. E, por cidadão brasileiro, entende-se aquele brasileiro nato ou naturalizado em gozo dos direitos políticos (votar e ser votado), portador, nos termos do art. 1º, §3º, da Lei nº 4717/65, do título eleitoral, ou com documento correspondente. Quem não atender a esses requisitos, não poderá ajuizar ação, vez que ausentes as condições da ação.

Assim, é possível afirmar que restam excluídos, do rol de legitimados, para propositura da ação, pessoas com os direitos políticos cassados, os menores de dezesseis anos e os estrangeiros não naturalizados.

Veja-se que a soberania popular, compreendida juntamente com o direito ao sufrágio, ao voto, plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei é exercitada com este instrumento constitucional.

Como observado linhas acima, se se pensa na idéia de implantação e fortalecimento uma sociedade cosmopolita, onde haja a paz e igualdade entre os povos, devemos considerar as pessoas dotadas de ampla cidadania. Possibilita supor, conseqüentemente, que se o nativo tem o poder de defender a sua pátria, o estrangeiro que aceitou o pacto constituinte do território alheio, também o tem.

Dentro de uma ótica cosmopolita, não se visualiza motivos para negar a uma pessoa qualquer, em especial ao estrangeiro, o direito de exercer um ato cívico, materializado na ação em comento, o qual tem o condão de proteger a sociedade brasileira, usando do instituto preventivamente, ou mesmo de almejando solucionar a lesão, através da anulação ou da declaração de nulidade do ato administrativo ilegal, e por que não dizer, injusto.

Não é demais ressaltar que a Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º adotou o princípio da igualdade entre as pessoas, sem fazer qualquer distinção de qualquer natureza, seja ela étnica, religiosa, cultural, ou partidária. E como o aludido princípio não pode ser reduzido, mas, pelo contrário, estendido, de sorte a tornar efetivos os direitos fundamentais, por que não permitir a garantia da legitimidade a um estrangeiro não naturalizado?

A todos é conferido o direito de petição aos órgãos públicos, quer seja administrativo ou judiciário, não havendo a preferência para o nacional, em detrimento do estrangeiro. Não se encontra justificativas para se impedir ao estrangeiro de exercer um papel de paladino do interesse popular, de fiscalizador dos atos públicos, quando essa pessoa é vista como cidadão universal, acolhido, tolerado e respeitado pela sociedade aonde reside.

A título ilustrativo, imagine-se um ato público de âmbito federal que está maculado por um vício de finalidade, que tem o condão de causar uma grave lesão a patrimônio arqueológico. Sabe-se que o direito de possuir um meio ambiente harmonioso e protegido é de todos, isto é, estende-se esta prerrogativa do cidadão brasileiro ao não-cidadão, pelo que prevê a Constituição Federal, no art. 225. Permitir a qualquer pessoa a defesa desta prerrogativa, além de atender ao interesse social, dá aplicabilidade aos princípios previstos no Ordenamento Jurídico. Então, por qual razão não conceber a um estrangeiro a titulação para promover a ação popular, quando mais esse indivíduo foi aceito no território alheio dentro de um ambiente hospitaleiro e receptivo? Não significa uma intenção sincera do estrangeiro tal pretensão, demonstrando os laços de afetos com o território ao qual convive há anos e que por conta disso quer protegê-lo?

É preciso compreender as vantagens de adotar-se a legitimidade de estrangeiros residentes no Brasil e que não sejam naturalizados. Primeiro, porque dar amplitude ao acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, vez que confere poderes a mais um sujeito de buscar nas vias judiciais a defesa do interesse público.

Estar-se-á nada mais que impondo ao Estado-Juiz o dever de efetivar os direitos fundamentais, qual seja a de uma sociedade justa e igualitária, de sorte a buscar a reparação ao causador do ato lesivo, ou mesmo prevenindo e privilegiando a dignidade da pessoa humana, independentemente de qual nacionalidade seja titular.

Cumprir dizer que este é o cerne do estado democrático de direito, que repudia o arbítrio e a injustiça, legitimando o Poder Judiciário, como terceiro desinteressado, para, exercendo a função de árbitro, garantir os direitos das pessoas (JAYME, 2003, p. 118).

Em segundo lugar, privilegia o direito de igualdade. Como isto está inserido na moldura de direitos fundamentais, a hermenêutica constitucional concebe o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, ou com outras palavras, princípio da eficiência, garantindo as tais normas a

atribuição de um sentido que possa conferir a maior eficácia possível. É nesse sentido a lição de COELHO (I; 2010, p. 179):

[...] oriente os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos.

Interpretar as normas constitucionais, alerta Marcelo Cattoni (apud BERNARDES, W; 2003, p. 184), exige-se que se leia o texto da Constituição brasileira sabendo explorar as tensões entre o texto e o contexto, para evitar o contraste entre o ideal e o real, entre a inclusão e a exclusão, se se pretende reconstruir adequadamente o Estado Democrático de Direito.

Terceira vantagem, é que estará em consonância com outros Estados, também adotantes do modelo democrático de direito. Utilizando-se do direito comparado, é possível verificar que a Constituição Espanhola de 27 de dezembro de 1978, conferiu o direito de obter uma tutela efetiva dos Órgãos judiciais por todas as pessoas, sem fazer distinção.

Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Some-se ainda a Declaração Universal dos Direitos Humanos, criado em 1948, no qual o Brasil é signatário. Este documento, possuidor de efeito jurídico vinculante, segundo posicionamento de muitos doutrinadores, tenciona princípios que visam privilegiar o direito à igualdade e liberdade. Seu principal significado consagra o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos (PIOVESAN, 2006, p. 141).

3. Da cidadania sob uma perspectiva universal

As Constituições brasileiras, desde a década de 30, adotam os termos cidadãos naturais e nacionais, possuindo uma distinção básica entre os dois tipos. No que tange ao primeiro, define-se a partir do local do nascimento. Ocorre em situações em que o indivíduo é natural de determinada localidade; seu nascimento ocorreu em um local específico. (BERNARDES, W; 2003, p. 179)

Já o termo nacionalidade, a partir de uma análise priorizando as formas contidas no art. 12 da Constituição de 1988, deriva da vinculação àquelas pessoas que mantêm um vínculo efetivo com o Estado brasileiro. Enquadram-se nesse conceito, os brasileiros natos e naturalizados, definidos como nossos nacionais. (BERNARDES, W; 2003, p. 180)

A terminologia *cidadão* comporta maiores generalizações, surgindo daí o cidadão em sentido amplo e estrito. Para este, é considerado cidadão aquele que pode votar e prova essa condição com o título de eleitor. O cidadão, assim considerado, está vinculado às disposições do art. 14, Constituição Federal. É um sentido tradicional, que reflete um discurso jurídico do Estado Liberal, expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1776. (BERNARDES, W; 2003, p. 180)

Relativo ao segundo significa, antes de tudo, ser parte, no sentido próprio de compartilhar de uma mesma sociedade. Envolve o reconhecimento do indivíduo como ser integrante da sociedade estatal e, portanto, incluído e acolhido pelo ordenamento jurídico. Este ser conhece os seus direitos e deveres, necessitando tê-los concretizados para alcançar o ideal da dignidade da pessoa humana. Esta conceituação é adotada na sociedade contemporânea, recebendo uma conotação que verdadeiramente se pretende atribuir-lhe sociedade moderna (BERNARDES, W; 2003, p. 180)

Pautado nessas últimas assertivas, tem-se que para a sociedade contemporânea, valorizadora do cidadão em sentido amplo, vislumbra-se a aceitação da universalidade da cidadania. O ideal é que a sociedade conte também com um indivíduo questionador, participativo, atuante e propulsor de mudança, fomentando uma nova proposta dialógica, e sendo veículo propulsor da democracia de forma universal, isso por que:

A democracia, como regime pelo qual o povo é detentor e destinatário do poder soberano, exige que haja a sua participação em todos os momentos da vida política de seu país, não somente por meio do sufrágio – como se o direito de votar esgotasse a participação democrática – mas, sobretudo pelo acesso aos poderes públicos, pelo controle dos atos dos agentes estatais e pela prerrogativa de interferir nas decisões sobre o seu próprio destino. A Constituição, que define a natureza soberana do poder do povo (art. 1º, parágrafo único e art. 14), estabelece, além do voto secreto, universal e periódico, outros instrumentos sociais de participação democrática, como o controle sobre atos de seus representantes e os mecanismos de defesa da Constituição e de exercício da cidadania. (JUNIOR, B; 2003, p. 15)

Com efeito, resta consagrado pelo poder constituinte originário como corolário do Estado Democrático de Direito a importância aos direitos fundamentais, princípio que deve ser conjugado com a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. (JUNIOR, B; 2003, p. 13)

Retirar a restrição da cidadania composta apenas do brasileiro nato e naturalizado, adotando a cidadania universal, a partir de uma sociedade cosmopolita, é garantir a toda e qualquer pessoa o acesso livre entre os Estado, respeitando as diferenças de gêneros, acolhendo-os. É tornar os estrangeiros também partícipes da democracia vigente no país, reconhece-lhes a relevância no aprimoramento das relações internacionais, dando maior eficácia às garantias constitucionais e promovendo, finalmente, a paz entre os povos.

É ademais, reconhecer a contribuição que possivelmente possa trazer o estrangeiro não naturalizado, mas residente no Brasil há 20 anos, que possua uma família com filhos brasileiros, que exerce uma atividade laboral, que contribui para o desenvolvimento do país e que, principalmente, aceitou o pacto constituinte. Dar-lhe chance de participar da efetivação da cidadania repercuta positivamente na realização dos direitos fundamentais.

Conclusão

Buscou-se, através do presente estudo, verificar a possível legitimidade de estrangeiros não naturalizados de promoverem a ação popular, não obstante a Constituição Federal de 1988 não conferir essa capacidade.

Para tanto, apresentou-se o ‘Projeto da paz perpétua’ desenvolvido por Immanuel Kant. Vislumbrou-se nesta obra a proposta de construir uma sociedade mais justa e igualitária, baseada nos desarmamentos dos Estados, abstinência de invadir território vizinho, ou neste constituir império, de implantar uma República pautada na soberania popular, e, mormente, na receptividade de um estrangeiro.

Esta última intenção configura-se o cerne do presente trabalho em virtude de caracterizar-se pelo respeito e hospitalidade que deve ser conferida a qualquer estrangeiro, dando-lhe suporte para convivência como se nativo fosse. Considerando este inserido no conceito de cidadão universal, englobado em uma sociedade cosmopolita, as idéias de Kant faz do sujeito não-cidadão detentor do solo como um todo. Sob esse plano, para o filósofo, alcançar-se-á a paz perpétua entre os povos.

Nesta perspectiva, e somadas à atitude do estrangeiro não naturalizado e residente há anos em um país, como o Brasil, por exemplo, em adotando o Pacto Constituinte, concordando com as normas vigentes como se cidadão fosse, mostra-se sem razão negá-lo o direito de defender a coletividade contra atos públicos viciados.

Não se patenteia inconstitucional conceder a legitimidade a um estrangeiro não naturalizado para propositura da ação popular, tendo vista que se estar garantindo a prevalência do princípio do acesso à justiça, em cuja função não distinguiu quais tipos de pessoas podem acionar o Estado-Juiz para reparar um dano, ainda mais este dano ferindo interesse público.

E mais, por envolver direitos fundamentais, no que respeita à igualdade entre as pessoas, estar-se permitindo a aplicação do princípio da máxima eficácia das normas constitucionais. Para fortalecer essa ideia, compreende-se que o art. 5º da Constituição Republicana, por tratar de direitos fundamentais, não pode ser reduzido, mas, por outro lado, aceita-se a sua extensão, de modo a albergar qualquer pessoa, quando tal atitude implica a prevalência do direitos e garantias individuais em face de atos ilegais, aéticos e amorais advindos do poder público.

De mais a mais, o objetivo maior da proposição da ação popular não representa interesses meramente individuais, subjetivos. É a defesa da coletividade. Permitir o alargamento do rol de legitimados, deixando que o estrangeiro “interfira” pelos meio legais, defendendo o meio ambiente ou a moralidade administrativa, flagrantemente violada por um ato público ilegal e não rechaçada por quem competia constitucionalmente tal mister, é dar subsídios para uma melhor fiscalização do Poder Público, além de proporcionar a paz entre os povos, através do respeito e hospitalidade, acima estudado.

Tal ideia, ademais, encontra consonância em países como a Espanha, onde também há a valorização pelo estado democrático de direito, bem como é capaz de dar aplicabilidade à Declaração Universal dos Direitos Fundamentais, o qual o Brasil é signatário.

Por fim, a cidadania, na sociedade contemporânea brasileira, sustentada pelo estado democrático de direito, importa em tornar o indivíduo protagonista da defesa dos princípios insculpidos na Constituição, através dos meios que assegurem a efetivação da soberania popular. Uma cidadania consciente e preocupada com os rumos almejados no país é o que se requer atualmente.

Adotar o conceito universalista de uma cidadania, quando isto desemboca no alargamento dos meios para a defesa dos direitos sociais e prima pela realização do princípio à igualdade mostra-se possível antes a estrutura humanista com o qual a Constituição de 1988 dispõe.

Por tais motivos, conclui-se como plenamente possível a extensão do rol de legitimados para a propositura da ação popular, para acolher os estrangeiros não naturalizados, sendo uma das formas a garantir a paz perpétua preconizada em uma sociedade cosmopolita desenvolvida por Immanuel Kant.

Referências

ARENHART, Sergio Cruz. Artigo 5º, inciso LXXIII. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Constituição Brasileira**. Constituições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 set. 2011.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 26 set. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição. II. Direito Humanos Direito Fundamentais*. São Paulo: Verbo, 2000.

CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978. Disponível em: <<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>> Acesso em: 29 set. 2011.

JAYME, Fernando Gonzaga. **A Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais: Construindo Cidadania**. In: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. (Org.). *Lições de cidadania*. Brasília: OAB Editora, 2003, p. 107-124.

JUNIOR, Bruno Wanderley. **Lições de Cidadania: O Caminho da Democracia**. In: Antônio Fabrício de Matos. (Org.). *Lições de cidadania*. Brasília: OAB Editora, 2003, p. 13-32.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1988. Textos Filosóficos.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Idealismo e Realismo: Desafio Constante de Realização de Utopias**. In: TORRÊS, Heleno Taveira. (Org.). *Direito e Poder nas Instituições e nos Valores do Público e do Privado Contemporâneos – Estudos em Homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Manole, 2005, v. 1, p. 111-147.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. In: GIOVANNETTI, Andrea. (Org.). *60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: Conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009, p. 183-201.

_____. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERNARDES, Wilba Lúcia Maia. **Constituição, Cidadania e Estado Democrático de Direito**. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; LEAL, César Oliveira de Barros. (Org.). *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Humanos*. ano 4, vol. 3. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direito Humanos, 2003.

14 As Redes Sociais, a Destinação do Facebook e o Panorama de Crescimento na América Latina

Social Networks, Facebook and the Allocation of Panorama Growth in Latin America

Paulo César Coutinho dos Santos⁵⁶

Cyjara Orsano Machado

Resumo

O presente artigo aborda considerações relevantes sobre a destinação e o panorama de crescimento e zoneamento do Facebook na América Latina, destacando a relevância de como o conceito de redes sociais é amplo e deve ser considerado em vários aspectos quando se busca estudar as perspectivas para a América Latina. Além disso, apresenta alguns dados relevantes do crescimento do conceito de redes sociais na América Latina, bem como dados sobre alguns países que têm maior representatividade sobre a análise de redes sociais, assim caracterizando-se, portanto, como a apresentação de um estudo sobre o que cerne a destinação e o efeito do Facebook na América Latina.

Palavras-Chaves: Facebook, América Latina, Destinação, Rede Social

Abstract

This article discusses relevant considerations on the allocation and the outlook for growth and zoning Facebook in Latin America, high lighting the relevance of how the concept of social networks is broad and should be considered in many ways when seeking to explore the prospects for Latin America. In addition, some data relevant to the growth of the concept of social networks in Latin America, as well as data on some countries that have greater representation on the social network analysis as well characterized, so as to present a study on the heart that the allocation and the effect of Facebook in Latin America.

Keywords: Facebook, Latin America, Destination, Social Network

Introdução

Tratar sobre o mercado de redes sociais em tempos de fervor na rede é crucial para marcar essa era das Tecnologias da Informação e Comunicação e principalmente as novas formas de como são realizados negócios. Atualmente, nenhuma empresa ou organização pode se dá o direito de “socialmente” está fora da rede. Notadamente pelo fato de que seu público alvo certamente, se ainda não está, mas em um curto espaço de tempo, fará parte de alguma rede social, seja por obrigação econômica ou social.

As rotinas que marcam as mais diferentes experiências na internet são de fundamental importância para a presença ainda mais maciça de pessoas na internet e, em especial, nas redes sociais.

⁵⁶ Mestrando em Informática Aplicada. Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

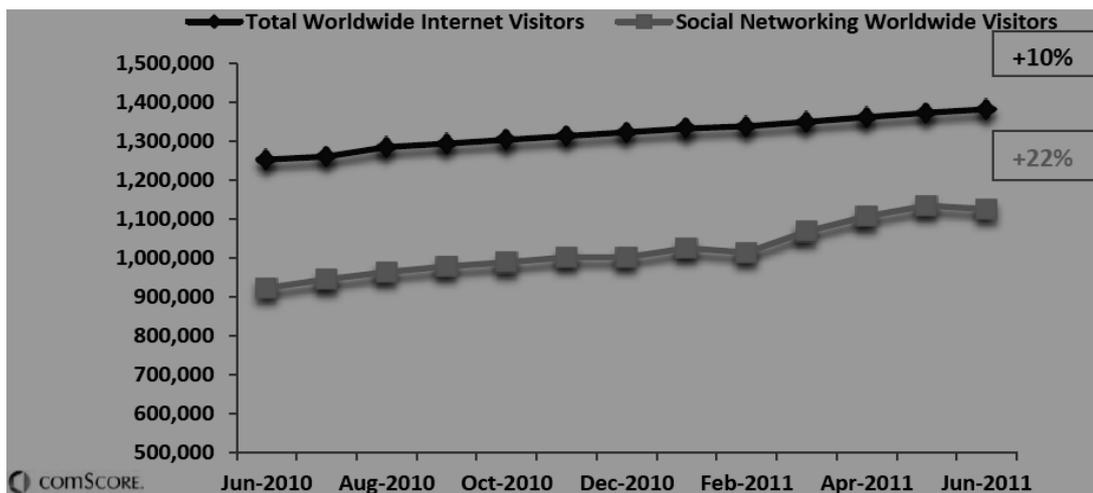


Figura 1: comScore Media Metrix, Jun-2010 to Jun-2011, Visitantes Globais Idade 15+ Casa/Local de Trabalho

Conforme figura 1, em junho de 2011 a comScore Media Metrix, verificou que 1,1 bilhão de pessoas, em todo o globo (de 15 anos ou mais, acessando de casa ou do local de trabalho) visitou um site caracterizado como rede social. Em um comparativo feito pela própria comScore, um crescimento de 22% desde junho de 2010.

É notório que a internet atualmente vem se tornando base de criação e inovação que só pára ou limita-se na criatividade de seus usuários ou dos profissionais que desenvolvem softwares com o intuito de aprimorá-la ou de concede-lhe mais vitalidade.

É extremamente difícil imaginar um setor da sociedade sem uma organização, contudo, na internet não é diferente. “Detentores de direitos autorais terão preocupação quanto à cópia e difusão ilegal de obras e marcas registradas. Entidades culturais e educacionais terão atenção às necessidades de formação e capacitação, à promoção de conteúdos locais, ao acesso à informação e à diversidade cultural e lingüística. Empresas e consumidores buscarão modos de resolver eventuais conflitos oriundos de relações comerciais estabelecidas em rede ou regras para publicidade e divulgação.” (LUCERO, 2011)

Diante do exposto, o presente artigo está organizado da seguinte forma: Além desta seção de caráter introdutório, a seção 2 trata da destinação do Facebook. Na seção 3 é apresentado o novo formato do Facebook, tratando do formato caracterizado por este autor como formato 2.0 (*dois ponto zero*). Já na seção 4 após seu lançamento, as particularidades e seus efeitos na América Latina, observando traços de fatos históricos destes efeitos. E, finalmente além das quatro seções ora previamente apresentadas pontuo-se as considerações finais deste estudo, como também as referências bibliográficas.

2. A Destinação do Facebook

No primeiro dia útil de 2009, Mark Zuckerberg – aquele dos chinelos de borracha, das camisetas e casacos de moletom – chegou ao trabalho usando uma gravata conservadora e uma camisa de colarinho branco. “É um ano sério”, disse a todos que perguntaram. Ele ia usar gravata durante todo o ano, explicou, para ressaltar os problemas enfrentados pelo Facebook à medida que o crescimento chegava a níveis estratosféricos (KIRKPATRICK, 2011).

Naquele momento era percebido por Mark Zuckerberg que os desafios começavam a surgir, porque o Facebook chegara a um público de massa.

Ainda em 2009, com menos de 05 (cinco) anos de idade o Facebook já orientava seus usuários a experiências jamais vistas. Atualmente simples, mas naquela época a inclusão de fotos, a introdução de complementos de notícias e a expansão de serviços outros que as

peças nunca tinham experimentado, remetiam ao jovem empreendedor e seus engenheiros planejarem ainda mais novas e notadas mudanças, estas com ainda mais possibilidades de experiências jamais vistas, sentidas ou pensadas.

A partir de então, os conceitos que atualmente fazem parte do cotidiano dos usuários da rede como compartilhamento, “curtir” ou “like” e a facilidade de interação entre estes usuários fizeram e fazem parte das atuais e tantas outras inovações na rede que virão. Veridicamente as mudanças que mais culminaram resultados e inclusive fizeram nascer o grupo de repúdio chamado “Petição Contra o ‘Novo Facebook’”, foram as que ocorreram na mudança das versões dos formatos das páginas. Mesmo apresentando o novo formato e possibilitando a oportunidade do usuário acostumar-se com a página, o exercício de “*psicologia de massa*” apresentado por Zuckerberg não muito adiantou.

Com o crescimento do Facebook e as grandes possibilidades surgindo de se fazer negócio com a ferramenta de massa que já se agregavam ao efeito avassalador, algumas empresas começaram a avaliá-lo como ceticismo, chegando (essas ferramentas) até serem chamadas por um CEO de uma empresa de comunicação com sede em Nova York, de “Uma estratégia Cavalo de Tróia”, quando se referia ao Connect, uma ferramenta que disponibiliza a plataforma do Facebook como base para novas ferramentas, aplicativos ou qualquer outra forma de interação com seu público advindo das empresas que fizesse menção ao uso da rede social.

Neste instante nascia uma força motriz de publicidade e de possibilidades grandiosas de começar a monetização através de serviços ou ferramentas oferecidas.

“Muito provavelmente, o Connect também se tornará um veículo de publicidade. Até o momento, essa publicidade tem sido minimizada pelos executivos. Entretanto, Dustin Moskovitz, que fala com maior liberdade agora, depois que saiu da empresa, diz que, em algum momento no futuro, os sites que usam o Connect vão poder exibir anúncios fornecidos pelo Facebook. ‘[Eles] saberão qual usuário do Facebook está em seu site’, explica Moskovitz, “e poderão usar todas as informações fornecidas pelo serviço para direcionar os anúncios. Isso é absolutamente fundamental para a estratégia do Connect.” A participação na receita gerada por esses anúncios em outros sites pode vir a ser um negócio importante para o Facebook” (KIRKPATRICK, 2011).

2.1 O “Termo de Serviço” do Facebook

Em fevereiro, o ano ficou ainda mais sério. O departamento jurídico do Facebook postou algumas mudanças nos “termos de serviço” da empresa, aquelas normas jurídicas destinadas a resguardar os direitos da organização em caso de ações judiciais.

A nova versão das regras, que cada novo usuário deveria atestar ter lido e concordado (mesmo que, de modo geral, quase ninguém o faça), foi a princípio ignorada por quase todos. Mas às 6h da manhã de um domingo, 15 de fevereiro, um *blog* chamado Consumerist, publicado pelo Consumers Union, examinou mais detidamente as mudanças e publicou um post intitulado “Novos termos de serviço do Facebook: ‘Nós podemos fazer o que quisermos com seu conteúdo. Para sempre’”. O artigo expressava preocupação com relação aos termos e citava uma seção sobre o que aconteceu com o conteúdo postado: “Por meio desta você concede ao Facebook uma licença irrevogável, perpétua, não exclusiva, transferível, totalmente paga e válida par ao mundo todo (com direito a sublicenciamento) para (...) usar, copiar, publicar, transmitir, armazenar, conservar, executar ou exibir publicamente...” (KIRKPATRICK, 2011).

O que aconteceu foi que o Facebook, não mudou muito seu “termo de serviço”, apenas eliminou uma cláusula que dizia que se você removesse seu conteúdo do Facebook, a licença estaria cancelada.

Para Consumerist, a remoção da cláusula mudava tudo. A recomendação do *blog* era de: “Certifique-se de nunca postar algo de que você não esteja disposto a abrir mão para sempre, porque agora isso vai pertencer ao Facebook.” Tão logo soube da postagem às 5h da manhã da segunda-feira, Zuckerberg postou uma resposta onde dizia que “As pessoas são donas das suas informações e as controlam”. “Na realidade, não compartilhamos suas informações de um modo que você não gostaria”.

Esta decisão não foi suficiente. Um usuário de 25 anos de idade, da cidade de Los Angeles, criou o grupo “Pessoas Contra os Novos Termos de Serviço”, que logo se fundiu a outros grupos que protestavam contra a atitude do Facebook e, em dois dias o grupo tinha alcançado o número de mais de 100 mil integrantes. Assim, a ferramenta de rápida comunicação e organização oferecida aos usuários estava se voltando contra suas próprias decisões e atitudes.

Na madrugada do terceiro dia de protestos, Zuckerberg se rendeu e anunciou novamente no *blog* do Facebook que estava temporariamente voltando aos antigos termos de serviço.

Uma semana depois, foram criados dois documentos: um conjunto de Princípios do Facebook para estabelecer o “manual de orientação” para as políticas da empresa, e uma “Declaração de Direitos e Responsabilidades”, que, por sua vez, substituiriam os termos de serviços antigos.

Tal atitude de Zuckerberg fez com que o professor da Harvard Law School, Jonathan Zittrain, escrevesse um artigo no qual expressava sua admiração por Zuckerberg e, frisava que ele havia incentivado aos usuários do Facebook se posicionarem e passarem a se ver como cidadãos do Facebook. Isso porque Zuckerberg convidou os criadores do grupo de protesto inicial, para avaliar e organizar os comentários sobre os novos documentos. Após ter colocado a votação de todos por um espaço de tempo e para um público de 200 milhões de usuários na época e, desejar que 30% destes usuários votassem, ele garantia que estava submetendo-se a vontade de todos.

3. O Facebook 2.0

A América Latina tem ganhado posições entre os mais variados mercados que estão presentes na rede social e, tem participação considerada ativa.

Em análise regional de visitantes que são ativos à categoria de redes sociais, a comScore (2011) revelou que:

“a Ásia/Pacífico, maior audiência on-line das cinco regiões globais, contribuiu com 32,5% de visitantes on-line à categoria. A Europa veio em segundo lugar, com 30,1% de visitantes de redes sociais, enquanto a América do Norte contabilizou 18,1%. A América Latina representou 10,2% de todos os visitantes em redes sociais em junho de 2011, enquanto o Oriente Médio e África representaram 9,1% da audiência da categoria. Ao analisar a quantidade de tempo gasto em Redes Sociais, a Europa somou 38,1% de todos os minutos de redes sociais, seguida pela América do Norte, onde emergiram 21,4% de todos os minutos gastos em redes sociais. Apesar de que a Ásia/Pacífico detenha a maior população on-line por visitante, a região contabilizou apenas 16,5% de todos os minutos gastos em redes sociais, enquanto a América Latina representou 12,8% dos minutos”.



Figura 2: comScore Media Metrix, Jun-2010 to Jun-2011, Visitantes Globais Idade 15+ Casa/Local de Trabalho

O Facebook posiciona-se atualmente como a maior e principal rede social do mundo e a com maior número de adeptos, cerca de 900 milhões de usuários em abril/2012 e entre janeiro e março de 2012, a empresa de Mark Zuckerberg teve lucro registrado de US\$ 205 milhões, segundo o portal Folha Online⁵⁷. Essa posição de vanguarda que o Facebook tem sobre as demais redes sociais, é condicionada a sua forte influência.

Influência que está diretamente associada a grande quantidade de aplicativos, jogos, serviços, ou seja, todos os “ícones” que fortemente influenciam a participação das pessoas de forma maciça nesta rede social.

A destinação do Facebook como plataforma de negócio também caracteriza o grande seu grande crescimento. Não seria possível esse grandioso crescimento se as empresas, o mercado de um modo geral não estivesse de olho nesta fatia de mercado, neste tipo de negócio e, claro, no retorno que este pode dá.

3.1 Negócios para Multidões

Aplicar idéias inovadoras no mundo virtual é, sem dúvida, o grande filão da corrida do tão grandioso mercado competitivo na rede. Cada vez mais empresas, profissionais liberais e até mesmo o aventureiro que quer tentar um negócio na *web* tem que fazer.

(GOOSSEN, 2009) Diz que, “Os Empreendedores precisam entender isso. Concentre suas energias para se tornar o melhor do mundo em uma ou duas coisas e terá vantagens competitivas imbatíveis”.

É elementar que algumas características empreendedoras fazem toda a diferença quando a palavra de ordem é inovar. Todavia, validar processos como conhecimento sobre as maiores possibilidades de negócios existentes na atualidade e que podem diretamente, sem mistério, se

⁵⁷ <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1080333-facebook-alcanca-901-mi-de-usuarios-mas-ve-lucro-cair-12.shtml>> Acesso: 25 de abril de 2012.

vincular às redes sociais, sem sombra de dúvidas se consolidaram como artefatos que gerarão maiores possibilidade de benefícios para os usuários das redes sociais e irão fazer os bolsos destes empreendedores transbordarem de lucro. Alguns exemplos de negócios inovadores que fizeram e fazem a diferença nas redes sociais e especial no Facebook:

- Pagamentos de Serviços Diretos On-line – Serviço de pagamento móvel ou por outro meio de aplicativo que valide uma transação comercial;
- Negócios que gerem retorno financeiro a partir das análises das Redes Sociais, que destacam perfis de usuários, ações dentro da rede e coletam informações deste usuário para uso comercial;
- Publicidade de massa focada em usuários especiais. Aquele usuário que gosta de um tipo de serviço e este serviço ser o que mais aparece ou que é visualizado por ele, por exemplo;
- O trabalho de caça tendências também está sendo bastante difundindo.

No livro *A Sabedoria da Multidões*, Surowiecki explica que para uma pessoa sozinha é muito mais difícil chegar a boas soluções do que uma multidão. Esse conceito firma a idéia de que a ideia e ação coletiva um dos principais tópicos abordados por Tim O’Reilly em Web 2.0. Generalizando, pode-se imaginar os conceitos fundamentados por Tim O’Reilly diretamente relacionados com expressões como “colaboração em massa” e “*crowdsourcing*”.

4. O “Efeito” Facebook na América Latina

Os valores de uma rede são altamente observados pela quantidade ou níveis de laços gerados a partir das conexões que dela parte ou nela “param”. De posse da certeza que certo volume de usuários é atingido, naturalmente os outros irão querer participar por causa do valor intrínseco existente na comunidade ou, simplesmente na interconexão existente.

O que torna os sites de redes sociais únicos não é a sua faculdade de permitir a conexão entre dois indivíduos sem um histórico social compartilhado anterior, mas sim permitir que estes indivíduos visualizem e articulem suas conexões anteriores. Esta prática resulta em conexões entre indivíduos que em outros contextos sociais de interação mediada não seriam possíveis, sendo estes encontros promovidos por laços latentes que compartilham conexões off-line (Haythornthwaite, 2005).

Em junho de 2011, 114,5 milhões de pessoas na América Latina visitaram um site caracterizado de rede social⁵⁸. O destaque foi o aumento de 16% em audiência no último ano para os usuários da América Latina e isso tem se caracterizado como ponto positivo no cenário mundial quando se observa o crescimento das redes sociais, pois os países considerados de médio porte mundialmente passam a receber tratamento especial com perspectivas de interesses ainda maiores.

A adoção do Facebook como principal rede social pelos latinos americanos têm dado a marca a consagração de um feito e principalmente a garantia que o foco em países de constante desenvolvimento fará valer cada investimento. Investimento esse que, inicialmente deve está ligado às pessoas e sobre tudo ao que elas pensam, consomem, enfim, ao que elas deseja. Por isso, em meados de fevereiro de 2011, o Facebook garantiu a “aquisição” do executivo com um dos históricos profissionais mais invejáveis. Alexandre Hohagen, até então da grandiosa Google Inc., que a partir de então passa a assumir a vice-presidência de vendas

⁵⁸ comScore Media Metrix, Jun-2010 to Jun-2011, Visitantes na América Latina Idade 15+ Casa/Local de Trabalho

do Facebook para a América Latina. Eis um passo que refletirá, sem dúvida, nos efeitos e dimensões que a rede social tomará nos próximos anos.

A maior audiência do Facebook está, ainda, nos Estados Unidos, Alemanha e Índia, todavia, muitos mercados internacionais estão de olho nos números gerados pela grande rede (*web*) e, em especial, pelo Facebook, por sua capilaridade e alcance.

O fato de 05 dos 10 maiores mercados com maior penetração estarem na América Latina faz com que empresas globais entendessem que “o efeito” Facebook América Latina será um elemento fundamental para futuras análises de mercado geral, bem como, mais especialmente, análises de tratamentos especiais, onde envolvam pessoas e não apenas dados estatísticos que cunho ou providências comerciais.

De toda sorte, com diversos estudos que defendem o princípio da “*Cauda Longa*”⁵⁹ e a concordância em que no mercado digital a minoria é que faz a diferença, Sánchez e Sandulli (2007) afirmam que pensar que a economia digital deixa obsoleta a “velha economia” é um grande erro que vem sendo cometido por muitas empresas. Sabe-se que a base para qualquer negócio, seja na “nova” ou “velha” economia, é a lei da oferta e da procura, logo, pensar que no mercado digital será diferente é um erro que precisa ser bem observado e, não cometido.

Para destacar tal veracidade, respeitando a *Política de uso de dados*⁶⁰, do Grupo comScore, Inc., em particular da empresa comScore Media Metrix que apresenta um estudo sobre a “*A Ascensão das Redes Sociais na América Latina*” e, que foca aspectos sobre os destaques deste mercado, analisando as tendências de cada um dos países e os que mais se destacam no contexto, abordaremos detalhes desta pesquisa e traremos para o contexto deste estudo de forma a contribuir com embasamentos estatísticos e que cerne o objeto desta investigação.

4.1 Massa “Facebookiana” na América Latina

O contexto brasileiro, em especial, abriga um dos ambientes digitais mais peculiares do mundo.

O detalhe principal em questão é que no Brasil, o Orkut, rede social da empresa Google Inc., liderava o mercado com quase 36 milhões de visitantes, pelo fato da empresa ter construído grandes bases de audiência e liderança tanto no Brasil quanto na Índia, enquanto o Facebook ainda chegava à marca de 25 milhões. Quanto ao público que mais acessava as redes sociais estava os com idade entre 15 a 24 anos. Onde passavam em média 4,9 horas nos sites de rede social.

43,9 Milhões	Audiência Total de Redes Sociais
90,8%	População On-line Visitando Redes Sociais
12,5 Bilhões	Minutos Totais para a Categoria de Redes Sociais
18,3%	Porcentagem de todos os Minutos On-line
4,7 Hours	Média de Tempo Gasto por Visitante durante o Mês
Orkut	Principal Site de Redes Sociais

⁵⁹ Cauda longa (do inglês *The Long Tail*) é um termo utilizado na estatística para identificar distribuições de dados da curva de Pareto, onde o volume de dados é classificado de forma decrescente. <http://pt.wikipedia.org/wiki/A_Cauda_Longa> Acesso em: 24 de Abril de 2012.

⁶⁰ <http://www.comscore.com/por/Press_Events/Data_Usage_Policy> Acesso em: 24 de Abril de 2012.

Fatos sobre Redes Sociais no Brasil

Figura 3: comScore, Media Metrix, Jun-2011, Visitantes no Brasil Idade 6+ Casa/Local de Trabalho

Vale ressaltar que atualmente, mais exatamente, desde a primeira semana do ano, o Facebook no Brasil já ultrapassa o Orkut com 34,16% das visitas. Segundo a Expirian Hitwise⁶¹, o período exato em que o Facebook ultrapassou o Orkut no Brasil foi na semana terminada em 07 de janeiro de 2012. “Nela, o Facebook obteve 33,60%, ante 32,66% do rival. Como referência, os sites terminaram a última semana de 2011 com 32,23% e 33,43%, respectivamente, em participação de visitas à categoria.”

Os Estados brasileiros com maior participação na rede social foram São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraná.

Ainda, no estudo apresentado São Paulo e Rio de Janeiro foram os mais representativos para o Facebook em comparação ao Orkut. Cabe-se entender, portanto, que a audiência total entre os Estados acima citados, São Paulo e Rio de Janeiro, representativamente apresentaram maior audiência.

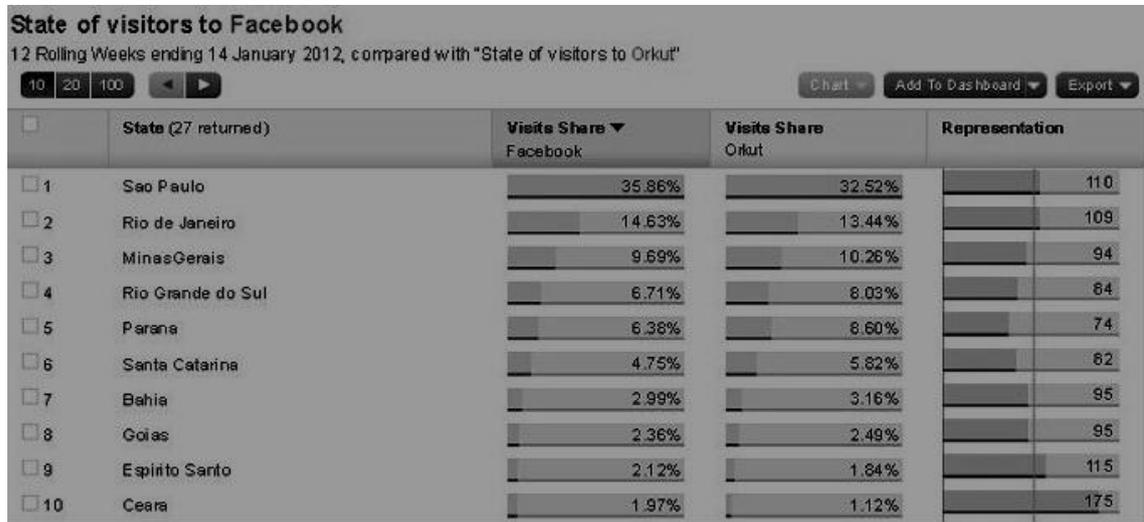


Figura 4: Expirian Hitwise – Status de Visitantes para o Facebook em Comparação ao Orkut.

Com relação ao México, o Facebook lidera com um crescimento no último ano de 62%. Em segundo lugar está o *Windows Live Profile*, da gigante Microsoft, seguido pelo Twitter que tem um alcance de 3,3 milhões de visitantes.

20,7 Milhões	Audiência Total de Redes Sociais
90,8%	População On-line Visitando Redes Sociais
8,8 Bilhões	Minutos Totais para a Categoria de Redes Sociais
27,1%	Porcentagem de todos os Minutos On-line
7,1 Horas	Média de Tempo Gasto por Visitante durante o Mês
Facebook	Principal site de Redes Sociais

Fatos sobre Redes Sociais no México

Figura 3: comScore, Media Metrix, Jun-2011, Visitantes no Brasil Idade 6+ Casa/Local de Trabalho

⁶¹ <http://www.serasaexperian.com.br/release/noticias/2012/noticia_00746.htm> Acesso em: 25 de Abril de 2012.

Com uma média de 10 horas por mês nos sites de redes sociais o público argentino destaca-se como o mais participativo da América Latina e o terceiro mercado mais participativo do mundo.

Com cerca de 12 milhões de visitas o Facebook ocupou o topo da lista dos sites de redes sociais na Argentina, deixando em segunda posição, assim como no México o *Windows Live Profile*. Já um detalhe curioso que destaca-se na análise argentina é a rede social profissional chamada *LinkedIn* teve destaque e participação ativa em visitas de 1 milhão durante um mês.

12,5 Milhões	Audiência Total de Redes Sociais
95,4%	População On-line Visitando Redes Sociais
7,5 Bilhões	Minutos Totais para a Categoria de Redes Sociais
32,2%	Porcentagem de todos os Minutos On-line
10 Horas	Média de Tempo Gasto por Visitante durante o Mês
Facebook	Site Principal de Redes Sociais

Fatos sobre Redes Sociais na Argetina

Figura 3: comScore, Media Metrix, Jun-2011, Visitantes no Brasil Idade 6+ Casa/Local de Trabalho

Outros países que se destacam como permanência já efetiva e consagrada nas redes sociais são Chile, Venezuela, Peru e Colômbia, que também têm o Facebook como principal rede social.

Autores, literários, blogueiros e demais estudiosos, destacam o fenômeno “rede social digital” como o fenômeno responsável pelo avanço e destacar dessas empresas que nasceram com a missão de unir pessoas e difundir informação. Principalmente sobre estas pessoas. Todavia, além do “laço social” existente através das redes sociais digitais, existe algo mais profundo e que sem dúvida pode-se caracterizar como o passo inicial para tal processo. Esse algo é a Informação. Nunca na história tantas informações circularam ao mesmo tempo e com tanta intensidade.

Há defensores que o que motiva ou “faz acontecer” a rede social digital, e, portanto torna-a um fenômeno é a possibilidade de produção de conteúdo próprio e, sem dúvida, a possibilidade de reproduzir, comunicar, e principalmente interagir sem barreiras como as encontradas até então nas mídias tradicionais. “A rede é muito mais democrática porque ela dá força ao individuo, ao cidadão comum. Na rede o difícil não é falar, e sim ser ouvido”⁶².

Conclusão

É fato que em volta de todo o contexto até aqui apresentado o principal modelo que não pára em nenhuma hipótese de ser considerado é o usuário. Assim, qualquer análise de negócio ou de perfil existente na *web*, diretamente ou não ligado a rede sociais o indivíduo deve ser levado em consideração e, analisados como componente principal do contexto.

Sabendo disso, a massificação do saber ouvir, interpretar, dialogar com o usuário é de fundamental importância para o sucesso de qualquer negócio digital. Evidentemente que a transformação da comunicação, as facetas criadas para que ela seja exaustivamente direta, real e, acima de tudo, evidenciada, tem dado destaque as empresas ou organismos que têm conseguido fazer acontecer.

⁶² Sociólogo e professor da Faculdade Comunicação Cásper Líbero, Sérgio Amadeu da Silveira.

É possível perceber através do que foi exposto que a análise deste tipo de negócios, bem como, as evidências aqui apresentadas podem levar-nos a outras análises e evidências que certamente acarretariam mais questionamentos, indagações sobre o que se pode considerar sobre a destinação do Facebook na América Latina. No entanto, partindo-se do que se sabe através dos estudos que basearam essa iniciativa, a posição do Facebook com relação à América Latina é uma só: - Continuar a crescer!

Sabe-se que a essência natural do Facebook é o compartilhamento e “transparência” entre as pessoas. Entretanto, esses compartilhamentos, essa transparência e tudo que desencadeia esses processos se manterão vivos à algumas perguntas que poderão mover o “jogo” das redes sociais? Esse é um questionamento que no momento, ainda, não pode ser respondido. Mas alguns outros questionamentos que podem acarretar em mudanças e posições diferentes sobre o efeito e destinação do Facebook estarão diretamente ligadas as conexões pessoais, as informações sobre essas conexões e, sem dúvida, o desencadear de dados particulares que de uma forma ou de outra cairão na rede.

Referências

Goossen, Richard J. **e-Empreendedor** : vivendo no mercado virtual corporativo. [Tradução Sabine Alexandra Holler] – Rio de Janeiro – Elsevier, 2009.

Haythornthwaite, C. (2005). **Social networks and Internet connectivity effects**. *Information, Communication & Society*, 8(2), 125-147.

Kirkpatrick, David. **O Efeito Facebook**. Tradução Maria Lúcia de Oliveira – Rio de Janeiro : Intrínseca : 2011.

Lucero, Everton. **Governança na Internet : aspectos da formação de um regime global e oportunidades para a ação diplomática**. Brasília – Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

Martínez, Teodoro Luque & García, J. Alberto Castañeda. 2007, “**Internet y el valor de negocio**”, *Mediterráneo económico*, vol. 11.

Sánchez, J.I.L. & Sandulli, F.D. 2007, “**Evolución de los modelos de negocios en internet: situación actual en España de La economía digital**”, *Economía industrial*, vol. 364, pp. 213-229.

Syncapse, 2010. **The value of a Facebook fan an empirical review**. Disponível em: <<http://www.syncapse.com/media/syncapse-valueof-a-facebook-fan.pdf>>. Acesso em: 23 de Abril de 2012.

15 Direito Internacional: Unidade na Fragmentação

Derecho Internacional: La unidad en la fragmentación

Raphael Carvalho de Vasconcelos⁶³

Resumo

A moderna concepção unitarista do direito internacional encontra-se atualmente desafiada por teorias fragmentárias que estruturam a ordem jurídica global em esferas temáticas aparentemente autônomas. Resta à teoria do direito estabelecer se tal fragmentação conformaria questão jurídica consolidada ou mera situação fática compatível com alguma proposta de unidade. Este trabalho pretende estruturar as linhas gerais do debate entre a unidade e a fragmentação do direito internacional a partir do positivismo moderno, isto é, das teorias de Hans Kelsen e de H.L.A. Hart, para, com base nos escritos de Martti Koskenniemi e Klaus Günther, desenvolver uma contribuição à sistematização do direito das gentes nesse contexto por muitos identificado como pós-moderno e, especificamente no direito, como pós-positivista.

Palavras-chave: *Direito internacional; unidade; fragmentação.*

Resumen

Moderna concepción unitaria del derecho internacional actualmente ponen a prueba las teorías de que la estructura de las esferas fragmentadas cuestiones jurídicas globales aparentemente autónomas. Queda la teoría de la ley para determinar si esa fragmentación conformaría jurídica situación de hecho consolidada o meracompatible con cualquier unidad propuesta. Este trabajo tiene la intención de estructurar el esquema del debate entre la unidad y la fragmentación del derecho internacional del positivismo moderno, es decir, las teorías de Hans Kelsen y HLA Hart, ya que, sobre la base de los escritos de Martti Koskenniemi y Günther Klaus, desarrollar una contribución a la sistematización del derecho internacional en este contexto por muchos identificado como posmoderna, y en concreto la derecha, como post-positivista.

Palabras clave: *Derecho internacional; la unidad, la fragmentación.*

Introdução

O estudo do direito internacional sempre apresentou desafios e segue atualmente constituindo fonte de intensos e controvertidos debates. As discussões de outrora giravam principalmente em torno da aplicação ao direito das gentes do modelo científico, sistêmico, por meio do qual o positivismo buscava estruturar uma teoria unitarista e, portanto, em conformidade com a modernidade. Nesse contexto, a coerência do ordenamento global se via desafiada pela relação entre os diversos ordenamentos jurídicos internos dos Estados com a normativa incipiente que buscava regular as relações internacionais.

Essa estruturação lógica do direito internacional assistiu, entretanto, a uma série de transformações políticas e sociais que acabaram estabelecendo novos paradigmas teóricos ao seu estudo. Se, por um lado, sua condição de direito acabou consolidada, os desafios à unidade foram potencializados pela pluralidade de fontes, órgãos legiferantes, jurisdições e, fundamentalmente, pelo surgimento de novos sujeitos de direitos e deveres internacionais. A lógica da unidade passou a ser substituída por teorias fragmentárias, as quais se baseiam na estruturação do direito internacional em uma série de esferas temáticas que, principalmente no

⁶³Raphael Carvalho de Vasconcelos. Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

âmbito das organizações internacionais, normatizam a ordem global em sistemas aparentemente autônomos.

De certo, o sistema unitarista que posiciona o Estado-nacional no centro da produção legislativa internacional não se sustenta nessa nova realidade. Resta à teoria do direito, todavia, estabelecer se a fragmentação conformaria questão jurídica consolidada ou mera situação fática compatível com alguma proposta unitarista, ainda que diversa daquelas do positivismo tradicional.

Este trabalho pretende sistematizar as linhas gerais do debate entre a unidade e a fragmentação do direito internacional a partir do positivismo moderno, é dizer, do estudo da relação entre os ordenamentos internos e o internacional, e entender as reviravoltas ocorridas em seu âmbito até o panorama atual de aparente fragmentação em sistemas temáticos autônomos. No primeiro capítulo, os estudos de Hans Kelsen e H.L.A. Hart servem de fundamentação teórica à apresentação de um breve panorama da perspectiva positivista tradicional do direito internacional. A atual conformação aparentemente fragmentada da ordem legal global é, sob a ótica das teorias de Martti Koskenniemi, objeto do capítulo seguinte. Na terceira e última parte deste trabalho propõe-se a aplicação de propostas substantivas ao direito internacional, tais como as apresentadas por Klaus Günther, como instrumentos capazes de possibilitar que se conclua finalmente pelo reconhecimento de características unitárias no contexto fragmentado vislumbrado por muitos no atual direito das gentes.

1 Unidade do direito internacional: modernidade e positivismo

Sendo a superação da modernidade parte importante da pauta atual das ciências sociais, aconselhável se faz hoje iniciar qualquer estudo do direito a partir da sistematização teórico-científica característica da experiência moderna. O que se afirma, na verdade, é que a superação a que se refere exige a prévia compreensão da concepção eminentemente moderna, ou seja, tecnicista, mecânica, codificada, é dizer, positivista do direito.

A estruturação lógica das normas em critérios de validade constitui o traço mais marcante do positivismo jurídico. No âmbito específico do direito internacional, a busca por uma fórmula, uma técnica hábil a explicar e, principalmente, fundamentar a natureza de seus institutos acabou por exigir sua inclusão nas construções teóricas que surgiam para racionalizar o direito à luz da modernidade⁶⁴.

A racionalização do mundo repercutiu juridicamente, portanto, em tentativas de construção de teorias objetivas para o direito e capazes, conseqüentemente, de sistematizá-lo como ciência. Para tanto, tais teorizações baseavam-se fundamentalmente na estrita separação entre direito e moral e na consolidação de um critério de validade hábil à justificação da obrigatoriedade das leis.

⁶⁴ Exemplos importantes da estruturação positivista apontada se verificam, por exemplo, nas teorias de Hans Kelsen, autor austríaco que buscou em sua obra *Reine Rechtslehre – Teoria Pura do Direito* -, de 1934, sistematizar o positivismo jurídico de civil Law e de H.L.A. Hart, autor inglês que condensou suas propostas em seu livro *The Concept of Law – O Conceito de Direito* -, de 1961.

O afastamento da moralidade se reflete claramente, por exemplo, na distinção proposta por Hans Kelsen em 1934⁶⁵ entre o “ser” – *sein* – e o “dever-ser” – *sollen*. Em sua Teoria Pura do Direito o autor positivista identifica o “dever-ser” como motriz ideal da norma jurídica e sustenta, nesse sentido, que o naturalmente posto seria apenas declarado e não produziria, necessariamente, efeitos, enquanto a norma estabelecida, válida, teria eficácia plena e sustentar-se-ia, principalmente, na possibilidade de sanção⁶⁶.

Também o jurista inglês H.L.A. Hart apresentou em sua obra *The Concept of Law*⁶⁷, de 1961, uma proposta de teoria do direito eminentemente positivista e, portanto, fundada em preceitos modernos. Sua formação jurídica em um ordenamento de *common law*, estruturado a partir dos precedentes e na construção do direito pelo costume, na prática dos tribunais, denuncia-se no posicionamento da atividade judicial no centro de sua racionalização do mundo jurídico e apresenta, portanto, perspectiva teórica diversa daquela de Kelsen, ainda que, de maneira geral, ambas as teorias mostrem-se bastante convergentes em uma série de aspectos⁶⁸.

Na teoria jurídica hartiana, a chamada regra de reconhecimento se apresenta como critério supremo de validade e acaba denotando o cunho claramente positivista de sua sistematização do direito ao representar o estabelecimento de um parâmetro absolutamente independente da moral para justificar a validade do direito. A regra de reconhecimento seria, dessa maneira, uma questão de fato consubstanciada na aceitação de um critério de validade⁶⁹. Hart, diferentemente de Kelsen, trabalhou a noção de perspectiva interna do sujeito enxergando, a partir disso, a obrigatoriedade da norma independentemente da ameaça de sanção⁷⁰. Os sujeitos submetidos a uma determinada ordem jurídica não agiriam, assim, em conformidade com as regras estabelecidas pelo receio da sanção como sustentado por Kelsen, mas simplesmente por reconhecerem a normatividade da regra⁷¹.

Ao abordar o direito internacional, Hart parte novamente da perspectiva interna do participante e procura racionalizar a obrigatoriedade normativa em meio à inexistência de um sistema organizado de sanções. Tal sistematização do direito das gentes sugere o reconhecimento de um conjunto de regras primárias obrigatórias para os sujeitos, apesar de, todavia, não identificar regras secundárias que regulem a aplicação dessas regras primárias.

⁶⁵ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁶⁶ Ibid. p. 217 – 218. No que se refere especificamente à validade, Kelsen propôs uma concepção escalonada da ordem jurídica estruturada em critérios hierárquicos. Dessa sistemática decorre a conclusão de que, por um lado, uma norma seria hierarquicamente superior a outra quando justificasse e legitimasse sua criação e, por outro, que uma norma seria válida quando criada em conformidade com a norma hierarquicamente superior.

⁶⁷ HART, H.L.A. The concept of law. Oxford: Clarendon Press, 1961.

⁶⁸ Ambas as propostas positivistas à teorização do direito buscam fundamentação em critérios de validade de normas e defendem rígidos critérios de separação entre o direito e a moralidade.

⁶⁹ Ibid. p. 107.

⁷⁰ Hart dedica o capítulo quarto inteiro de sua obra Ibid. pp. 49-76. a críticas às teorias do direito que se constroem com base na idéia da sanção.

⁷¹ Ibid. pp. 99-100.

Nesse sentido, por não conseguir encontrar uma regra de reconhecimento que estabelecesse critérios de validade para a normativa do direito internacional, o autor inglês não o via como um sistema jurídico, mas apenas como um simples conjunto de preceitos legais ainda não organizado de maneira sistemática e coerente⁷².

Dentre as conclusões que podem ser extraídas da negação do caráter sistêmico do direito internacional cumpre destacar o comprometimento de qualquer concepção unitarista de seu corpo normativo. A unidade poderia ser encarada, de fato, como uma das mais perceptíveis conclusões decorrentes do reconhecimento do conjunto de normas internacionais como direito e, portanto, como um sistema jurídico organizado.

O protagonismo da sanção na teoria de Kelsen, conforme anteriormente apontado, ou seja, da possibilidade de coerção decorrente do descumprimento da norma válida, constitui sua mais marcante diferença em relação à construção teórica hartiana. O direito, segundo sua teoria pura, consubstanciaria, assim, uma ordem normativa que regularia as ações individuais mediante a prescrição de condutas sob a ameaça de sanção. Não seria demais afirmar, nesse sentido, que a obrigatoriedade derivada do receio de uma sanção encontrar-se-ia no cerne do sistema proposto pelo autor austríaco.

A partir de tal perspectiva, mesmo reconhecendo seu estado primitivo, Kelsen outorga ao direito internacional o status de direito propriamente dito e não o reconhece, portanto, como um mero conjunto de normas. O direito internacional consubstanciaria, assim, um sistema normativo que regularia as ações dos Estados⁷³, prescrevendo condutas e estabelecendo sanções – guerra e represálias - para seu descumprimento⁷⁴.

Também a questão hierárquica se coloca à prova na abordagem do direito internacional à luz das teorias de Kelsen. Ainda que hoje organizações multilaterais como a Organização das Nações Unidas possuam importante papel no estabelecimento de regras comuns ao convívio dos sujeitos de direito internacional, tanto à época da concepção proposta pela teoria pura quanto agora, não seria possível identificar um órgão central dotado de atribuições legislativas emanadas por um texto legal fundamental vinculante, tal qual e de maneira tão coercitiva quanto à constituição e as instituições que garantem o fiel cumprimento de seus preceitos no ordenamento interno dos Estados.

Kelsen busca resolver tais entraves dividindo as normas de direito internacional entre aquelas criadas por meio de atos de Estado, ou seja, consolidado positivamente em tratados internacionais, e aquelas decorrentes do costume internacional, o direito internacional geral. Entre as normas de costume internacional, a *pacta sunt servanda* possuiria especial

⁷² Ibid. pp. 230–231.

⁷³ Ainda que em determinado momento a teoria pura do direito vislumbre a possibilidade de existirem outros sujeitos titulares de direitos e deveres no plano internacional, KELSEN, Op. cit., nota 03. pp. 355 e 358.

⁷⁴ Ibid. pp. 356-357.

importância, pois serviria de base ao direito internacional emanado das declarações de vontade e estabeleceria entre as duas espécies descritas uma relação hierárquica⁷⁵.

Ainda que a sistematização teórica do autor austríaco favoreça a aproximação do direito internacional aos critérios estabelecidos pela racionalidade jurídica positivista à caracterização de um sistema jurídico, não se deve encarar a teoria de Hart como absolutamente avessa ao caráter vinculante do direito internacional, posto que mesmo “as regras de uma estrutura simples são, assim como a regra básica dos mais avançados sistemas, vinculantes se elas forem aceitas e assim funcionarem”⁷⁶.

Especificamente no que se refere à unidade, o autor inglês propõe o abandono do debate acerca do caráter sistêmico do direito internacional e concentra-se no reconhecimento de seus preceitos como vinculantes. Hart observa, ainda, que suas características rudimentares não constituiriam necessariamente seu formato definitivo e vislumbra, finalmente e de maneira essencialmente projetiva, o estado de transição, no qual o direito internacional se encontraria rumo à formação de um sistema jurídico organizado e, portanto, unitário⁷⁷.

Kelsen, por sua vez, ao reconhecer a existência de sanções no plano internacional acaba aproximando o direito internacional ao direito interno dos Estados e, igualmente de maneira projetiva, acaba vislumbrando o surgimento de uma “comunidade universal de direito mundial”⁷⁸ centralizada. Tal elemento universalista não é, entretanto, meramente programático, tendo em vista que a teoria pura estrutura, de forma bastante clara, a existência de “uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas – justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.”⁷⁹

Essa concepção monista do direito, que inclui em um único corpo normativo os direitos interno dos Estados e o internacional, enfrenta oposições doutrinárias que formulam sistematizações apartadas em planos normativos distintos, o que, para a teoria pura, consistiria fundamentalmente na concepção de ordens jurídicas apoiadas em distintas normas fundamentais. Tais construções teóricas iriam, ainda segundo o doutrinador austríaco, de encontro ao caráter científico da, por ele denominada, ciência jurídica, a qual teria como tarefa a descrição de seu objeto como algo uno⁸⁰.

⁷⁵ Ibid. p. 360.

⁷⁶ HART, Op. cit., nota 05. p. 230. “In verbis”: “The rules of the simple structure are, like the basic rule of the more advanced systems, binding if they are accepted and function as such.”

⁷⁷ Ibid. pp. 230-231.

⁷⁸ KELSEN, Op. cit., nota 03. p. 364.

⁷⁹ Ibid. p. 364.

⁸⁰ Ibid. pp. 364-365.

O fator decisivo a ser considerado no embate entre a concepção unitária e dualista – ou pluralista⁸¹ – da relação existente entre o direito interno e o direito internacional estaria na questão da possibilidade de existência de contradições normativas entre o local e o geral. Dessa forma, caso se pudesse conceber a validade simultânea de normas contraditórias, uma no plano estadual e outra no internacional, a unidade não se sustentaria⁸².

Importante salientar ainda, nesse momento, que a relação observada entre o local e o global acaba por refletir questionamentos análogos feitos a respeito da moral que, ao ser definitivamente apartada do sistema de validade proposto, acabou sendo desconsiderada na teoria pura como ordem normativa válida. Assim, para Kelsen, caso concebidos de forma dual – ou plural –, o direito internacional e o direito interno não poderiam coexistir simultaneamente como válidos e esse constituiria o cerne da insustentabilidade das teorias dualistas⁸³.

As divergências que surgem a partir da contraposição dos dois possíveis desenhos da teoria monista referem-se exclusivamente à hierarquia normativa e repercutem, principalmente, na determinação do fundamento de validade do direito internacional. O conteúdo e funções da ordem normativa una e coerente seriam, entretanto, os mesmos tanto no caso de identificação da norma fundamental no plano interno quanto no costume internacional⁸⁴.

O elemento mais marcante da forma como o direito internacional se apresenta nas teorias positivistas denota, mais uma vez, sua imersão na experiência moderna. O direito, e destacadamente o direito das gentes, surge e se estrutura de maneira absolutamente vinculada à idéia do Estado-nação e a questão unitarista se refere basicamente à compatibilização do plano jurídico internacional às distintas ordens legais nacionais. As dúvidas e críticas quanto à unidade do direito internacional não eram, como se verifica atualmente na doutrina internacionalista e será demonstrado adiante, propriamente relacionadas à perspectiva interna do direito internacional, mas, entretanto, moderna e positivamente fundadas em sua relação com o direito interno dos Estados.

2 O direito internacional contemporâneo: entre unidade e fragmentação

O incômodo causado pela falta de respostas às mazelas humanas e pela dificuldade de se colocar aquilo que é logicamente racionalizado em prática está exatamente no cerne do debate pós-moderno, ainda que o próprio conteúdo desse termo, criado à luz das angústias

⁸¹ Ibid. p. 364.

⁸² Ibid. p. 365.

⁸³ Ibid. pp. 365-366.

⁸⁴ Ibid. p. 378.

modernas⁸⁵, seja colocado em xeque, contestado e considerado, por muitos, impróprio e superficial⁸⁶.

No direito, especificamente e conforme já ressaltado, a modernidade repercutiu em sua sistematização teórica, na construção do pensamento jurídico tecnicista, mecânico, codificado, é dizer, positivista⁸⁷, ao qual o prefixo indicativo da busca por uma superação hábil a trazer respostas concretas a suas faltas e lacunas aderiu. Pós-positivismo se tornou, nessa toada, a vertente jurídica da pós-modernidade, mas a tentativa de se criar algo inovador acabou em certa medida apenas potencializando aquilo que já se encontrava no arcabouço do pensamento moderno; a valorização e a proteção do ser humano⁸⁸.

A imagem do patinador de Emerson⁸⁹ que, ao enfrentar a tênue camada de gelo de um lago congelado, encontra na rapidez de seus movimentos a técnica necessária para deslizar de forma segura e seguir em frente serve ainda inequivocamente à descrição dessa existência cada vez mais, com a licença do lugar-comum, globalizada, veloz e uniformizante. A dificuldade de superação de paradigmas faz com que, nesse cenário, o prefixo “pós” aparente tão somente servir à reafirmação da modernidade, mas, no encaixo da consolidação de uma série de alterações de perspectivas, embora não se admita ainda a definitiva superação do moderno, vive-se hoje, ao menos, o desafio de tal superação⁹⁰.

O mundo se torna dia após dia menor, as relações humanas são hoje transnacionais, multiconectadas, produto direto da técnica, das máquinas, do apreço à razão e à tecnologia⁹¹. O direito⁹² e a sociologia⁹³ se ocupam cada vez mais da relação entre o local e o global, entre

⁸⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 27. defende a autonomia da pós-modernidade relacionando-a diretamente com o pensamento moderno.

⁸⁶ BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, passim, por exemplo, constrói sua argumentação referindo-se à modernidade atual como líquida, a qual se contrapõe à rigidez do que ele chama de estágio sólido original.

⁸⁷ CASELLA, Paulo Borba. Op. Cit. Nota 01. pp. 56 - 57.

⁸⁸ Ibid. p. 66.

⁸⁹ EMERSON, Ralph Waldo. Essays and lectures. New York: The Library of América, 1982. p. 364, em seu ensaio Prudence de 1841, in verbis: “*In skating over thin ice, our safety is in our speed*”.

⁹⁰ CASALMIGLIA, Albert. Postpositivismo. Doxa 21:209-220, 1998. p. 209.

⁹¹ KENNEDY, David. The international human rights movement: part of the problem? In: Harvard Human Rights Journal. Vol. 15, 2002. p. 116.

⁹² Por exemplo, CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos – vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.; _____. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. Brasília: UnB, 1998.; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.; _____. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. In: [AmaraL Junior, Alberto do, org; Perrone-Moisés, Cláudia, org.](#) O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: EDUSP, 1999.; _____. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia, coord. Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2007.; GÜNTHER, Klaus. Rechtspluralismus und universaler code der legalität: globalisierung als rechtstheoretisches problem. In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus. Die öffentlichkeit der vernunft und die vernunft der öffentlichkeit. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.; KENNEDY, Op. cit., nota 35.; CAGGIANO, Monica Herman S. Os direitos fundamentais e sua universalização. In: Revista Brasileira do Direito Constitucional, n. 4, jul./dez., 2004.; KOSKENNIEMI,

o geral e o específico, o universal e o relativo, o uniforme e o multicultural. Alguns se posicionam firmemente em defesa da sobreposição do geral ao local, outros defendem a diversidade acusando defeitos na uniformização, mas tanto em um quanto no outro grupo existem aqueles que claramente tentam refinar o discurso e harmonizar aquilo que aparentemente surge como antagonico e inconciliável⁹⁴.

As relações entre os sujeitos de direito internacional passaram, nesse contexto, gradualmente da coexistência westfaliana à cooperação. Em meio a tal evolução, o clássico conceito de soberania relativizou-se e toda a técnica jurídica do direito das gentes passou a exigir novas sistematizações⁹⁵. Inserido nessa redefinição do paradigma soberano⁹⁶, o debate acerca da relação entre o geral e o específico repercutiu em toda a estruturação teórica do direito internacional e traduz-se hoje, principalmente, nas discussões acerca de seu caráter unitário ou fragmentado à luz, principalmente, da análise da relação dos Estados com os novos sujeitos multilaterais de direito internacional.

A mera possibilidade de se cogitar a conformação fragmentada do direito internacional constitui aspecto dessa pós-modernidade jurídica que busca o distanciamento da visão tecnicista, sistêmica e, portanto, unitarista de outrora⁹⁷. Importante ressaltar que a perceptível diluição do conceito clássico de soberania não se apresenta apenas à instrumentalização da institucionalização da atuação integrada de duas ou mais unidades políticas independentes no plano internacional, mas decorre, na verdade e de forma bem mais ampla, do afastamento da perspectiva moderna de centralidade do Estado nas relações internacionais⁹⁸.

O caráter assistemático do direito na atualidade surgiria, assim e de maneira absolutamente contraditória, em decorrência de fatores eminentemente modernos comumente englobados no lugar-comum da “globalização⁹⁹”, tais como os avanços tecnológicos e a especialização. Tal constatação acaba denunciando de maneira ainda mais forte e cristalina o vínculo existente atualmente no direito entre a superação – o pós - e o que se busca superar – o positivismo. A doutrina internacionalista costuma, nesse contexto atual, entender o pluralismo legal como um problema teórico ameaçador da racionalidade que, de maneira

Marti. Global legal pluralism: multiple regimes and multiple modes of thought. Harvard, 05 de março de 2005 – Palestra. e FISCHER-LESCANO, Andrés; TEUBNER, Gunther. [Regime-Kollisionen](#). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.

⁹³ Por exemplo, BAUMAN, Op. cit., nota 31 e SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política 39, 1997, pp. 105-124.

⁹⁴ CASALMIGLIA, Op. cit., nota 28. p. 210.

⁹⁵ LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. pp. 19-20.

⁹⁶ KOSKENNIEMI, Martti. From apology to utopia: the structure of international legal argument. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005. pp. 242-243.

⁹⁷ KOSKENNIEMI, Martti. What is international law for? In: EVANS, Malcolm D. (Edit.). International law. Oxford: Oxford University Press 2006. p 77.

⁹⁸ SOARES, Mário Lúcio Quintão. MERCOSUL - Direitos humanos, globalização e soberania. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 29.

⁹⁹ LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. Globalização e soberania. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. Direito internacional, humanismo e globalidade. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 293-294.

técnica e artificial, buscou construir-se sob uma lógica sistêmica unitarista e, portanto, coerente¹⁰⁰.

Nessa toada e partindo-se, por exemplo, da análise do direito internacional sob perspectiva constitucionalista e, portanto, eminentemente unitarista, percebe-se com facilidade a fragmentação – ainda que aparente - causada pela tematização autônoma da atividade legislativa no plano global¹⁰¹.

Observação cuidadosa do cenário global atual não aponta, esclareça-se, à diluição da importância dos Estados como sujeitos de direito internacional, mas à impossibilidade da atuação isolada e irrestrita. 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 integração¹⁰².

Conflitos podem ocorrer, nesse novo contexto, tanto entre a ordem jurídica nacional e a internacional quanto entre as diversas normativas internacionais hoje existentes e, muitas vezes, ainda que a conformação entre tratados e entre tratados e a lei nacional não configure ou apresente divergências políticas, importantes dúvidas jurídicas podem subsistir e restar insolúveis¹⁰³. A possibilidade de normatização divergente no plano internacional consubstanciaria, a partir de tais premissas, a chamada fragmentação do direito internacional¹⁰⁴, ou seja, a especialização técnica das diversas áreas do direito internacional em marcos legais particulares elaborados segundo perspectivas inerentes a sua lógica temática¹⁰⁵.

Importante se faz ressaltar, nesse momento, a diversidade de conteúdos disponíveis para o termo “fragmentação”. Nesse sentido, o direito internacional poderia ser teorizado de maneira compartimentada como um conjunto de sistemas temáticos distintos e autônomos ou, na perspectiva interna de uma dessas lógicas jurídicas específicas – dos direitos humanos, do

¹⁰⁰ HALTERN, Ulrich. Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende. In: Archiv des öffentlichen Rechts 128, 2003. p. 516.

¹⁰¹ Essa pluralidade de lógicas normativas dificulta, na verdade, a própria aplicação do constitucionalismo ao direito das gentes ainda que seu arcabouço teórico não exija necessariamente, por exemplo, exercícios projetivos de criação de uma federação global. Mais em FASSBENDER, Bardo. The meaning of international constitutional law. In: MacDonald/Johnston (Hrsg.). Towards World Constitutionalism. Amsterdam: R.St.J., 2005. p. 839.

¹⁰² PEREIRA, Ana Cristina Paulo. Diferentes aspectos dos sistemas de integração da União Européia e do MERCOSUL: uma abordagem sintética e comparativa. In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. MERCOSUL e união européia: perspectivas da integração regional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 193.

¹⁰³ BIELING, Hans-Jürgen. Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung, In: BUCKEL, Sonia u.a. (Hrsg.). Hegemonie gepanzert mit Zwang. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 148.

¹⁰⁴ KOSKENNIEMI, Martti. Global governance and public international Law. In: Kritische Justitz, 37, 2004. p. 243.

¹⁰⁵ KOSKENNIEMI, Martti. The fate of public international law: constitutional utopia or fragmentation? Chorley Lecture: London School of Economics, 2006. p. 30.

comércio internacional, do direito do mar -, em relação à sobreposição de normativas internacionais sobre o mesmo tema¹⁰⁶.

Nesse ponto, pode-se vislumbrar relevante risco surgido a partir da pretensão de fragmentação do direito das gentes. De fato, concebidas as normas internacionais de maneira unitarista, os costumes e tradições nela inseridos tenderiam a traduzir uma perspectiva globalmente compartilhada, ainda que inexistam, certamente, garantias de que projetos políticos hegemônicos particulares não capturariam a estrutura global predominante¹⁰⁷. De qualquer maneira, a assunção de uma correlação lógico-normativa entre as estruturas aparentemente autônomas poderia, sim e entretanto, dificultar tal usurpação¹⁰⁸.

De uma forma ou de outra, o pluralismo decorrente, principalmente, da maior institucionalização do direito internacional consubstancia hoje fato e qualquer perspectiva que se adote em sua abordagem deve levar em consideração as alterações ocorridas na organização do espaço global como, por exemplo, o reconhecimento da existência de novos sujeitos de direitos e de obrigações. Nesse sentido, os projetos políticos com pretensões gerais na estruturação fragmentada do direito das gentes não conformariam exclusivamente questões de Estado, submetendo-se à atualmente necessária distinção observável entre os paradigmas do governo e da governança¹⁰⁹.

Assim, enquanto a idéia de governo se relacionaria à tradicional concepção política organizacional voltada ao benefício comum, no conceito de governança se encontrariam contidos os interesses individuais que, por diversos fatores, se infiltrariam no sistema político internacional em um jogo de influências que tenderia a favorecer os anseios dos mais fortes¹¹⁰.

Dentre os fatores que impediriam a atual viabilidade da aplicação da estruturação teórica tradicional estaria, mais uma vez e fundamentalmente, a impossibilidade de se sustentar o clássico protagonismo dos Estados na estrutura do direito internacional¹¹¹. Caso não se admitisse a referida alteração de perspectiva, complicado se tornaria justificar, por exemplo, o surgimento e desenvolvimento de mecanismos independentes e órgãos específicos

¹⁰⁶ DUPUY, Pierre-Marie. L'unité de l'ordre juridique international. In: Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye, tomo 297, 2002. pp. 428-429.

¹⁰⁷ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 42. p. 243.

¹⁰⁸ SANTOS, Op. cit., nota 31. PP 110 – 111. Constrói sua proposta de hermenêutica diatópica a partir das críticas ao universalismo dos direitos humanos como uma concepção hegemônica, de dominação.

¹⁰⁹ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 42. pp. 241 – 254.

¹¹⁰ Ibid. p. 243.

¹¹¹ O autor não ataca o positivismo clássico de forma direta, mas desenvolve um longo trabalho de relativização do papel do Estado como sujeito central de direitos e deveres no âmbito internacional.

para assegurar a eficácia das regras produzidas e a estabilidade das relações estabelecidas atualmente na comunidade internacional¹¹².

Importante ressaltar o conteúdo e os limites dessa comunidade que se vê submetida, posto se tratar de um termo que se refere não a uma coletividade humana, mas mormente a uma congregação de entes políticos não-físicos, agentes do direito internacional e freqüentemente – mas não necessariamente – dotados de soberania¹¹³.

Também a própria preferência atual pelo uso do termo “globalização”¹¹⁴ em detrimento de “internacionalização” no debate jurídico e político internacional denotaria, nesse sentido, séria tendência ao distanciamento da perspectiva tradicional que por tanto tempo vigorou em todos os campos do pensamento humano e que tinha foco central nas clássicas noções de soberania e no reconhecimento do Estado-nação como único sujeito de direito internacional¹¹⁵.

De certo, o estado de direito vem desde o século XVIII, ao lado dos princípios liberais do Iluminismo, sendo utilizado pelos juristas como paradigma conceitual aplicável à sociedade internacional, a qual tende a ser percebida de forma análoga ao domínio jurídico interno de um país. Essa analogia tende claramente à estruturação e à justificação do direito internacional como uma ordem jurídica una, dotada de objetividade não constatável nas idéias, preferências e visões políticas e que seria hábil a produzir, portanto, normas gerais, abstratas e pretensamente universais.

A mencionada objetividade normativa – moderna, positivista e genuinamente apartada da política - não seria verificada na prática, entretanto, exatamente por desatender, sob o prisma legislativo, o pressuposto liberal da concretude, segundo o qual o direito deveria se basear em algo palpável, como um comportamento social, para que subjetivismos políticos e constrangimentos ilegais pudessem ser evitados.

De outro lado, no plano hermenêutico, outro pressuposto positivista não verificável de forma empírica na aplicação do direito internacional seria a normatividade, ou seja, a necessidade de aplicação do direito de forma independente de preferências políticas dos agentes envolvidos. Caso a normatividade fosse plenamente vislumbrável na sistemática do direito internacional, a norma se aplicaria, assim, independentemente da vontade dos sujeitos

¹¹² Ibid. p. 248. Koskenniemi ressalta que a ONU tem vivenciado tais dificuldades ao depender, por não possuir suas próprias forças armadas, da concessão de soldados por seus membros. Marcante é, nesse exemplo, o império descrito por Koskenniemi tendo em vista o fato de apenas aqueles Estados que já possuem supremacia política internacional têm um contingente militar apropriado para possibilitar essas concessões. Tal estruturação torna, portanto, impossível a aplicação de intervenções militares nesses “Estados-império” e retira da ONU a possibilidade de utilização de mecanismos de coerção contra eles.

¹¹³ AGO, Roberto. *Communauté internationale et organisation internationale*. In: DUPUY, René-Jean. *Manuel sur les organisations internationales*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. p. 3.

¹¹⁴ LEWANDOWSKY, Op. cit., nota 37. p. 293.

¹¹⁵ SINGER, Peter. *One world*. New Haven e Londres: Yale University Press, 2004. p. 08.

a ela submetidos e essa vinculação cogente não se verifica de maneira plena, todavia no plano jurídico internacional.

A concretude e a normatividade conformariam, portanto, variáveis essenciais às garantias de previsibilidade, segurança jurídica e coercibilidade inerentes à idéia sistêmica do direito e que, de forma concentrada e unitarista, promoveriam sua independência da discricionariedade característica da política. A unidade do direito internacional poderia ser atualmente desarticulada, portanto, exatamente a partir da análise da dinâmica dos dois pressupostos positivistas descritos. Dessa forma, apesar de ser absolutamente possível de forma analógica a identificação da concretude na aproximação da normativa posta às práticas estatais, tais práticas tenderiam hoje ao afastamento da normatividade e ao risco de aproximação da política.

Torna-se possível observar, assim, nessa conformação política cada vez mais influenciada pelo paradigma da governança, instrumentalizado, por exemplo, no fenômeno da fragmentação, que as diversas esferas jurídicas tenderiam a atuar hoje de forma autônoma, obedecendo a lógicas e estruturas jurídicas próprias, as quais não respeitariam os referidos pressupostos positivistas da concretude e da normatividade.

Os aspectos plurais diagnosticados em análise fática da atual dinâmica do direito internacional poderiam não indicar necessariamente uma ruptura com o unitarismo sistêmico positivista caso se mostre possível seu enquadramento em algum conceito fechado de direito galgado em concepções teóricas tradicionais. Essa crise unitarista denunciada com frequência pela teoria jurídica se traduz em diagnósticos fragmentários traçados tanto genericamente para o sistema legal global quanto particularmente na estrutura interna de cada um dos sistemas normativos aparentemente autônomos disponíveis.

A inviabilidade teórica da unidade se vislumbraria entre lógicas, por exemplo, quando da tentativa de se harmonizarem as regras da Convenção do Mar e aquelas da Organização Mundial do Comércio, e, dentro de ordens legais de temáticas específicas tais como a interna do sistema mundial de comércio, quando estudada a relação existente entre a organização estruturada no âmbito do acordo geral e os diversos acordos regionais de comércio existentes.

No caso, por exemplo, do constitucionalismo aplicável ao direito internacional, a hierarquização das normas e dos órgãos jurisdicionais estaria, conforme explicitado anteriormente, no cerne da transposição da perspectiva local àquilo que seria o sistema normativo global¹¹⁶. Nesse sentido, o ambiente jurídico internacional se estabeleceria em modelos de criação e consolidação de entes supra-estatais e na uniformização jurisprudencial, ou seja, de forma a se aplicar a estrutura político-jurídica interna dos Estados à esfera internacional

Na mesma linha conciliatória, o pluralismo legal poderia surgir como alternativa teórica aplicável à análise fática da aparente fragmentação, a qual se caracterizaria na abordagem que busca organizar todas as diferentes ordens jurídicas especializadas que se constroem no plano global compreendendo cada uma delas como autônoma, desvinculada das demais, mas

116

FASSBENDER, Op. cit., nota 39. p. 838.

sujeitas a “[...] um sistema de coordenação de regimes, e a um direito inter-sistêmico que substituiria o direito conflitual particular.”¹¹⁷.

Na multiplicidade de estruturas legais que se formam de maneira aparentemente autônoma no direito internacional, a fragmentação propriamente não configuraria, portanto, um desafio estrutural formal tão sério e inconciliável às teorias unitaristas como aquele representado pelo modelo da governança, o qual nessa estrutura repartida acaba se incorporando aos procedimentos normativos e, desafiando a unidade, capturando suas perspectivas fragmentadas.

Há que se ressaltar, entretanto, que mesmo quando admitido o desafio político da governança, a prática do direito internacional tende a demonstrar que em momentos críticos determinados valores universais, os quais consubstanciaríamos princípios gerais de direito seriam reconhecidos e informariam as lógicas aparentemente autônomas de forma uniformizante.¹¹⁸

A assunção da existência de um grupo de princípios universalmente aplicáveis sofre resistência mesmo dentro das correntes de pensamento européias, as quais comumente não apenas admitem a existência de um grupo de valores superiores extraíveis de sua organização sócio-cultural, mas também tendem com frequência a encará-los como genericamente aplicáveis a toda a humanidade¹¹⁹. Em meio a tais críticas, fator que poderia favorecer a concepção de um núcleo conceitual geral seria o papel desempenhado atualmente pela sociedade civil, a qual, mesmo nesse contexto de aparente fragmentação do direito internacional, muitas vezes exige o cumprimento dos acordos e a defesa de determinados valores gerais por seus governos¹²⁰.

Também a questão da hermenêutica do direito internacional, ameaçada pela existência de diversos órgãos de solução de controvérsias e, portanto, hábeis à prolação de entendimentos acerca da interpretação das regras do direito das gentes, acaba denotando, exatamente na institucionalização, surpreendente faceta unitarista na pluralidade. Nesse sentido, sempre que uma organização internacional dotada de arcabouço normativo possui seu próprio órgão de solução de controvérsias observa-se, em tese, um esforço de instrumentalização positivista do direito, o qual pode ser interpretado, na verdade, como um

¹¹⁷ KOSKENNIEMI, Op. cit., nota 34. p. 15. No original: “[...] a regime-co-ordination, and inter-system law that would resemble the private law of conflicts.”

¹¹⁸ Também as teorias do minimalismo e do maximalismo moral de Michel Walzer trabalham a idéia da existência de valores universalmente compartilhados que seriam claramente perceptíveis apenas nos momentos de exceção. WALZER, Michael. Thick and thin, moral argument at home and abroad. Notre Dame: undp, 1994. p. 39.

¹¹⁹ SANTOS, Op. cit., nota 31. p. 111.

¹²⁰ DUPUY, Pierre-Marie. Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values : a response to Martti Koskenniemi. In: European Journal International Law 16, 2005. p. 137. o autor ataca de forma direta o pluralismo fragmentário radical de Koskenniemi, que parece desconsiderar o papel da sociedade civil por exemplo.

esforço de enquadramento a um padrão geral que integra a atuação desse sujeito internacional à ordem jurídica global¹²¹.

Fundamental se faz, finalmente, salientar a absoluta alteração de paradigma observável entre a discussão unitarista tradicional e o debate fragmentário atual. Enquanto as teorias positivistas clássicas buscavam estruturar e reconhecer o direito internacional como direito buscando compreender a relação existente entre ordem jurídica geral e os ordenamentos internos dos Estados, a questão interna parece ter sido hoje superada pela multiplicidade de ordens legais que se estabelecem no plano internacional.

A questão do interno com o internacional, fundada no paradigma do Estado-nação, acabou sucumbindo ao reconhecimento de novos atores como sujeitos de direitos e deveres no âmbito do direito das gentes e o debate passou a se concentrar na possibilidade de se estabelecerem regras gerais aos múltiplos sistemas jurídicos especializados que surgiram e nas dificuldades em se aplicarem as teorias positivistas fundadas em critérios hierárquicos de validade a esse novo contexto global¹²².

Importante salientar, finalmente, que a perspectiva fragmentária do direito internacional surge como proposta de análise de dois fenômenos sistêmicos distintos no atual panorama pluralista do direito internacional. Nesse sentido a fragmentação pode se referir, por um lado e em sentido mais abrangente, à independência dos sistemas jurídicos temáticos que de maneira autônoma surgiram e se consolidaram do contexto global, enquanto, por outro lado, pode designar as repartições sistêmicas internas que se apresentam no plano específico de um desses regimes.

3 Legalidade universal e unidade

Se, por um lado, a complexa trama normativa do direito internacional na atualidade representa grande avanço quando contraposta às rudimentares concepções teóricas tradicionais que se ocupavam até mesmo da justificação de sua sistematização como ordem jurídica, a multiplicação de sistemas legais especializados e aparentemente autônomos oferece, por outro, sérios riscos à manutenção de sua coerência orgânica, é dizer, de sua unidade.

Cada esfera particular do interesse humano tende a se estruturar juridicamente, dessa forma, como um sistema legal dotado de axiomas e regras aplicáveis, a princípio, apenas às situações fáticas submetidas a sua respectiva e específica ordem normativa. O estudo do direito internacional atual parece, assim, não homenagear mais o clássico conceito positivista de um único sistema legal logicamente ordenado e hierarquicamente diferenciado. Distintos fenômenos, mormente políticos, converteram o que era uno e indivisível em um aparente pluralismo, ou seja, em uma pluralidade de regimes.¹²³

¹²¹ DUPUY, Op. cit., nota 44. p. 460.

¹²² Ibid. pp. 38-39.

¹²³ GÜNTHER, Op. cit., nota 30. p. 540 – 541.

A partir dessas premissas, mister se faz admitir que as alusões à fragmentação do direito das gentes se referem, na maior parte das vezes mas não sempre, à mencionada divisão temática das normas, a qual se verifica atualmente em número expressivo de matérias, mas principalmente, por uma série de fatores circunstanciais, nas questões econômicas, nas consequências econômicas relacionadas ao meio ambiente, à migração e ao desenvolvimento, nos direitos humanos e nas questões de segurança¹²⁴.

Outro fator importante nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional especializada reside na participação cada vez menor dos Estados - os clássicos sujeitos de direito internacional - nesses fenômenos legiferantes e no fato de, nessa toada, cada vez mais as normas internacionais se desprenderem dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderirem a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais.

A diminuição do papel dos Estados, a multiplicidade de regimes normativos, a intensa e descentralizada produção legislativa transnacional seriam, de certo, fenômenos caracterizadores do pluralismo legal, mas, na perspectiva de Günther, a fragmentação jurídica tornaria discutíveis tanto as soluções jurídicas dadas aos conflitos quanto à própria legitimidade legislativa dos órgãos instituidores das normas¹²⁵.

O risco apontado subsistiria, segundo tais teorias, mormente porque a multiplicidade de órgãos legiferantes públicos, privados, nacionais, internacionais, regionais, multilaterais e supranacionais inviabilizariam a aplicação do conceito clássico positivista da unidade do direito como modelo sistêmico fechado, hierárquico e, principalmente, estruturado em um claro esquema de validade de normas nem mesmo dentro de uma das esferas.

Numa tentativa de conformar o pluralismo com a unidade do direito das gentes, surge a proposta, também de Günther, de sua apreciação sob duas perspectivas; a interna e a externa. Assim, sob a perspectiva externa, o pluralismo representaria a fragmentação do direito em uma série de temáticas jurídicas distintas, enquanto, internamente, poder-se-ia reconstruir a perspectiva de um direito uniforme¹²⁶.

De maneira bastante simples, pode-se defender que a constituição de um órgão legiferante internacional deve respeitar as regras estabelecidas em tratados, mas a prática internacional pode muito bem permitir o reconhecimento ou o respaldo de determinados preceitos como obrigatórios e juridicamente vinculantes mesmo que inexistam instrumentos legais que os estabelecessem. Tal discussão urge a retomada da abordagem positivista tradicional do direito internacional, a qual questionava inclusive sua caracterização como

¹²⁴ Ibid. p. 542.

¹²⁵ Ibid. p. 556.

¹²⁶ Ibid. p. 557. “In verbis”: “Der Rechtspluralismus stellte für die Rechtstheorie dann insofern eine Herausforderung dar, al ser gleichsam die Schwelle erhöhte, welche die rechtsinterne Begriffsbildung zu überschreiten hätte, um die Einheitsfiktion noch konstruieren zu können.”

direito em vista de sua frágil estrutura, e – ultrapassado tal debate – a natureza jurídica dessas normas.

A aparente desarticulação do conceito clássico de unidade em favor de um pluralismo de regimes estruturados em distintas lógicas jurídicas não se confirmaria em razão do que o autor alemão chama de “código universal da legalidade”, um núcleo duro de regras e princípios universalmente aceitos que representariam uma nova perspectiva da unidade do direito global¹²⁷.

De uma maneira ou de outra, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados parece ter resolvido tal contenda doutrinária ao admitir em seu artigo 53 expressamente a existência de normas cogentes de direito internacional, as quais se caracterizariam como sendo aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados em sua totalidade, sem admitir derrogação, sendo apenas passíveis de modificação por outra com as mesmas características¹²⁸.

Conclusão

O estudo do direito internacional na atualidade não comporta mais seu enquadramento nos herméticos conceitos tecnicistas das clássicas teorias positivistas modernas. Essa releitura hodiernamente exigida decorre, conforme ressaltado ao longo deste trabalho, principalmente do deslocamento da perspectiva de fundamentação do sistema jurídico global da exclusiva relação entre direito interno e internacional para as divergências na interpretação e na aplicação das normativas que se sobrepõem internacionalmente de maneira concorrente e vinculante.

Na multiplicidade de estruturas legais que se formam de maneira aparentemente independente no direito internacional, a fragmentação pode muito bem não configurar propriamente, portanto, desafio estrutural formal tão sério e inconciliável às teorias unitaristas como aquele representado pelo modelo da governança, o qual, em uma estrutura repartida, acaba se incorporando mais facilmente aos procedimentos normativos e permitindo a captura de suas perspectivas fragmentadas por um dos sistemas particulares.

A especialização temática apresenta-se como uma das mais importantes características do novo direito das gentes, pautado nesse início de século, principalmente, na participação cada vez maior dos Estados em convenções e acordos que objetivam normatizar de maneira abrangente matérias pontuais e de interesse comum tanto no plano global quanto no regional. Nesse contexto, cada esfera particular do *modus vivendi* humano tende a se estruturar juridicamente como um sistema legal dotado de axiomas e regras aplicáveis, a princípio, apenas às situações fáticas submetidas a sua respectiva e específica ordem normativa.

¹²⁷ A existência desses princípios vinculantes também é vislumbrada em MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 07.

¹²⁸ *Ibid.* p. 07.

Percebe-se, então, que assim como outrora o sistema jurídico geral se apresentava de maneira rudimentar e fundamental se fazia sustentar sua unidade, o direito internacional atual segue desafiado pela ainda incerta dinâmica de interação entre essas diversas esferas legais. O estudo do direito das gentes parece, na verdade, não homenagear mais o clássico conceito positivista de um único sistema legal logicamente ordenado e hierarquicamente diferenciado. Distintos fenômenos, mormente políticos, converteram o que era uno e indivisível em um aparente pluralismo, ou seja, em uma pluralidade de regimes.

Outro fator importante nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional especializada reside na participação cada vez menor dos Estados - os clássicos sujeitos de direito internacional - em iniciativas legiferantes e no fato de, nessa toada, cada vez mais as normas internacionais se desprenderem dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderirem a estruturas formais internacionais compartilhadas, tal qual, por exemplo, aquelas consideradas supranacionais.

Da falta de institucionalização do direito internacional – ao menos quando em comparação com as rígidas estruturas dos Estados soberanos – decorre o debate acerca da existência de regras internacionais apenas nos limites do convencionalizado em tratados e, diversamente, da possibilidade de se reconhecerem normas principiológicas cogentes ainda que não derivadas de declarações de vontade específicas. A assunção de tal normatividade tácita, da existência desse “código universal da legalidade” como um núcleo duro de regras e princípios universalmente aceitos, redargüiria de maneira bastante consistente, por exemplo, a aparente desarticulação do conceito clássico de unidade em favor de um pluralismo de regimes estruturados em distintas lógicas jurídicas. O universalismo principiológico, é dizer, a aceitação de uma moralidade mínima global, permitiria, assim, a estruturação de uma nova perspectiva da unidade do direito global.

Os princípios basilares do direito internacional seriam, desse modo, inerentes a sua estrutura geral e estariam contidos, sendo necessariamente respeitados, em todos os sistemas normativos específicos. A característica de abrangência desse código de legalidade acaba por afastá-lo de conteúdos substanciais e aproximando-o de elementos formais, os quais naturalmente tenderiam a não pertencer a lógicas jurídicas particulares e a se adaptar, portanto, a todas as ordens temáticas que convivem atualmente no plano internacional.

Em meio à aparente conformação repartida da ordem jurídica internacional, preceitos jurídicos globais ou - em linha com toda a construção teórica aqui desenvolvida - o código universal da legalidade surgiriam, portanto, como instrumentos de preservação da unidade do direito internacional na atualidade e a fragmentação constituiria, assim, mera análise superficial de um contexto fático que escamotearia uma ordem jurídica una.

Referências

AGO Roberto. **Communauté internationale et organisation internationale**. In: DUPUY, René-Jean. Manuel sur les organisations internationales. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. pp. 3-12.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BIELING, Hans-Jürgen. **Die Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft als Prozess hegemonialer Verstaatlichung**, In: BUCKEL, Sonia u.a. (Hrsg.). *Hegemonie gepanzert mit Zwang*. Baden-Baden: Nomos, 2007. pp. 143-163.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAGGIANO, Monica Herman S. **Os direitos fundamentais e sua universalização**. In: *Revista Brasileira do Direito Constitucional*, n. 4, jul./dez., 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos – vol. I**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas**. Brasília: UnB, 1998.

CASELLA, Paulo Borba. **Fundamentos do direito internacional pós-moderno**. Tese de Titularidade apresentada à FADUSP: São Paulo, 2006.

CASALMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. *Doxa* 21:209-220, 1998.

DOLINGER, Jacob. **Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. as ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. a visão judaica**. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. Ano 18 – v. 70 – jan.-mar/2010. pp. 24-90

DUPUY, Pierre-Marie. **L'unité de l'ordre juridique international**. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, tomo 297, 2002.

_____. **Some reflections on contemporary international law and the appeal to universal values : a response to Martti Koskenniemi**. In: *European Journal International Law* 16, 2005. pp. 131-137.

EMERSON, Ralph Waldo. **Essays and lectures**. New York: The Library of América, 1982.

FASSBENDER, Bardo. **The meaning of international constitutional law**. In: MacDonal/Johnston (Hrsg.). *Towards World Constitutionalism*. Amsterdam: R.St.J., 2005.

FISCHER-LESCANO, Andréas; TEUBNER, Gunther. [Regime-Kollisionen](#). Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Rechtspluralismus und universaler code der legalität: globalisierung als rechtstheoretisches problem**. In: WINGERT, Lutz; GÜNTHER, Klaus. *Die öffentlichkeit der vernunft und die vernunft der öffentlichkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 2001.

HALTERN, Ulrich. **Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende**. In: *Archiv des öffentlichen Rechts* 128, 2003. pp. 511-557.

HART, H.L.A. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, David. **The international human rights movement: part of a problem?** In: *Harvard Human Rights Journal/Vol. 15*.

KOSKENNIEMI, Martti. **Global governance and public international law**. In: *Kritische Justitz*, 37, 2004. pp. 241 – 254.

_____. **From apology to utopia: the structure of international legal argument.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.

_____. **The fate of public international law: constitutional utopia or fragmentation?** Chorley Lecture: London School of Economics, 2006.

_____. **What is international law for?** In: EVANS, Malcolm D. (Edit.). *International law.* Oxford: Oxford University Press 2006.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEWANDOWSKY, Enrique Ricardo. **Globalização e soberania.** In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI, Umberto. *Direito internacional, humanismo e globalidade.* São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional americano: estudo sobre a contribuição de um direito regional para a integração econômica.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PEREIRA, Ana Cristina Paulo. **Diferentes aspectos dos sistemas de integração da União Européia e do MERCOSUL: uma abordagem sintética e comparativa.** In: PEREIRA, Ana Cristina Paulo. *MERCOSUL e união européia: perspectivas da integração regional.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. pp. 193-216.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.

_____. **Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil.** In: [AmaraL Junior, Alberto do, org;](#) [Perrone-Moisés, Cláudia, org.](#) *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.* São Paulo: EDUSP, 1999.

_____. **Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea.** In: PIOVESAN, Flávia, coord. *Direitos Humanos.* Curitiba: Juruá, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de direitos humanos.** In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* 39, 1997, pp. 105-124.

SINGER, Peter. **One world.** New Haven e Londres: Yale University Press, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **MERCOSUL - Direitos humanos, globalização e soberania.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WALZER, Michael. **Thick And Thin, Moral Argument at Home and Abroad.** Notre Dame: undp, 1994.

16 A Atuação do Conselho Permanente e da Assembléia Geral da OEA na Supervisão do Cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Comparatismo e Considerações para um Mecanismo mais Eficiente

El papel del Consejo Permanente y la Asamblea General de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el comparatismo y Consideraciones de un mecanismo eficaz

Rodrigo de Almeida Leite¹²⁹

Resumo

O presente artigo objetiva estabelecer considerações sobre a (in)efetividade da atuação do Conselho Permanente e da Assembléia Geral da OEA na supervisão do cumprimento de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse sentido, será analisado o atual mecanismo de supervisão da Corte Interamericana e do Sistema Europeu de Direitos Humanos, ao passo em que serão tecidas reflexões metodológicas para um estudo comparado, tendo em vista as nuances e particularidades do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, visando a modificação do atual mecanismo de supervisão de sentenças realizado pelo Sistema Interamericano.

Palavras-Chave: Corte Interamericana; Cumprimento de Sentenças; Metodologia.

Resumen

Este artículo tiene por objeto establecer las consideraciones (in) eficacia de la actuación del Consejo Permanente y la Asamblea General en la supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, se analizará el actual mecanismo de supervisión de la Corte Interamericana y el Sistema Europeo de Derechos Humanos, el paso que se harán reflexiones metodológicas para un estudio comparativo, teniendo en cuenta los matices y las particularidades del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con miras a modificación del actual mecanismo de supervisión de las sentencias dictadas por el Sistema Interamericano.

Palabras clave: la Corte Interamericana, la ejecución de las penas, Metodología.

Introdução

O objetivo deste ensaio é analisar a atuação do mecanismo político de supervisão do cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) – realizado pelo Conselho Permanente da OEA – e desenvolver idéias para a proposição de modificações a este atual procedimento. A justificativa para este estudo é o fato de que, de acordo com o Relatório Anual de 2009 da Corte IDH, até o ano de 2009 existiam 104 casos em situação de supervisão de cumprimento de sentença, de um total de 120 processos que foram decididos pela Corte desde o seu funcionamento até o ano de 2009, ou seja, um total aproximado de 87 % (oitenta e sete por cento) dos casos.

Esta estatística reflete que é difícil a Corte encerrar totalmente um caso, posta a dificuldade em fazer com que os Estados cumpram a totalidade das obrigações emanadas de suas decisões, situação que teoricamente deveria ter o apoio do Conselho Permanente da OEA (auxiliado pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos – CAJP), na análise individual dos casos de descumprimento das sentenças e debate sobre medidas a serem tomadas pelos Estados. No entanto, apesar das disposições

¹²⁹ Mestre em Ciências Jurídico-Comunitárias. Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

da Convenção Americana de Direitos Humanos neste sentido, este trabalho não tem sido realizado com efetividade, não havendo assim, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, praticamente nenhum órgão que tenha agido politicamente no sentido de incentivar (e em certos casos, forçar) os Estados a cumprirem a totalidade de decisões emanadas de uma sentença da Corte IDH.

Nesse sentido, este trabalho visa tecer considerações metodológicas - e não proposições propriamente ditas - para a modificação do atual mecanismo de supervisão de cumprimento de sentenças da Corte Interamericana.

Assim, será demonstrado como funciona o atual mecanismo de supervisão de sentenças da Corte IDH, bem como será relatada a experiência do Sistema Europeu de Direitos Humanos. De ante do conhecimento do funcionamento dos dois sistemas, no tocante ao objeto específico da supervisão do cumprimento de sentenças, serão tecidas considerações sobre um método adequado à realização de um estudo comparado, e posteriormente será levantada a viabilidade (ou não) da aplicação do mecanismo europeu no sistema interamericano, tendo em vista as nuances e particularidades de cada sistema. É justamente neste ponto que procuraremos dar ênfase, posto que um método adequado deve levar em consideração não apenas a operacionalidade e eficácia de determinado dispositivo em um sistema estrangeiro, mas sim observar as características do sistema nacional (no caso, o interamericano), e verificar, de acordo com uma série de condicionantes, se um dispositivo aplicado eficazmente em outro sistema jurídico (o europeu) pode ser aplicado ou não ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

1 O Mecanismo de Supervisão do Cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos comporta atualmente dois órgãos principais: A Comissão e a Corte Interamericana. Todos os casos submetidos à avaliação do Sistema, no tocante às violações da Convenção Americana de Direitos Humanos, devem primeiro passar pelo crivo da Comissão, e somente após as tentativas de conciliação não lograrem êxito, ou as recomendações da Comissão não forem cumpridas, é que o caso passa a ser julgado pela Corte Interamericana, que exara uma sentença ao final do julgamento.

Tratando-se de sentença definitiva (e não de medidas provisórias), o art. 66 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), determina que a decisão a ser exara pela Corte Interamericana deve ser fundamentada, e em caso de voto dissidente, o mesmo deve ser anexado à sentença.

Ainda de acordo com o art. 67 da CADH, a decisão final da Corte será definitiva e inapelável. O dispositivo ainda estabelece que a Corte IDH poderá por última vez analisar uma sentença se assim for necessário, para dirimir alguma divergência em termos de interpretação da decisão, desde que seja requerido no prazo de 90 dias.

O conteúdo da sentença pode ser bastante amplo, haja vista que o conceito reparatório do art. 63 da CADH determina que quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Nesse sentido, determinará “também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

Dentre as atribuições exercidas pela Corte Interamericana encontra-se a supervisão da execução de suas próprias sentenças. A Corte IDH tem por prática acompanhar as medidas adotadas ou não pelos Estados, encerrando o processo somente em caso de execução total da decisão. Assim, uma

sentença não será declarada executada enquanto não forem realizadas todas as medidas definidas em seu conteúdo.

As medidas a serem tomadas pela Corte Interamericana na supervisão de suas sentenças variam conforme o caso. Ela realiza este mister de verificação através de informações submetidas pelo Estado condenado, bem como das vítimas ou de seus representantes, sobre as ações adotadas pelo Estado. Diante da posse destas informações, a Corte IDH emite uma série de resoluções sobre quais foram as obrigações que foram cumpridas integralmente, e quais ainda restam ser viabilizadas pelo Estado. Cabe ressaltar que várias das obrigações emanadas das sentenças da Corte retardam muito a serem cumpridas, tendo em vista os entraves burocráticos de cada Estado, e por isso a Corte mantém um elevado número de casos em processo de supervisão, conforme afirmado anteriormente.

Em complemento a este procedimento judicial de supervisão da execução das sentenças da Corte IDH, a Convenção Americana prevê a participação de um órgão político neste processo, que é a Assembléia Geral da OEA. De acordo com o art. 65 da CADH, a Corte deve submeter anualmente um relatório de suas atividades à Assembléia Geral, e “de maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”¹³⁰.

Em realidade, este procedimento não tem sido efetivo¹³¹. O objeto principal deste procedimento é exercer uma pressão política no Estado condenado que não cumpre determinada sentença da Corte IDH. No entanto, ultimamente o tempo que é gasto com a leitura do relatório anual da Corte na Assembléia Geral da OEA não tem passado de 30 minutos, e os casos de descumprimento de sentenças não tem sido debatidos, ou seja, o mecanismo de pressão política não tem cumprido o seu papel.

Saliente-se que as sentenças da Corte Interamericana possuem em geral o caráter obrigatório mas não executório, pois apesar de não existir um mecanismo internacional que force os Estados a cumprirem coercitivamente a decisão, eles são responsabilizados internacionalmente pelo fato de terem se comprometido a executar as decisões quando ratificaram a Convenção Americana.

Situação diferente existe quando se trata de condenação ao pagamento de indenização. A Convenção Americana determina em seu artigo 68, § 2º., que as indenizações podem ser executadas no ordenamento jurídico do país condenado mediante os mecanismos legais previstos para a execução de decisões proferidas contra o Estado. Dessa forma, o Estado pode ser forçado a executar a sentença da Corte, porém não será obrigado por força de um órgão internacional, mas sim pelo procedimento judicial interno para a execução de sentenças contra o Estado.

No entanto, ainda assim a eficácia das sentenças da Corte Interamericana sofre em sua força ativa. De acordo com Maeoka (2007, p. 555) “o êxito das execuções das sentenças internacionais não somente dependem dos procedimentos processuais internacionais [...] mas está condicionado também à cooperação dos Estados-partes”. Ainda para a autora, esta cooperação para a execução das sentenças internacionais “está subordinada a um efetivo diálogo entre o sistema processual internacional e o sistema processual interno”.

¹³⁰ De acordo com Piacentini (2006, p. 155), “em 29 de junho de 2005, a Corte promulgou uma Resolução na qual ela estipula que, a partir do momento em que se decida pela denúncia do Estado faltoso à Assembléia, não se continuará a solicitar-lhe informações sobre o cumprimento da sentença. Se o Estado não apresentar posteriormente comprovação da observância das questões em aberto, a Corte continuará a incluí-lo a cada ano no seu Informe à Assembléia Geral”.

¹³¹ Serão tecidas maiores considerações sobre este fato no capítulo 5.

À primeira vista, de acordo com os dispositivos da Convenção Americana, pode-se considerar que as sentenças da Corte Interamericana que determinem condenações pecuniárias teriam força vinculante e executiva *per se*. No entanto, de acordo com Maeoka (2007, p. 556), a prática indica o contrário, sendo “atribuído preeminência ao valor declaratório”. Ainda segundo Maeoka (2007, p. 556), “esta consideração é relevante, porque mal pode chamar de sentença jurisdicional aquela que não possui, essencialmente, os atributos coercitivos que contêm qualquer decisão judicial”.

Resulta destes fatos que, ante a ausência de determinados meios jurídico-coercitivos para que o Estado execute uma decisão da Corte Interamericana – e essencialmente, os dispositivos da decisão que não se tratam de decisões indenizatórias - o único meio que o sistema oferece para pressionar o Estado a executar suas sentenças é a pressão política.

Sendo assim, conclui-se que ainda que haja um mecanismo de supervisão do cumprimento de sentenças pela própria Corte Interamericana, este demonstra ser insuficiente em termos de eficácia. Neste ponto, manifesta-se de igual maneira o mecanismo de pressão política existente que, ressalte-se, tem sido pouco utilizado na prática.

2 A Experiência do Sistema Europeu de Direitos Humanos: A Supervisão das Sentenças pelo Comitê de Ministros

O Comitê de Ministros, órgão político do Conselho da Europa, recebeu a missão de supervisionar a execução das sentenças definitivas do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de acordo com o art. 46.2 da Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH). Em atenção ao Regulamento aprovado para este fim, o sistema de controle do cumprimento de sentenças estabelecido se exerce através do convite ao Estado condenado para que informe as medidas adotadas em respeito à consequente decisão. De acordo com as informações recebidas pelo Comitê de Ministros, adota-se então uma resolução referente ao cumprimento das obrigações estabelecidas no artigo 46.2, da Convenção Européia.

Entre os poderes estabelecidos pela CEDH para o Comitê de Ministros, inclui-se o de “velar” pela execução das sentenças, o que determina que este órgão assumira uma natureza coletiva, pois o Comitê é composto por representantes de todos os Estados Membros do Conselho da Europa.

Para o cumprimento de sua missão, o Comitê de Ministros criou, em maio de 2006, um Regulamento de aplicação do artigo 46.2, CEDH (Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements), que estabelece as linhas para a supervisão efetiva do cumprimento das medidas individuais e gerais. Assim, conta com a “boa vontade” dos Estados Membros na entrega das informações relativas às execuções das sentenças nas quais foram condenados, que são muitas vezes prestadas por escrito ou verbalmente nas reuniões do Comitê.

O processo de supervisão das sentenças do TEDH começa com a entrada da sentença definitiva na agenda do Comitê, o que na prática não tarda mais do que seis semanas (SUNDBERG, 2001, p. 568). O Comitê então, com a ajuda do Secretariado, verifica a concretização das medidas de execução das sentenças dos Estados através de pedido de informações, que quase sempre são respondidos. No caso das informações serem consideradas insuficientes, o caso permanece na agenda do Comitê.

O Comitê de Ministros, depois de haver constatado o efetivo cumprimento das medidas emanadas na sentença, aprova uma resolução formal de conclusão de cada caso.

O papel do Comitê de Ministros na supervisão das sentenças é essencial. Não obstante, carece de um meio jurídico-coercitivo para forçar um Estado membro do Conselho da Europa a executar efetivamente as sentenças do TEDH. Neste sentido, pode-se afirmar que a “pressão” que exerce o

Comitê de Ministros em um Estado que não cumpre uma sentença é do tipo “político-diplomática”, e se funda basicamente em dois instrumentos: a adoção de resoluções provisórias e a ameaça do uso do artigo 8º. do Estatuto do Conselho da Europa.

No caso das resoluções provisórias, de acordo com o art. 16 do Regulamento do Comitê de Ministros sobre Supervisão da Execução de Sentenças, este órgão pode tomar a iniciativa de adotar uma medida desta natureza quando considera que a informação proporcionada pelo Governo de um Estado não demonstra uma satisfatória execução de uma sentença, e que o mesmo deve ser incentivado a tal fato. A resolução tanto pode ser exarada quando nenhuma medida foi adotada pelo Estado para a execução de uma sentença, bem como quando o Comitê de Ministros observa um determinado progresso no Estado, e o incentiva a adotar futuras medidas para evitar os mesmos danos (LAMBERT-ABDELGAWAD, 2002, p. 35).

Por sua vez, o uso do artigo 8º. do Estatuto do Conselho de Europa é uma faculdade a ser utilizada somente em casos extremos. De acordo com este artigo, um Estado membro pode ser suspenso, e no caso de não cumprir com as determinações do artigo 7º., pode ser expulso do Conselho da Europa, no entendimento de que, se persiste o descumprimento da sentença do TEDH, este fato deve ser interpretado como grave violação dos princípios do Estado de Direito e da Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, definidas no artigo 3º. do referido Estatuto.

Assim, deve ser notado – para uma comparação sócio-política dos sistemas europeu e interamericano - que o primeiro se baseia principalmente na confiança dos Estados membros, e assim, não demonstra ser estranha a opção de “desjudicializar” a vigilância e o controle da execução das sentenças do TEDH, posto que os Estados têm uma maior consciência da adesão a um tratado internacional de proteção aos direitos humanos e da obrigação do cumprimento das decisões do órgão jurisdicional do sistema (GARCÉS, 2008, p. 57).

3 Por uma Metodologia Comparativa Objetivando a Proposição de Modificações ao Sistema de Supervisão do Cumprimento de Sentenças da Corte IDH

A importância de utilizar um instrumento comparativo para o aperfeiçoamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fundamental, posto que a utilização de um método adequado acaba por estabelecer semelhanças e diferenças entre sistemas análogos, o que, segundo Serrano (2006, p. 4), contribui para uma melhor compreensão dos processos envolvidos em um sistema determinado.

Para tanto, o Direito Comparado acaba por ser uma ferramenta essencial neste processo. Na visão de parte da doutrina, o Direito Comparado não poderia ser restringido à mera qualificação de um instrumento, pois vai muito mais além, por possuir objeto “determinado, um método específico, princípios jurídicos organizados na literatura jurídica em vários países do mundo” (CARVALHO, 2008, p. 142). Assim, a sua cientificidade é defendida e corroborada pela sua autonomia didática (DANTAS, 2000, p. 56). No entanto, Constatinesco (1998, p. 281) retrata o dilema sobre a cientificidade ou a natureza de método do Direito Comparado, afirmando que a doutrina anglo-saxã não valora esta discussão, posto que na verdade o que se aprecia são os resultados da utilização do Direito Comparado, considerando supérfluas todas as outras discussões.

Método ou ciência, o importante é que o Direito Comparado tem como função primordial a reforma do direito de determinado sistema, emanando efeitos em um plano científico, ao permitir a abertura de novos níveis de conhecimento jurídico (IBÁNEZ, 1999, p. 666) e proporcionando também meios técnicos de suprir lacunas e imperfeições dos direitos (SERRANO, 2006, p. 19).

Em geral, se detectam duas falhas em parte da doutrina, ao tratar do direito comparado: a insensibilidade ante a possibilidade de explorar as razões pelas quais se dão distintas respostas a problemas sociais nos ordenamentos jurídicos, e o fato de que os ordenamentos jurídicos que se comparam com o Brasil são países ocidentais europeus na sua maioria: Itália, Alemanha, França, Suíça, Espanha, Portugal, etc, ou seja, acaba se estabelecendo um laço de filiação com uma sociedade européia que apresenta uma superioridade no âmbito econômico-social (JÁCOME, 2006, p. 11), e não se analisam os fatores econômicos, sociais, políticos, jurídicos e culturais, que permeiam o ordenamento jurídico da sociedade estrangeira.

Assim, a comparação não deve esgotar-se no descobrimento da existência de duas normas em dois ordenamentos jurídicos que se tomam em comparação, pois a cultura jurídica de uma sociedade não se constrói unicamente a partir de regras jurídicas. Um bom trabalho de comparação deveria ao menos dissecar três etapas: a) a identificação do dispositivo legal estrangeiro, e assim não analisar unicamente “a norma” jurídica, mas as várias normas que funcionam em um ordenamento jurídico, influenciando determinada questão; b) análise dos documentos secundários influenciadores, a exemplo da doutrina (e sua influência política), a jurisprudência dos tribunais, as atas do Parlamento e os costumes do país; c) as premissas implícitas, que são os aspectos históricos, culturais, econômicos, políticos e sociais¹³².

Com base nestas considerações é que se deve partir para uma proposição de modificação ao mecanismo de supervisão do cumprimento de sentenças da Corte Interamericana: parte-se de uma metodologia de direito comparado, onde deve ser analisado um sistema mais avançado (Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos), a ser tomado em comparação, e a partir dele, identifica-se o objeto de análise com todos os seus fatores (já descritos anteriormente). Assim, observada a estrutura do Sistema Interamericano, tenta-se discutir – tendo em vista a experiência do outro sistema – o que poderia ser modificado, de que forma, e quais seriam as conseqüências de uma modificação – no intuito de que se aproveite apenas o necessário e viável do Sistema Europeu, descartando o que não interessa e o que possa desvirtuar a estrutura do Sistema Interamericano. São estas considerações que se pretende levantar no capítulo seguinte.

4 Considerações sobre Propostas de Modificação ao Mecanismo de Supervisão de Sentenças da Corte IDH à Luz da Metodologia Proposta

Cabe destacar inicialmente que não restam dúvidas de que a experiência do Sistema Europeu de Direitos Humanos pode ser útil para o interamericano (e vice-versa). Contudo, o que resulta impreciso e perigoso é tentar uma importação indiscriminada de todo o seu recorrido, pois certamente os tempos jurídicos de ambos os sistemas correm a ritmos diferentes e por vias bastante separadas. Neste compasso, se observa que na Europa houve um maior desenvolvimento do sistema quando houve um compromisso dos Estados em cumprir as normas da CEDH, o que de fato não aconteceu com o Sistema Interamericano (situação que começa a se modificar lentamente). Neste, de acordo com Garcés (2008, p. 55) sente-se a necessidade de que seus órgãos políticos e os Estados se comprometam mais profundamente com o sistema.

Em se tratando do mecanismo de supervisão de cumprimento de sentenças da Corte IDH, através dos instrumentos que lhe confere a Convenção Americana, a Corte iniciou, de uma parte, um processo que tende a desenvolver um mecanismo de supervisão susceptível de se apoiar sobre uma

¹³² De acordo com Dantas (2000, p. 222), embora a identificação da norma em si seja importante, é sobretudo sobre os fatores elencados nas letras “b” e “c” que os pesquisadores devem se debruçar.

ação conjunta de um órgão político da OEA, quando o controle jurisdicional que realiza prova ser insuficiente. De outra parte, tende a desenvolver mecanismos alternativos de acompanhamento da execução das sentenças para reforçar o mecanismo jurisdicional (SEMINARA, 2009, p. 317), a exemplo das audiências públicas de acompanhamento de execução.

No tocante ao mecanismo político de supervisão, este se encontra estabelecido no art. 65 da Convenção Americana, que determina que a Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. Ao final, determina que “de maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

Este procedimento de apresentação do relatório é realizado da seguinte maneira: Uma vez que a Corte Interamericana aprova o seu relatório anual, ele é remetido ao Presidente do Conselho Permanente da OEA. Por sua vez, o Conselho Permanente transmite o relatório a sua Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP), que escuta a apresentação do mesmo por parte do Presidente da Corte IDH, delibera sobre o relatório e adota uma resolução que transmite ao Conselho Permanente. Este reenvia a resolução à Assembléia Geral. Na prática, a resolução que é aprovada pela CAJP é a mesma que conhece e aprova o Conselho Permanente e a Assembléia Geral. Vale salientar que o texto que aprova a CAJP se dá por consenso, e assim, basta que o Estado que figura como descumpridor de uma sentença se oponha à aprovação do relatório, para que o Estado não seja citado na resolução que aprova a CAJP, e conseqüentemente no Conselho e na Assembléia Geral (ROBLES, 2007, p. 200).

Interessante notar que o exame dos relatórios da Corte na Assembléia Geral da OEA nos últimos anos não tem ultrapassado meia hora. Krsticevic (2009, p. 33) ainda detalha que na Assembléia Geral de Quito, em 2004, a Corte e a Comissão tiveram cinco minutos para a discussão do relatório anual, e em 2005 (Assembléia Geral em Fort Laudardale), 10 minutos respectivamente. Assim, de acordo com Robles (2007, p. 202), não há uma discussão sobre o descumprimento específico de um caso mencionado, bem como sobre que medidas poderiam ser tomadas para tentar forçar o Estado a cumprir os dispositivos da sentença da Corte.

Um dos motivos dessa falta de discussão e proposição de medidas para os Estados que não cumprem as decisões da Corte IDH, está no fato de que os próprios Países da região despreocuparam-se “amplamente, em diversas ocasiões, de seu papel de protetores coletivos do sistema. Situações críticas de descumprimento foram, por vezes, tratadas com atitude indiferente ou tímida pela maior parte dos Estados da região” (KRSTICEVIC, 2009, p. 34).

Nesta ordem de idéias, e para tentar solucionar o problema, a doutrina tem posto algumas alternativas procedimentais que poderiam ser vislumbradas: A primeira, defendida por Cançado Trindade (2003, p. 257), está ensejada na criação de um futuro protocolo à Convenção Americana, com a inclusão do seguinte dispositivo, ao final do artigo 65 da CADH: “A Assembléia os enviará ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e render um relatório, para que a Assembléia Geral delibere a respeito”.

O objetivo desta inclusão seria a criação de um grupo de trabalho permanente no seio da CAJP, integrado por representantes dos Estados Membros da Convenção Americana, que iriam supervisionar de forma permanente o estado do cumprimento das decisões da Corte IDH (daqueles Estados declarados descumpridores), a qual apresentaria seus relatórios à CAJP. Esta, por sua vez, relataria ao Conselho Permanente, para preparar seu relatório para deliberação da Assembléia Geral a respeito. Assim, se criaria um mecanismo que atuaria permanentemente na supervisão do cumprimento das sentenças de forma individual, e não uma única vez por ano, como acontece atualmente (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 258).

Em que pese o posicionamento do Ilustre Doutor Cançado Trindade, uma proposta nestes moldes terminaria por levar a uma semelhança (não igualdade) ao sistema europeu, deixando ainda nas mãos dos Estados o acolhimento, análise e resolução dos casos pendentes - o que poderia resultar na mesma situação atual, e que – *a priori* - poderia resultar pouco efetivo (BERISTAIN, 2008, p. 609). Esta proposta se adequaria melhor a um estado transitório, ou seja, um passo para uma mudança maior no mecanismo. Uma opção de auxílio a esta proposição seria colocar também em prática as prerrogativas que a Convenção Americana outorga à Corte IDH para potencializar a garantia coletiva dos Estados, e que não tem sido utilizada. De acordo com Krsticevic (2009, p. 35), entre as alternativas adicionais à disposição da Corte, esta poderia recomendar:

Que se iniciem gestões diplomáticas para analisar as possibilidades de cumprir com as obrigações, solicitar cooperação internacional para facilitar reformas estruturais ou o pagamento de indenizações, pedir aplicação da Carta Democrática Interamericana, entre outras. Adicionalmente, a Assembléia também está autorizada a efetuar uma série de recomendações aos Estados Membros – sem caráter vinculante – como, por exemplo, a imposição de sanções econômicas ao Estado que descumpre, que os Estados incluam o pagamento de indenizações ou o cumprimento das sentenças como uma condição para os processos de integração ou para a conclusão de acordos econômicos ou empréstimos, por exemplo.

Na visão de Seminara (2009, p. 298), quando o problema da execução das sentenças encontra-se na esfera meramente política (boa vontade) dos Estados, parece por conseguinte mais adequado aplicar-lhes também um tratamento político subsidiário que vem ao socorro do tratamento jurídico. Em suma, para esta jurista, o mecanismo jurisdicional de controle é necessário, mas ele não é totalmente suficiente, pois a prática interamericana mostra que o descumprimento sistemático de determinados dispositivos das decisões da Corte IDH esconde problemas práticos ou políticos, ou mesmo os dois problemas ao mesmo tempo.

Em outra abordagem, Beristain (2008, p. 609) recorda que outra proposição seria manter os casos sobre o controle total da Corte Interamericana, que já se declarou competente para realizar a supervisão do cumprimento das sentenças, e que contasse com algum mecanismo independente, unindo assim a supervisão das sentenças ao conjunto do processo, desde a admissão do caso.

Garcés (2008, p. 59) também trata esta questão da prática do controle jurisdicional da execução das sentenças pela Corte IDH, afirmando que ainda que este seja um mecanismo de pressão – mais do que efetivamente para se assegurar a efetividade de sua jurisprudência – é uma maneira de informar ao sistema os avanços e efeitos de suas decisões, posto que a Corte expede resoluções nas quais estuda e declara se foram cumpridas ou não as ordens emanadas de suas sentenças. De acordo com o jurista supracitado, esta opção do sistema interamericano (referente ao controle jurisdicional) se explica se se tem em mente que tanto a Corte como a Comissão funcionam de acordo com estratégias que pressupõem a incapacidade dos Estados para proteger diretamente os direitos garantidos pela CADH. Nesse sentido, o argumento para explicar que a Corte tenha estendido suas funções judiciais até a supervisão de sentenças, partiria do fato de que: a) em realidade, a execução de uma sentença da Corte depende da vontade dos Estados condenados (e que por sua vez, têm demonstrado que não querem ser controlados, nem controlar os demais Estados no âmbito político da Assembléia Geral (CORAO, 2007, p. 131); b) este fato supõe uma lacuna na eficácia do sistema.

Por fim, concordamos ainda com Garcés (2008, p. 60) quando afirma que em conseqüência destes fatores, supor que um órgão político composto por representantes destes mesmos Estados seria rigoroso e exigente na hora de avaliar se foram cumpridas ou não as ordens das sentenças da Corte IDH, seria uma ingenuidade.

É neste sentido que afirmamos que qualquer proposta de alteração ao mecanismo de supervisão de execução das sentenças da Corte Interamericana deve levar em consideração todas estas nuances fáticas dos Estados que compõem o Sistema. Como já afirmado anteriormente, o sistema europeu se baseia na confiança dos Estados Membros, e assim não é absurda a opção de “desjudicializar” a vigilância e o controle da execução das sentenças do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, relegando ao Comitê de Ministros esta função.

Sem embargo, é notável que os Estados que aceitaram a competência da Corte IDH têm tentado agir com um maior compromisso com as obrigações do Sistema Interamericano, ainda que não costumem cumprir as ordens judiciais com celeridade e integralmente, principalmente quando se trata de reparações não-financeiras. A Corte IDH, por sua vez, não tem sido flexível a respeito do cumprimento de suas sentenças, e nem tem diminuído o grau de proteção e reparação disposto nas suas decisões (GARCÉS, 2008, p. 60). Em outros termos, a Corte tem cumprido o seu papel. Resta agora os Estados agirem de acordo com os compromissos que assumiram perante o Sistema Interamericano.

Conclusão

Conclui-se das explanações realizadas no presente trabalho, que qualquer proposta de alteração ao mecanismo de supervisão de execução de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve partir de um método de direito comparado que compreenda as peculiaridades da realidade fática dos Estados que aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana, no tocante à execução de suas sentenças, bem como das características do sistema análogo comparado – no caso, o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.

Enfatiza-se que a escolha de uma proposição de um modelo de supervisão jurisdicional ou político (ou de ambos em conjunto), deve tomar em consideração que os países da América Latina não tem efetivado completamente as sentenças da Corte IDH, bem como agido com celeridade, e tampouco têm se comprometido em controlar e serem controlados pela Assembléia Geral da OEA. Conseqüência deste fato é que existe um percentual de 87% dos casos julgados pela Corte até 2009 em situação de supervisão de cumprimento.

Assim, observa-se que o atual sistema de supervisão de sentenças da Corte (em seu aspecto jurisdicional e político) não tem resultado efetivo. Neste sentido é que se busca uma compreensão do que poderia ser mais adequado para uma melhorar sua eficácia, pelo que se considera – a priori - que um controle estritamente jurídico poderia ser uma saída plausível ante as características do sistema interamericano.

No entanto, esta é uma conclusão ainda inicial, tratando-se apenas de considerações metodológicas, pelo que o estudo continuará a ser realizado na busca de uma proposição mais específica e que traduza conseqüências mais concretas.

Referências

ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das Sentenças da Corte Interamericana. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun. 2006, p. 147-162.

BERISTAIN, Carlos Martín. **Diálogos sobre la Reparación. Experiencias en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. San José: IIDH, Tomo I, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Presentación del Presidente de la Corte, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, en el marco Del diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: “Hacia la Consolidación de la

Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Washington, D.C., 19 de abril de 2002 In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto e ROBLES, Manuel E. Ventura (Org.). **El Futuro de La Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Anexo II, 2003, p. 207-265.

CARVALHO, Welinton. Direito Comparado. Método ou Ciência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 180, ano 45, 2008, p. 139-145.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia dos Direitos Humanos (Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais)**, 04 de novembro de 1950.

_____. **Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements**, 10 de maio de 2006. Disponível em <www.coe.int>. Acesso em: 20 mar. 2010.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de Direito Comparado. Introdução ao Direito Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORAO, Carlos M. Ayala. La Ejecución de Sentencias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, Chile, n. 1, ano 45, 2007, p. 127-201.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCÉS, Andréa Viana. Sistemas Europeo y Americano de Protección de Derechos Humanos. Coincidencias, Fraccionamientos Temporales y Mutuas Influencias. In: GARCÉS, Andréa Viana e SÁNCHEZ, Miguel Revenga. (Org.). **Tendencias Jurisprudenciales de La Corte Interamericana y Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 17-71.

IBÁÑEZ, Santiago González-Varas. Presente. Pasado y Futuro del Derecho Comparado. **Revista Chilena de Derecho**, v. 26, n. 3, 1999, p. 649-685. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650152>>. Acesso em: 20 mar. 2010

JÁCOME, Jorge González. El Uso del Derecho Comparado Como Forma de Escape de La Subordinación Colonial. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 7, 2006, p. 295-338. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82400706>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a Execução das Decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: CEJIL (Org.). **Implementação das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Jurisprudência, Instrumentos Normativos e Experiências Nacionais**. Rio de Janeiro: Centro pela Justiça e o Direito Internacional, 2009, p. 15-103.

LAMBERT-ABDELGAWAD, Elisabeth. **The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights**. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2002.

MAEOKA, Erika. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os desafios do processo de execução das sentenças internacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, v. IX (Anais do 5º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional), 2007, p. 553-560.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 22 de novembro de 1969.

ROBLES, Manuel E. Ventura. La Supervisión del Cumplimiento de Sentencias en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. In: Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Org.). **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**. Madrid: Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, 2007, p. 169-206.

SEMINARA, Letizia. **Les Effets des Arrêts de La Cour Interaméricaine dès Droits De L'homme**. Bruxelles: Bruylant, 2009.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como Utilizar o Direito Comparado para Elaboração de Tese Científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNDBERG, Fredrik G.E. Control of Execution of Decisions Under the ECHR – Some Remarks on the Committee of Ministers' Control of the Proper Implementation of Decisions Finding Violations of the Convention. In: ALFREDSSON, Gudmundur, et al. (Org.). **International human rights monitoring mechanisms: essays in honour of Jakob Th. Möller**. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 568.

17 Cânones do Direito de Concorrência na União Europeia como Proteção aos Direitos dos Consumidores e ao Mercado Comum

Canons of the Competition Law in the European Union and the Consumer Rights Protection and the Common Market

Rosa Júlia Plá Coelho¹³³

Resumo

No presente artigo é abordada a arquitetura do Direito de Concorrência na União Européia, notadamente em referência a matriz do Direito Antritruste norte-americano, assim como o tratamento a legal das regras de proteção à livre concorrência no ordenamento jurídico comunitário, endereçadas às empresas sediadas ou não no território da UE e aos Estados-Membros, partindo dos seus efeitos econômicos e sociais. Nesse contexto, os esforços dos Órgãos da EU, visam garantir um elevado nível de proteção ao mercado comum e aos consumidores, como forma de perseguir o desenvolvimento harmônico do projeto de construção europeu. Analisamos aqui a moldura ofertada e o papel fundamental do Conselho e da Comissão, na materialização e controle de tais regras, assim como o contributo do Tribunal na interpretação das mesmas em estreito compasso com os objetivos da União, cada vez mais relacionados com a Europa dos Cidadãos, em patente véis constitucional.

Palavras-Chave: Direito de Concorrência, União Européia, Direitos dos Consumidores, Mercado Comum.

Abstract

In this paper we discussed the architecture of the Competition Law in the European Union, notably in reference to the array Antritruste U.S. law, as well as the treatment of the legal rules to protect free competition in the Community legal order, addressed to companies based or not within the EU and the Member States, based on their economic and social effects. In this context, the efforts of the organs of the EU, aimed at ensuring a high level of protection to the common market and consumers, in order to pursue the harmonious development of the project of European construction. Here we analyzed the frame offered and the key role of the Council and Commission, and control in the materialisation of such rules, as well as the contribution of the Court in the interpretation of them in close step with the objectives of the Union, increasingly related to the Citizens' Europe in patent véis constitutional.

Keywords: Competition Law, European Union, Consumer Rights, Common Market.

Introdução

Vivemos a chamada era pós-moderna, caracterizada pelo progresso tecnológico e super, gerando novas e desafiadoras demandas, as quais propiciam novas formas de relações interpessoais, bem como de trocas financeiras e formação de blocos econômicos entre Estados, que passam a constituir as bases da chamada aldeia global. Tal fenômeno implica no aumento dos fluxos internacionais de capitais advindo da crescente integração econômica das últimas décadas, as quais têm gerado uma concentração empresarial sem precedentes da qual resultam cada vez menos competidores independentes.¹³⁴ Seja por meio de fusões ou

¹³³ Doutoranda em Direito. Professora no Curso de Comércio Exterior da Universidade de Fortaleza.

¹³⁴ “Paradoxically, the increased globalization resulting from GATT-WTO trade liberalization has increased the opportunities of private parties to engage in international, anticompetitive behavior” (Kevin C. Kennedy, “Symposium: Global Trade Issues in the New Millennium: Foreign Direct Investment and Competition Policy at the World Trade Organization”, *George Washington International Law Review*, v. 33 (2001), p. 585; 602).

incorporações, seja através de acordos operacionais, como no caso da aviação civil, o cenário internacional viu surgir uma série de megaempresas e conglomerados multinacionais, aptos a afetar a concorrência nos diversos mercados nacionais em que atuam.

Essa realidade desafia as políticas nacionais de promoção da livre concorrência, de prevenção de dominação de mercados e de repressão dos abusos de posição dominante, bem como dos auxílios concedidos pelos Estados-Membros, quatro dos objetivos essenciais das Regras de Concorrência na União Européia, presentes nos artigos. 101, 102 e 107 do Tratado de Funcionamento da UE. A capacidade da Comissão e dos tribunais nacionais de fazer face às práticas transnacionais restritivas da concorrência depende dos meios a seu alcance para assegurar o cumprimento do direito nacional de concorrência por empresas sediadas no estrangeiro. Tais reestruturações deverão ser apreciadas de modo positivo, na medida em que correspondam às exigências de uma concorrência dinâmica que contribui para aumentar a competitividade da indústria europeia, para melhorar as condições do crescimento, para elevar o nível de vida na Comunidade e para proteger o consumidor.

Este contexto determina o comportamento dos cidadãos no sentido de exigirem mais transparência por parte dos governos nacionais na hora de estabelecerem políticas econômicas e sociais, uma vez que estas causam um impacto direto em sua realidade cotidiana. Uma das questões de grande transcendência nesta seara é o repúdio às práticas censuráveis e que ao longo do tempo passaram a representar *perigos* potentes à saúde dos respectivos mercados internos e implicaram em grande ônus social.

Estamos a referir o prejuízo causado pela passividade ou conivência do poder público em face dos problemas gerados pela criação de monopólios ou pela falta de concorrência nestes mercados. Sabemos, no entanto, quão difícil é a introdução de normas de concorrência em um determinado sistema político, tendo em vista “el papel de los grupos de presión, de los políticos o de los burócratas en estas decisiones es crucial, porque, aunque se intente disfrazar de una discusión sobre el interés general, lo que siempre existe es una lucha, que se decide políticamente, entre intereses particulares y los intereses generales”.¹³⁵

Assim, as implicações da inserção de uma política de concorrência não estão restritas aos setores econômicos propriamente ditos, ela encontra desdobramentos políticos consideráveis, pois a situação dos monopólios ou da inexistência de concorrência cria privilégios e propicia imenso poder aos monopolistas, os quais utilizam todos os meios ancestralmente conhecidos – lobbies junto aos políticos ou dos membros das agências reguladoras, tráfico de influência, quando não a corrupção propriamente dita, para manter esta fonte de dinheiro fácil e de domínio econômico, adquirido sem maiores preocupações em bem gerir o seu negócio, muito menos se descurando em manter relações leais com os outros empresários ou em desrespeito às necessidades dos consumidores, que pedem sempre a binômia qualidade e preço compatível.

As gestões dos empresários junto aos políticos têm matizes que vão do financiamento de campanhas políticas e ajudas financeiras para os seus partidos – a forma mais primária de

¹³⁵

ORDÓÑEZ, Miguel A. Fernández. La Competencia. Alianza Editorial, Madrid: 2000, p. 18.

sedução que se conhece, embora possa adquirir contornos ainda mais sofisticados, quando *convencem* políticos honestos que a concessão ou manutenção de monopólios ou as restrições concorrenciais podem implicar em dividendos para o Estado, que permitirão a realização de suas atuações em prol dos cidadãos, sem a necessidade *insidiosa*, na ótica do cidadão, de criação de novos impostos.

Na esfera política, estes privilégios adquiridos sob a chancela da lei revestem-se em algo abominável, uma vez que ela deve criar obrigações e direitos iguais para todos e não favorecer uns poucos em detrimento da maioria da população.

A distorção gerada pela manipulação do poder público, que precipuamente tem o dever de velar pelo bem estar de seus cidadãos, pelo bom funcionamento das instituições e pela manutenção do Estado Democrático de Direito, é vista, quase à unanimidade pela comunidade internacional, como algo inaceitável, que clama pela supressão dos monopólios ou por uma regulação mais dura neste tocante.

Vemos, então, surgir formas mais sutis de contra-ataque por parte destes manipuladores operadores econômicos. Uma vez descartada a estratégia do silêncio, da ocultação das situações espúrias, do boicote à informação mediática, como forma de manter os privilégios ao abrigo do conhecimento público e de sua possível pressão para eliminá-los, permite-se o acesso das peculiaridades de seu conteúdo aos reguladores, que *capturados ou seduzidos*, em última palavra, não os utilizarão contra os seus interesses. E finalmente, na hipótese de todas as estratégias anteriores não terem sucesso, só lhes resta a tentativa maquiavélica de, a todo custo, tentarem convencer que as regulações a concorrência e as vantagens delas decorrentes não são excepcionais, nem desproporcionadas, inclusive sendo praticadas em outros países e que trazem em seu bojo vantagens para todos, não tendo nada de insidioso ou particular, mas traduzindo uma fonte de benefícios para toda a população.

Assim, a introdução de um capítulo ligado à concorrência em qualquer programa que vise organizar uma economia, permite gradações maiores ou menores, consoante a ideologia política dominante. Seria ingênuo descurarmos do ingrediente político que norteia a adoção de ações ligadas ao tema. À guisa de exemplo tomou-se o caso dos Estados Unidos da América para ilustrar a estreita relação entre concorrência e política, *verbis*:

“Para los norteamericanos, la competencia no es sólo un medio para conseguir que funcionen mejor los mercados sino que es un fin en sí misma. La sociedad americana está en contra de que alguien tenga demasiado poder y eso explica, por ejemplo, el auténtico equilibrio que hay en este país entre los tres poderes del Estado, así como toda la estructura federal y descentralizada de su sistema político. Esta misma filosofía de evitar la acumulación de poder en unos pocos, la aplican al poder económico. El objetivo es reducir el poder de algunos aumentando la competencia e impedir el monopolio no sólo por razones de que la economía así funcionará mejor sino por evitar una concentración de poder excesiva. Se

considera que el exceso de poder económico ataca una de las ideas fundamentales de la sociedad norteamericana, la de la igualdad de oportunidades”.¹³⁶

Existe, um consenso na doutrina especializada na caracterização da primeira reação popular moderna à concentração econômica, que culminou com a aprovação da Lei Sherman¹³⁷, nos Estados Unidos, em 1890, como sendo muito mais política que econômica. O enorme poder concentrado nas mãos dos *trusts* ferroviários ou petrolíferos permitia além de acordos abusivos de preços, o estabelecimento de falsos rumores sobre a insolvência de outros competidores e de uma rede de suborno e corrupção de parlamentares e de membros do poder judiciário, o que fragilizava as instituições democráticas, tão valoradas naquele país. Na esteira dessa iniciativa, citamos três *leading cases do período* decididos pela Suprema Corte, no sentido de estabelecer os paradigmas da proteção à saúde dos mercados: *United States vs. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927); *Appalachian Coals vs. United States*, 288 U.S. 344 (1933), 288 U.S. 344 e *Socony-Vacuum Oil Co. vs. United States*, 310 U.S. 150 (1940).

O Direito em Defesa da Concorrência produzido na Europa encontra as suas bases nas idéias do Direito *Antitrust* americano, no entanto a diferença reside na forma de aplicá-las. De forma geral, antes da Segunda Guerra Mundial, observa-se à presença de esparsa legislação no ordenamento jurídico das nações do Velho Mundo dedicada ao tema, mas só com o advento da Comunidade Econômica Européia – CEE, a materialização desse Direito se consolida.

Finalmente, as vantagens de um mercado regido pelas leis da concorrência podem ser repartidas entre os três atores em cena no palco de uma economia de mercado: para o **Estado**, reforço ao sistema democrático e aos benefícios encartados nas políticas públicas, para os **Empresários**, na medida em que tentam conquistar novos clientes, avançam na busca de qualidade de seus produtos, de sua embalagem e etiquetagem, das prestações de serviços, políticas de marketing empresarial, aperfeiçoamento de redes de distribuição ou ainda, desenvolvendo novos produtos mais atrativos e mais baratos ao consumidor e finalmente, os **Consumidores**, a rivalidade entre os empresários reveste em prol de uma democratização de acesso aos bens e serviços, “aumentan los salários reales, aumenta el empleo y permite aumentar gasto público social sin aumentar el déficit de las cuentas públicas”.¹³⁸

Por outro lado, apesar do reconhecimento das vantagens elencadas, a implantação dos cânones da concorrência é tarefa árdua, notadamente pela pluridimensionalidade inerente ao tratamento do tema, como visto linhas acima, bem como das controvérsias acerca do modelo de concorrência “ideal” – protagonizadas pelas Escolas de Chicago e Harvard - e do grau de

¹³⁶ Idem, pp. 20 e 21. Vide também Lluís Cases Pallares, *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Marcial Pons, Madrid: 1995, pp. 44 a 47.

¹³⁷ Lei aprovada pelo Senado americano que proibia acordos entre empresas que pudessem restringir o comércio, pela criação de monopólios e concentrações econômicas, conhecidas por *trusts*, daí a terminologia de Direito Antitrust, sendo esta a origem do Direito de Concorrência naquele país.

¹³⁸ ORDÓÑEZ, op. cit. p. 56.

intervenção dos Estados na organização dos mercados – maior ou menor atuação em defesa da concorrência.¹³⁹

1 A Defesa da Concorrência na União Europeia

As idéias acima esboçadas no tocante ao estabelecimento de regras de concorrência, com o fito de produzir uma economia de mercado, inspiradas na doutrina americana de combate aos *trusts*, serviram de escopo a arquitetura de normas *antitrust* em outros países e em particular, para os objetivos de nosso estudo, ao processo de integração europeia, obedecendo as razões de ordem geral relacionadas com a busca de eficiência e do bom funcionamento dos mercados, mas também atendendo à lógica própria de tal processo.

A dinâmica da construção de um mercado comum¹⁴⁰ interior, o qual a União Europeia é o exemplo mais original e exitoso, consiste na aglutinação de mercados nacionais dos Estados Membros em um único mercado interno, caracterizado pela eliminação dos entraves e óbices a livre circulação de mercadorias, bens, serviços, capitais e pessoas entre os Estados signatários.¹⁴¹

1.1 A Efetividade do Direito Comunitário da Concorrência

De nada valeriam todos os esforços empreendidos pelas autoridades comunitárias e dos Estados Membros no sentido de eliminar as barreiras governamentais, aduaneiras entre eles, se estas pudessem ser objeto de decisões arbitrárias por parte de algum sócio, visando à regulação do seu mercado interno, atentando contra os princípios basilares da própria União, ou se as empresas de distintos países, ao seu turno, pudessem substituir as restrições ao livre comércio, por acordos e cartéis de efeito equivalente, como por exemplo, decidindo sobre o repartido dos mercados nacionais.

É neste contexto que se coloca a necessidade de um Direito de Concorrência que contribua com a descentralização do poder econômico, por um lado e por outro, que discipline a articulação técnica do âmbito de aplicação das normas *antitrust*, objetivando a evitar uma regulação exógena do mercado.

Dessa forma, os Tratados constitutivos contemplam o tema da livre concorrência nos artigos 2 e 3 do Tratado das Comunidades Europeias – TCE, alinhando-o com o

¹³⁹ Atualmente se observa a tendência de conceber a regulação estatal em temas ligados à concorrência restritos a patamares mínimos, cingindo-se a assuntos de grande importância, deixando-se o mercado mais flexível para enfrentar o fluxo interno da oferta e da procura. Vide Miguel A. Fernández Ordóñez, *op. cit.* p. 114.

¹⁴⁰ Consoante o art. 26.2 do Tratado, o mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados.

¹⁴¹ Para maiores aprofundamentos vide Calvo Fernandez de la Gandara, *Derecho Mercantil Internacional*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1995, p. 274; Luis Antonio Velasco San Pedro, *La Defensa de la Competencia...*, p. 172 e 173.

“desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável ¹⁴² das atividades econômicas e na estabilidade dos preços”, como forma de proteção dos consumidores na letra do art. 12 (ex-no. 2 do artigo 153 TCE) dois dos objetivos fundamentais ínsitos na construção, desde o advento das Comunidades Européias até o desenho atual da União Européia.

A efetividade das normas antitrust é garantida pela Comissão, que é responsável pela sua aplicação, consoante o *munus* a ela reservado pelo Tratado no Artigo 103 (ex-artgo 86 TCE), para tanto, podendo dirigir aos Estados Membros diretivas-quadro ou regulamentos pertinentes (art. 103). Nesse campo, as responsabilidades são partilhadas com o Conselho. A Comissão é competente para a adoção dos instrumentos jurídicos necessários a boa aplicação dos Artigos 101 e 102 (ex-artigos 81 e 82). Competências estas detalhadas nos Regulamento 1/2003 que estabelece a execução das regras contidas nos arts. 101 e 102 do Tratado e 139/2004, esta última cuidando do Controle das Concentrações de Empresas.

Assim, A Comissão Europeia, em conjunto com as [autoridades da concorrência nacionais](#), pretende assegurar uma concorrência livre e leal na União Europeia. São atribuições da **Comissão** neste domínio: tomar medidas contra práticas comerciais que restringem a concorrência; examinar concentrações para averiguar se restringem a concorrência; apelar à concorrência nos sectores anteriormente controlados por monopólios estatais; controlar os apoios financeiros concedidos às empresas pelos Estados-Membros da União Européia; cooperar com outras autoridades da concorrência em todo o mundo.

A normativa comunitária sobre a concorrência, como não podia deixar de ser, passou a integrar o chamado “acervo comunitário” (*acquis communautaire*) e vem sendo ditada fundamentalmente pelo Conselho, que acorda a tarefa de seu controle e aplicação à Comissão, cujas decisões sofrem a apreciação jurisdicional do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, como acontece em todos os Estados de Direito. Assim, é que na letra do art. 3º, letra b do Tratado, compete a UE o “estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno”

Dessa forma, decorre a obrigatoriedade de absorção pelos ordenamentos jurídicos dos atuais Estados Membros¹⁴³, confirmada no art. 288 (ex-artigo 249), em virtude do qual os Regulamentos têm caráter geral e obrigatório e “são diretamente aplicáveis em todos os Estados-Membros”. Portando, cabendo a cada um dos Membros a adoção de todas as medidas de direito interno, necessárias a transposição dos atos juridicamente vinculantes da União (art. 291). No especial tocante do Direito de Concorrência, tal efeito vertical é expressamente

¹⁴² O Tratado de Amsterdã alargou o alcance desta primeira finalidade da EU, ao introduzir a idéia de desenvolvimento “sustentável” do mercado comum. Tal desenvolvimento se caracteriza pelo respeito ao meio ambiente, que é uma preocupação cada vez maior na sociedade européia atual, consoante se pode comprovar através da adoção de políticas que visam proteção da natureza, do cuidado com a qualidade do ar que se respira ou da água consumida. Por outro lado, a sustentabilidade também demanda ações da Comunidade no sentido de preservar estes recursos naturais de forma racional e dentro de uma previsão orçamentária coerente com esse fim, que abarque a geração atual, sem, contudo olvidar as gerações futuras.

¹⁴³ Sentença Costa contra E.N.E.L. Caso 6/64, sobre a obrigatoriedade de adoção das normas comunitárias.

reconhecido no Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no caso *Conorzio Industrie Fiammiferi*, sobre a supremacia das leis comunitárias sobre as leis nacionais na aplicação do artigo 101 (ex-artigo 81) do Tratado da União (Processo C- 198/01, 9 de setembro de 2003).

Nesse diapasão e à maneira de exemplo da conduta adotada por um Estado-Membro, é que O Tribunal Supremo da Espanha reconhece o efeito vertical direto das diretivas comunitárias, em respeito à evolução na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Européia, no sentido de ser possível a invocação deste efeito na concretização e aplicação das diretivas emanadas da União. Tal invocação pode ser feita por qualquer pessoa física ou jurídica, na hipótese da não transposição de uma diretiva, com esteio no artigo 288 do TCE, que prevê a obrigatoriedade aos Estados em respeitar o primado do Direito Comunitário, uma vez que a União só atuará no território dos Estados Membros na hipótese de descumprimento das decisões emanadas de seus Órgãos ou “en cuanto al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios”, em perfeita observância do Princípio da Subsidiariedade. *Verbis*:

“SINTESIS

La evolución de la Jurisprudencia del T.J de las CE ha venido a concretar y perfilar el efecto de las Directivas en áreas de una mejor protección de los derechos de los particulares o las personas jurídicas afectados por ella, dentro de la letra del artículo 189 del Tratado que instituye la CEE que prevé que las Directivas obligan a los Estados destinatarios “en cuanto al a la forma y los medios”.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (S. 19.01.82, Becker, 8/81, fundamento jurídico 19), sostiene así que “en todos los casos en que una directiva haya sido correctamente aplicada, sus efectos alcanzan los particulares a través de las medidas de aplicación adoptadas por el Estado miembro de donde se infiere la obligación para el Estado – que deriva del art. 189 citado – de cumplirla”. Sólo en el caso de que el Estado no cumpla esa obligación en el plazo previsto o que la transposición sea incorrecta surge la cuestión de la eficacia directa cuanto la precisión del texto así lo permita y en defensa de los derechos del interesado, en tanto no se efectúe la transposición (S. 04.12.74, Van Duyn, 41/74, fundamentos jurídicos 12 y 13 y S. 05.04.79, Ratti, 148/78, fundamento jurídico 24, S. 20.09.88, Moorman, 190/87, fundamentos jurídicos 22-24).”¹⁴⁴

Outro aspecto de particular relevância foi a edição do Regulamento 1/2003 do Conselho relativo à aplicação das normas sobre concorrência previstos nos arts. 101 e 102 do Tratado. Este instrumento, no seu art. 6, traz uma relevante inovação no sentido de reconhecer a competência concorrente das autoridades e tribunais nacionais em aplicar as regras de concorrência encartadas nos mencionados artigos de forma integral. Com a reforma, pretende-se incrementar a aplicação e a compatibilização das funções do juiz nacional com as reservadas aos juizes do Tribunal de Justiça da União Européia, em matéria concorrencial, ou seja, a substituição do critério de separação anteriormente adotado pelo da cooperação na aplicação do Direito Comunitário a um caso concreto. Na prática, é reservada ao primeiro a

¹⁴⁴ Sentença do Tribunal Supremo da Espanha, Referencia 94CA165, Normativa aplicável: Tratado de Roma, 25.03.1957, art. 189, datada de 07.03.94.

iniciativa de remissão e de decisão sobre a necessidade de envio ao Tribunal Comunitário, em caráter prejudicial, bem como das alegações das partes, envolvendo questões de interpretação do Direito Comunitário, ponderando da existência ou não da real necessidade deste envio, baseada na sua capacidade de resolver a controvérsia por seus próprios meios, uma vez que é igualmente competente para aplicar o Direito Comunitário, sem que com isto se esteja a ir de encontro ao monopólio jurisdicional do Tribunal, que está restrito a declaração de não validade dos atos praticados pelas instituições comunitárias (TJCE Sentença 22, outubro, 1987).

No entanto, em decorrência direta da aplicação do princípio do Primado do Direito Comunitário sobre o Direito Nacional decorre a obrigação de aplicação uniforme do Direito Comunitário de Concorrência, previsto no art. 16 do Regulamento 1/2003, que assim dispõe: “Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 101 ou 102 do Tratado que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, as autoridades e tribunais dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão.”

1.2. Os Instrumentos de Controle da Concorrência: Regras Comuns

1.2.1. Análise do Artigo 101 do Tratado da UE

O Direito Europeu da Concorrência não se limitou ao reconhecimento expresso da liberdade de concorrência no artigo 3.c, mas inseriu a sua proteção no bojo do Tratado, dedicando-lhe todo o Capítulo I do Título VIII na rubrica “Regras Comuns Relativas à Concorrência, à Fiscalidade e à Aproximação das Legislações”. O legislador levou em consideração dois tipos de regras, a saber: as primeiras dedicadas às empresas, constantes no artigo 101, vedando-lhes atitudes anticompetitivas (ex-artigo 81 TCE) através da celebração de acordos¹⁴⁵ que possam afetar as bases do mercado comum e que tenham por efeito “restringir ou falsear” a concorrência neste âmbito. As segundas encontram-se elencadas no Artigo 82 e fazem referência à vedação ao abuso de posição dominante no mercado.

A norma do Artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da UE se aplica diretamente aos agentes econômicos e em seu *caput* enuncia a vedação aos acordos e práticas concertadas, em termos gerais, taxando-as de proibidas e, portanto, nulos de pleno direito. Reservando aos itens “a” a “e” a enumeração de algumas possíveis práticas colusórias. Integrado a este comando, a letra “c” do artigo 103 (ex-artigo 83. o TCE) prevê pesadas multas e sanções de natureza pecuniária em caso de desrespeito, o que garante mais efetividade na proteção das regras de concorrência.

¹⁴⁵ O conceito de “acordo” pode incluir a noção de contrato, no entanto possui um conceito mais lato, no entendimento esposado pela Comissão no Caso Polipropileno (1986), que assim dispôs: “Para que una restricción constituya un “acuerdo” no es necesaria ninguna forma que vincule a las partes. Existe acuerdo si las partes alcanzan un consenso sobre un plan que limite o pueda limitar su libertad comercial al determinar las líneas de su mutua acción o abstención en el mercado. No se requieren sanciones contractuales o procedimientos de coacción. Tampoco es necesario que dicho acuerdo conste por escrito”. Citado por KORAH, in *Introducción al Derecho y Práctica de Competencia en la CEE*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 34.

A jurisprudência do TJCE considera todos os compromissos orais ou escritos como **acordos**, inclusive “os pactos entre cavalheiros”, na letra do artigo 101, item 2, sempre que implicarem as partes nos compromissos ali pactuados e tiverem por objeto qualquer restrição à concorrência (Caso Boeringer Mannheim contra Comissão, 1972 (Recurso do Cartel de Quinino), Caso 7/72- ECR 1281).

A chave para a valoração se um acordo possui “efeito de restringir a concorrência”, nos é dada pela dinâmica do próprio mercado. Segundo o entendimento do TJCE, a finalidade do Direito da Concorrência não se consubstancia em alcançar um nível de concorrência perfeita, senão velar pela prática de uma concorrência efetiva (*workable competition*).

No caso “La Technique Minière x Maschinenbau Ulm (1966), estabeleceu-se que um acordo só pode ser considerado anticompetitivo tendo-se em conta o seu contexto jurídico e econômico. Estas atuações de caráter restritivo podem ser no plano horizontal ou através da formação de cartéis¹⁴⁶ ou no plano vertical¹⁴⁷, menos daninhos que os primeiros e que podem explicar as exceções contidas no artigo 101, item 3 (TUE), em relação a determinados acordos verticais por categorias, como por exemplo os de distribuição exclusiva, as franquias, etc., *litteris*:

“(…) los efectos del acuerdo deben examinarse y, para poder aplicarle la prohibición es preciso establecer la presencia de esos factores que efectivamente muestran que se impidió o distorsionó de forma rotunda el juego de la competencia.

La competencia en cuestión debe ser entendida dentro del contexto actual en que ocurriría de no existir el acuerdo objeto de la controversia. En especial, debe ser puesto en duda que exista una interferencia con la competencia si dicho acuerdo parece realmente necesario para la penetración por una empresa en una nueva área (páginas 249-250).

Para poder decidir si un acuerdo de distribución exclusiva está prohibido por razón de su objeto o efecto, resulta oportuno tomar particularmente en consideración la naturaleza y la cantidad, limitada o no, de los productos abarcados por el acuerdo, la posición e importancia del productor y del concesionario en el mercado de los productos en que el acuerdo es objeto, la naturaleza aislada del acuerdo controvertido (o por el contrario su situación en un conjunto de acuerdos), la severidad de la cláusula dirigida a proteger la distribución exclusiva o bien, alternativamente las oportunidades de que disponen otros competidores para los mismos productos bajo la forma de reexportaciones o importaciones paralelas”

Finalmente, o Direito *Antitrust* ditado no Tratado só contempla os casos de farpeamento ocorridos no âmbito do mercado comum e que possuam o condão de afetar o comércio entre os Estados Membros. É o que a doutrina em Direito Comunitário chama de “afetação ao mercado comum”.

¹⁴⁶ Na hipótese das empresas implicadas serem competidoras entre si, atuando no mesmo patamar produtivo de bens e serviços o de distribuição, visando reduzir a sua produção por exemplo, acordo entre empresas produtoras de alimentos.

¹⁴⁷ Caso “Pronupia de Paris GmbH x Schillgallis”, no. 161/84, de 28.01.86. Para maior aprofundamento ao tema ver VELASCO, opus cit, p. 177 e KORAH, V. p. 136/137.

Um detalhe interessante ligado a este tema é o da competência extraterritorial exclusiva da Comissão para declarar nulo qualquer acordo celebrado ao arripio do acima preconizado, com esteio no multicitado artigo 102, mesmo em se tratando de empresas estrangeiras, não domiciliadas no espaço comunitário, mas que os seus acordos ou práticas tenham ou venha a afetar o jogo da concorrência no mercado comum. Na defesa de sua competência exclusiva para a política comercial, a Comissão Europeia tem de longa data condenado os participantes em cartéis estrangeiros que não tenham sido submetidos a sua aprovação¹⁴⁸. Esta é uma postura adotada no caso *Franco-Japanese Ballbearing Agreement* (1974), no qual a Comissão sublinha que a não aplicação do artigo, só poderia ser invocada na hipótese de limitações às exportações provenientes de chancela governamental japonesa e não advinda de acordo com os exportadores japoneses.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, interpretando o então art. 85 (atual 101) do Tratado de Roma, fixou entendimento, coincidente com a posição da Comissão, de acordo com o qual o fato de que um ou mais dos participantes de um cartel estejam sediados fora do território da comunidade não impede a aplicação das normas de concorrência comunitárias, se o efeito restritivo da concorrência produzir-se no território do mercado comum europeu.¹⁴⁹ Ao estender a jurisdição comunitária a empresas estrangeiras com base nas conseqüências de seus atos, independentemente de sua localização ou nacionalidade, essa decisão atribuiu ao direito da concorrência europeu um efeito extraterritorial semelhante ao que resultou nos Estados Unidos da sentença no caso *United States v. Aluminum Co. of America* (377 US 271 (1964)).¹⁵⁰

Mais recentemente, no acórdão dos casos “Pasta de madeira”, o Tribunal aplicou um teste de efeitos modificado para estender a jurisdição europeia a várias empresas estrangeiras, inclusive onze empresas norte-americanas, culpadas de colusão para aumentar os preços de pasta de madeira¹⁵¹. Vários acusados naquele caso não tinham subsidiárias ou filiais na União

¹⁴⁸ Veja-se, a título de exemplo, um comunicado da Comissão da UE a respeito de acordos comerciais com o Japão, em que ela reafirmou que o “fato de que algumas ou todas as empresas envolvidas tenham sua sede fora do Mercado Comum não impede a aplicação desse dispositivo (v.g., do Tratado de Roma), quando os efeitos dos acordos, decisões ou práticas concertadas se produzirem no território do Mercado Comum” (“Bekanntmachung betreffend die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft, auf die der Vertrag von Rom anwendbar ist”, *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*, n. C111, 21 de outubro de 1972, p. 13).

¹⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 25 de novembro de 1971, processo 22/71, *Béguelin Import Co. contre S.A.G.L. Import Export*, *Recueil de jurisprudence*, 1971, p. 949. Disponível em:

http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61971J0022&lg=FR>. Acesso em: 20 out. 2010: “[Pour être incompatible avec le marché commun et interdit aux termes de l’article 85, un accord doit être ‘susceptible d’affecter le commerce entre Etats membres’ et ‘avoir pour objet ou pour effet de porter atteinte au ‘jeu de la concurrence a l’intérieur du marché commun’ [...] [Le fait, par l’une des entreprises participant à l’accord, d’être située dans un pays tiers ne fait pas obstacle a l’application de cette disposition, dès lors que l’accord produit ses effets sur le territoire du marché commun” (Trata-se de jurisprudência pacífica (vide referências em Meng, *Vorbemerkung zu den Art. 85 bis 89, parágrafo 30, em von der Groeben/von Boeck/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3ª ed., Baden-Baden, 1983).

¹⁵⁰ Disponível em <http://supreme.justia.com/us/377/271/>. Acesso em 20 out. 2010.

¹⁵¹ Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 27 de setembro de 1988, *A. Ahlstrom Osakeyhtiö e outros contra Comissão das Comunidades Europeias*, processos apensos 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85, 125 A 129/85, *Coletânea da Jurisprudência*, 1988 p. 05193. Disponível em:

Européia, e invocaram a incompetência do Tribunal. O Tribunal entendeu que o direito europeu admitia jurisdição sobre empresas sediadas fora da União, uma vez que o elemento determinante era o lugar da “execução” do acordo.¹⁵²

Ainda que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tenha cuidadosamente evitado fazer referência aos “efeitos” da prática anticoncorrencial, na prática essa jurisprudência significou a adoção da “effects doctrine” para fixar os limites do exercício de sua jurisdição internacional.¹⁵³ No que diz respeito aos possíveis limites do exercício de jurisdição extraterritorial, não são muitas as manifestações pertinentes da União Europeia.

1.2.2. As Condutas Lesivas Tipificadas no Artigo 101 do TUE.

Á título exemplificativo das condutas proibidas, o Tratado da União Europeia as enumera de forma não fechada, a saber:

“Art. 101 (ex-art. 81) – 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”.

Analisaremos a seguir alguns elementos fundamentais para a proteção da concorrência constantes do *caput* do artigo em comento.

Como enuncia a regra, os seus destinatários são as empresas e as associações de empresas. O conceito de **empresa** vem sendo bastante alargado, como se depreende da evolução da jurisprudência comunitária, constatada na Sentença de 23/04/91 (Macroton

<[http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61985J0089&lg=PT)

[smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61985J0089&lg=PT](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=61985J0089&lg=PT)>. Acesso em: 20 out. 2010.

¹⁵² “[...] uma infração ao artigo 85º, como é o caso da celebração de um acordo que tenha por efeito restringir a concorrência no mercado comum, implica dois elementos de comportamento: a formação do acordo e a respectiva execução. 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. O que é determinante, por isso, é o lugar da execução do acordo” (Ibid., considerando n. 16).

¹⁵³ Fiebig, Andre. The Extraterritorial Application of the European Merger Control Regulation. Columbia Journal of European Law, v. 5, p. 70-100, p. 87-88, Fall 1998/Winter 1999.

GmbH), a “cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”.

Comentando esta sentença o Prof. Velasco San Pedro complementa que a noção inclui “también a las empresas públicas, incluidos los monopolios legales (véase el artículo 106 del TCE) y a sujetos o entidades que en sentido estricto no son empresarios mercantiles (ciertos organismos públicos, inventores, intérpretes musicales, etc.). Por otro lado, las empresas que forman parte de un mismo grupo de sociedades, se han considerado a estos efectos como una sola empresa (lo que implica que los acuerdos entre empresas del mismo grupo, se considera que no están afectados por la prohibición del artículo 101 del TUE”.¹⁵⁴

No tocante a caracterização das decisões emanadas de **associações de empresas**, formadas por empresários ou colégios profissionais, o órgão jurisdicional supremo da União vem acatando a tese de serem as recomendações endereçadas aos seus membros, equiparadas as “decisões”, mesmo que não tenham caráter obrigatório (Vereeniging Von Cementhandelaren x Comissão, Caso 8/72 (1972) ECR 977).

Tais “recomendações” também foram consideradas pela Comissão como “acordos” por aqueles membros que as adotam e as põem em prática (Groupement des Fabricants de Papiers Peints, Caso 73/74 (1975) ECR 141). Extraíndo-se, assim, a conclusão de que tanto a associação como os seus membros são passíveis de sofrerem sanções na hipótese de farpeamento do Artigo 101(ex-artigo 81).

1.2.3. Exceções Previstas no Artigo 101, item 3 do Tratado

A análise das disposições contidas neste item 3, nos assegura de que as condutas proibidas mencionadas anteriormente nas letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, podem ser matizadas pela superveniência de acordos “supostamente” benéficos, por sua vez de caráter positivo, quando contribuem na melhoria da produção ou distribuição de produtos ou que promovam o progresso técnico e econômico, bem como propiciem aos consumidores uma fruição equitativa dos benefícios resultantes, outras vezes de caráter negativo, que são os acordos que não imponham óbices desnecessários e que não ofereçam as empresas implicadas a possibilidade de eliminar a concorrência em respeito a uma parte substancial de seus produtos.

O Órgão encarregado da concessão de isenções é a Comissão, na forma prevista em seus Regulamentos e podem ser concedidas a título de *autorização individual*, que requer, em geral, a notificação do respectivo instrumento de acordo pelos interessados, garantindo assim a imunidade frente às multas aplicadas por descumprimento do artigo 101 do TUE, consoante o artigo 10 do Regulamento 1/2003.

Vale ressaltar que as decisões deste Órgão devem ser regamente motivadas, sob pena de serem revogadas pelo TJCE, como ocorreu no caso “Kali Und Salz AG/Kali Chimie (1975) x Comissão, Casos 19 e 20/74 (ECR 499).

1.2.4. A Proibição de Abuso de Posição Dominante.

Na União Européia, o controle de concentrações tem seu fundamento no Regulamento nº 139/2004 do Conselho, que atribui à Comissão Européia a autoridade específica e

¹⁵⁴

SAN PEDRO, Luis Antonio Velasco, La Defensa...p. 176.

exclusiva de examinar todas as concentrações com uma “dimensão comunitária”.¹⁵⁵ Uma concentração tem “dimensão comunitária”, quando “o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a cinco mil milhões de euros” e quando “o volume total de negócios realizado individualmente na comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros” a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do volume dos seus negócios em um único Estado-Membro.

A semelhança do Artigo 101, analisado acima, o Artigo 102 do tratado está endereçado às empresas. Ele veda a exploração abusiva de uma posição de domínio econômico, em parte ou na totalidade do mercado comunitário, sem que haja nenhuma isenção prevista, tratando-se, portanto, de uma proibição absoluta. A forma encontrada pela Comissão para coibir tal conduta é a aplicação de multas e restrições, a teor do Artigo 103, item 2, letra “a”.

A técnica de redação do Artigo 102 segue a mesma divisão do artigo precedente, sendo composto por um enunciado geral (*caput*) e a enumeração de atuações consideradas como abusivas (letras a, b, c, d).

É de suma importância detectar se um operador econômico ocupa uma posição dominante, para que se possa tratar do tema das *concentrações*, advindas de fusões e aquisições entre empresas. Faz-se imprescindível que se meçam as quotas de atuação no mercado objeto alvo da empresa ou *mercado relevante*.

Para a determinação da noção de mercado relevante devem-se observar as diversas categorizações possíveis para um mesmo produto, dentro de um mercado, desde um plano de inserção mais geral a outro mais específico, visando determinar-se em que faixa de mercado aquele produto mais se adequa e qual o seu grau de aceitabilidade entre os consumidores, baseando-se em critérios de similaridade ou possibilidade de substituição por outros produtos existentes no mercado. Esta tarefa é a que mais controvérsia traz às discussões acadêmicas entre economistas e advogados e na esfera judicial sobre concorrência.

Outro elemento para a caracterização da posição de domínio de uma empresa é a indicação do *mercado geográfico*, onde esta atua e da impossibilidade de produtos iguais ou similares poderem entrar com facilidade naquele nicho geográfico. Claro que neste caso estaríamos diante de uma posição de relevo neste mercado. Por outro lado, se analisarmos a posição desta mesma empresa em um contexto onde tais produtos possam ingressar sem barreiras protecionistas, quiçá a sua importância na preferência dos consumidores não seja a mesma e se nos deslocássemos para um mercado globalizado, aí a sua atuação cairia drasticamente, nos compelindo a concluir que o exemplo sugerido inicialmente tende a matizar-se, de acordo com as variantes do *mercado relevante*, fazendo que a mudança do *enfoque geográfico* faça com que a empresa perca fatias de poder no mercado.

Finalmente, o poder de mercado cinge-se a *posição de domínio horizontal* que uma empresa detém, caracterizado pelos elementos seguintes: a empresa deve ter uma quota de grande participação no mercado, onde a demanda seja não elástica e que neste mercado haja barreiras ao incremento da produção ou a entrada de novos competidores em curto prazo.

¹⁵⁵ Regulamento n. 139/2004 do Conselho, de 21 de 01 de 2004, relativo ao controle das operações de concentração de empresas (Jornal Oficial n. L24.4, de 21 de janeiro de 2004, p. 1), o qual alterou o Regulamento n. 1.310/97 do Conselho, de 30 de junho de 1997 (Jornal Oficial n. L180, de 9 de julho de 1997, p. 1) (vide versão consolidada disponível em: [http://www.concorrenca.pt/Download/Reg\(CE\)139-2004controlo_das_concentracoes_de_empresas.pdf](http://www.concorrenca.pt/Download/Reg(CE)139-2004controlo_das_concentracoes_de_empresas.pdf). Acesso em: 20 out. 2010.

A legislação atual, nos dois lados do Atlântico, em defesa da concorrência além de perseguir os acordos de preços e os abusos de posição dominante, se preocupa igualmente com os contornos que podem adquirir a compra de uma empresa por outra ou a fusão entre elas, passando a constituírem concentrações empresariais ou oligopólios. O cerne do combate não é a posição de domínio de uma empresa de *per si*, mas a forma em que esta afeta a organização do mercado. Assim, diminuindo-se o número de competidores ou variando-se o seu tamanho, pode dar ensejo a situações de perda de rivalidade entre os antigos competidores, exigindo por parte dos Estados uma vigilância constante e a adoção de medidas efetivas que impeçam a aquisição de posição de domínio, pela via das fusões ou aquisições, estas conhecidas por “controle de concentrações”.

As práticas abusivas são as seguintes, *litteris*:

“Artigo 102 – É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência.

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

1.2.5. Posição Dominante: Aporte da Comissão.

A Comissão da União Europeia ofereceu o balizamento para a conceituação de *dominação*, em um enfoque sobremaneira econômico, ao apreciar o Caso “Continental Can” (1972), a saber:

“3. Unas empresas se hallan en posición dominante cuando tienen una posibilidad de comportamientos independientes que les situó en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta sus competidores, compradores o proveedores; que tal cosa ocurre cuando, en razón de su parte de mercado, o de su parte de mercado en relación con la disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capitales, tienen la posibilidad de determinar los precios o controlar la producción o distribución de una parte significativa de los productos en cuestión; que tal posibilidad no debe provenir necesariamente de una dominación absoluta que permita a las empresas que la poseen eliminar toda voluntad de la parte de sus competidores, sino que basta con que sea lo que sea suficientemente fuerte en conjunto, como para asegurar a estas empresas una independencia global de comportamiento, aunque haya diferencias de intensidad en su influencia sobre los distintos mercados parciales.”¹⁵⁶

Igualmente, a Sentença acima citada reconheceu a Comissão o poder para controlar as aquisições de novas empresas por parte de empresas que já ocupavam posição de domínio, na hipótese destas transações implicarem na restrição substancial da concorrência. Outro resultado de capital importância para a proteção da concorrência no âmbito comunitário foi a proposta feita pela Comissão ao Conselho, visando a aprovação de um regulamento outorgando-lhe competência para o controle das concentrações empresariais, do tipo horizontal, vertical ou através de conglomerados, ensejando a dicção do Regulamento 139/2004, de 20/01/2004, o qual alterou os “Reglamentos 4064/89 e 1310/77”.

Faz-se mister apontar que a vedação expressa no Artigo 102 do Tratado, refere-se à exploração *abusiva de poder*, sem que se esteja a cogitar ou a condenar o monopólio de *per si* ou a obtenção de uma posição dominante no mercado¹⁵⁷. Tendo a carga pejorativa do termo *abusiva*, relação com “aquele tipo de conducta injusta que perjudica a los que comercian con la empresa dominante”.¹⁵⁸

2 Incidência das Normas sobre Ajudas Públicas

Estas normas visam fundamentalmente coibir a adoção por parte dos Estados Membros ou pelas empresas públicas de políticas de viés protecionista materializada em *ajudas* públicas a certas empresas nacionais, que provoquem falseamentos à concorrência, consoante o art. 107 (ex-artigo 87) do Tratado da União Européia.

Uma leitura apressada do comando ínsito no Tratado pode conduzir ao entendimento errôneo de que a norma não se aplica às ajudas que produzam seus efeitos no âmbito do Estado que as concedeu. No entanto, o intérprete deve observar que este tipo de conduta estatal pode ter desdobramentos sobre os intercâmbios comerciais entre os demais Estados Membros, na hipótese de serem concedidas em prol da produção interna, em detrimento da competitividade dos produtos estrangeiros análogos.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias na Sentença “Benedetti/Munari”, de 03 de fevereiro de 1977, ratificando o parecer da Comissão, estima que a alteração dos custos de produção da empresa beneficiária da ajuda, em respeito às outras empresas comunitárias, é suficiente para a afetação da concorrência e do comércio entre os Estados Membros.

Na mesma linha, na Sentença “Philip Morris”, de 17 de dezembro de 1988, o TJCE assinalou que quando uma ajuda financeira outorgada por um Estado reforça a posição dominante nas relações intercomunitárias, esta deve considerar-se na esfera de influência da ajuda. No caso em concreto, um projeto do governo holandês a empresa “Philip Morris” para concentrar a sua atividade de cigarros nos Países Baixos, implicava no fechamento de uma fábrica em Eindhoven. O Tribunal concluiu que a ajuda concedida havia reduzido o custo da reforma das instalações, portanto, havia proporcionado a empresa uma vantagem competitiva

¹⁵⁷ Vide KORAH, idem, p. 214.

¹⁵⁸ Vide SAN PEDRO, opus cit, p.180.

face aos outros fabricantes, os quais se desejassem empreender reformas em suas instalações deveriam empreendê-las por sua própria conta.¹⁵⁹

Finalmente o TJCE em sede da Sentença “France x Commission”, de 13 de julho de 1988, entendeu que uma ajuda afeta os intercâmbios e falseia a competência, se a empresa beneficiária se encontra em concorrência com os produtos de outros Estados Membros, ainda que não esteja efetuando ela mesma exportações e isso porque as oportunidades de exportação das empresas dos outros Estados Membros podem ver-se obviamente diminuídas.

Uma vez mais a Comissão tem a última palavra sobre a compatibilidade ou não da verbação de fundos estatais a empresas, notadamente se esta tem o condão de interferir negativamente na dinâmica do mercado comum.

2.1. Ajudas Compatíveis com o Mercado Comum

O Artigo 107, item 2 (ex-artigo 87) do TCE estabelece a extensão e o limite das ajudas considerados compatíveis com o mercado entre os Estados Membros. Como exemplo, citamos as ajudas de caráter social, sempre que sejam outorgadas sem discriminação aos consumidores finais, tomando-se por base a origem dos produtos (item a); as motivadas por razões de força maior, de catástrofes naturais, ou outros acontecimentos excepcionais (item b); as concedidas em atenção ao favorecimento de determinadas regiões da República Federal da Alemanha, afetadas negativamente pela sua divisão (item c). Ressalte-se que esta última provisão de discriminação positiva, poderá ser revista, cinco anos após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, pelo Conselho, sob proposta da Comissão.

Adicionalmente, encontramos no item 3, do citado art. 107 as ajudas passíveis de serem declaradas como compatíveis com o mercado interno, ou seja, aquelas destinadas a promover o desenvolvimento de regiões desfavorecidas ou que nas quais haja um nível expressivo de desemprego/subemprego (item a); as ajudas para o fomento de projetos de interesse comum europeu, notadamente ligadas a preservação do meio ambiente, políticas de criação de novos postos de trabalho e nos demais casos de grave perturbação na economia de um Estado Membro, que possam constituir uma ameaça comum (item b); as ajudas destinadas ao desenvolvimento de determinados setores, as quais estão limitadas temporalmente e se destinam a favorecer a longo prazo a viabilidade das atividades desenvolvidas, resolvendo problemas estruturais. Como exemplo a Comissão Europeia tem acatado a outorga de ajudas aos setores naval, têxtil, siderúrgico e cultural (visando o fortalecimento da produção cinematográfica europeia, línguas minoritárias, etc), bem como de conservação do patrimônio histórico (item d) e, finalmente, destinadas as outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

Assim, as referidas ajudas públicas adquirem a presunção conferida pelo Tratado de compatibilidade com a dinâmica do mercado comum, sobretudo pela sua finalidade, independentemente dos efeitos que as mesmas possam produzir.

¹⁵⁹ Esta Sentença teve inclusive o condão de permitir a dicção do Regulamento 1310/97 pelo Conselho, o qual revisou o Regulamento 4064/89, no âmbito do controle das concentrações.

No entanto, nem por isso as ajudas escapam do estrito controle da Comissão, uma vez que os Estados não as podem estabelecer ou modificá-las sem a prévia notificação deste Órgão e sem cumprir as formalidades descritas no Artigo 108 do TUE.

3 Do Papel Basilar da Comissão na Proteção e Efetivação do Direito De Concorrência na UE

Como já mencionado, a Comissão velará pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 101 e 102. A pedido de um Estado-Membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-Membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão instruirá os casos de presumível infracção a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infracção, proporá os meios adequados para se lhe por termo (art. 105).

Convém ressaltar que fica consagrado o direito de as empresas em causa, os membros dos órgãos de direção ou de fiscalização, os representantes reconhecidos dos trabalhadores das empresas implicadas e os terceiros interessados, de serem ouvidas pela Comissão logo que o processo tenha sido iniciado, na letra do item 37 do Regulamento 139/2004.

A fim de determinar com segurança da existência de concentrações, a Comissão poderá exigir todas as informações necessárias e realizar as inspecções necessárias em todo o território da Comunidade. Para o efeito, e para proteger eficazmente a concorrência, é necessário alargar os poderes de investigação da Comissão. A Comissão deverá nomeadamente, poder entrevistar qualquer pessoa susceptível de dispor de informações úteis e registar as suas declarações (item 38 do Regulamento).

No curso de uma inspecção, os agentes mandatados pela Comissão poderão solicitar todas as informações relevantes relacionadas com o objecto e a finalidade da inspecção. Em resguardo da ordem pública, estão inclusive autorizados a selar as instalações durante as inspecções, em particular em circunstâncias em que existam motivos razoáveis para suspeitar que uma concentração foi realizada sem ter sido notificada, que foram fornecidas à Comissão informações inexatas, incompletas ou deturpadas ou que as empresas ou pessoas em causa não cumpriram uma condição ou obrigação imposta por decisão da Comissão. Em qualquer dos casos, a selagem das instalações só deverá ser utilizada em circunstâncias excepcionais, durante o período de tempo estritamente necessário para a inspecção, que normalmente não deverá ultrapassar 48 horas (item 39 do Regulamento).

Se a infracção não tiver cessado, a Comissão declarará verificada essa infracção aos princípios, em decisão devidamente fundamentada. A Comissão pode publicar a sua decisão e autorizar os Estados-Membros a tomarem as medidas, nas quais fixará as condições e modalidades, necessárias para sanar a situação.

Os atos do Conselho, da Comissão ou do Tribunal de Justiça da União Européia que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados constituem título executivo.

A execução é regulada pelas normas de processo civil em vigor no Estado em cujo território deverá a ordem ser cumprida. A ordem de execução é aposta, sem outra formalidade além da verificação da autenticidade do título, pela autoridade nacional que o Governo de cada um dos Estados-Membros designará para o efeito (autoridade central), a qual dará conhecimento à Comissão e ao Tribunal de Justiça da União Europeia, após os trâmites para o seu cumprimento, consoante o art. 299 (ex-artigo 256 TCE).

Após o cumprimento destas formalidades a pedido do interessado, este pode promover a execução, recorrendo directamente ao órgão competente, em conformidade com a legislação nacional. A execução só pode ser suspensa por força de uma decisão do Tribunal. No entanto,

a fiscalização da regularidade das medidas de execução é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais.

Conclusão

Da tímida tentativa de cooperação inicial, evoluindo para uma integração europeia limitada aos setores do carvão e do aço, presenciamos a passagem ao Mercado Comum Europeu, a partir de 1958, impulsionado pela euforia dos mercados mundiais e em particular pelos bons resultados da economia europeia.

Este panorama consolida as trocas no seio da Comunidade, bem como os negócios internacionais, criando terreno propício a uma relação mais estreita entre os Estados Membros e angariando a confiança de novos parceiros. Devido, em parte, ao mercado único, a UE é vista como um baluarte da estabilidade e da prosperidade na Europa.

A construção da Comunidade foi fruto de uma visão política dos chamados “Pais fundadores”, imbuídos, sobretudo de propósitos garantidores da manutenção da paz, entre nações com atavismos bélicos ancestrais, responsáveis por sangrentos embates em todo o Velho Continente.

Em boa verdade, o cerne inicial das preocupações ligou-se a idéia de eficácia e solidez das instituições comunitárias, o que imprimiu um caráter bastante pragmático aos laços de solidariedade, a saber: a política de gestão do carvão e do aço, o estabelecimento do mercado comum e da política agrícola, os parâmetros da lealdade de concorrência. Daí a crítica advinda dos *eurocéticos* de ser a União eminentemente tecnocrática, por ter lançado mão da participação de peritos, de economistas e de funcionários. Mas foi exatamente o traçado impresso aos órgãos comunitários e a delimitação de suas atribuições e competências pelos Tratados institutivos, que representou o diferencial que tornou possível, ao longo do tempo, a apuração de violações aos Direitos Fundamentais, notadamente de índole econômica e social.

No momento atual, a maior parte das metas fixadas no texto dos Tratados já se encontra atingidas, tais como: a eliminação dos entraves aduaneiros, fiscais, jurídicos que obstacularizavam a circulação e a atividade laboral das pessoas, bem como a circulação de capitais e serviços. A criação da cidadania da União Europeia tornou factível aos nacionais dos Estados-Membros todos os direitos que a experiência de integração comunitária lhes vem proporcionando. Por exemplo, o alargamento de mercado permite ao consumidor o acesso a um vasto leque de empresas, o acesso a um gigantesco mercado para a oferta e comercialização de seus produtos e serviços, critérios de concorrência leal, que implicam no aumento da qualidade e limitam a especulação de preços, gerando mecanismos mais eficazes de proteção ao direito dos consumidores. O advento da harmonização das legislações imprime princípios mais eficazes, em setores como a proteção do meio ambiente. Já a proteção da concorrência contribui para a saúde do mercado comum europeu. Finalmente, observa-se no trilhar do ideal comunitário, um reforço das instituições jurídicas e democráticas, que permitem a efetivação não apenas dos ideais de um Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo do Estado Social de Direito, ao velar pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais em estreita observância aos princípios consagrados em especial na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, sujeitando a interpretação e aplicação do Direito de Concorrência da UE aos mencionados direitos e princípios.

18 Reforma da ONU sob o enfoque da reestruturação do Conselho de Segurança e a posição do Brasil: aspectos políticos, jurídicos e diplomáticos.

UN reforms under the light of the restructuration of the Security Council and the position of Brazil: political, legal and diplomatic aspects.

Viviane Rufino Pontes¹⁶⁰

Resumo

Este trabalho visa expor a evolução dos aspectos que compõem a toda a estrutura física, política e jurídica da Organização das Nações Unidas, bem como abordar temas relacionados ao seu desenvolvimento e reestruturação que se impõem na atualidade, tudo isto em virtude da real necessidade de encontrar caminhos sólidos e consistentes capazes de implantar tamanhas modificações.

Palavras-chave: Conselho de Segurança; Organização das Nações Unidas; reestruturação. ONU. Conselho de Segurança. Brasil.

Abstract

This paper aims to show the evolution of the aspects that compose the physical, political and legal structure of the United Nations, so as to deal related issues to its development and restructuration that are shown nowadays, inasmuch as to the real necessity to find solid and relevant ways that are able to install such huge transformations.

Keywords: Security Council; United Nations; restructuration.

Introdução

A sociedade internacional tem se modificado rapidamente e, por esta razão, tem intensificado sobremaneira uma real mudança de paradigmas constituídos e ratificados ao longo dos séculos.

Sob essa perspectiva, torna-se clara a necessidade de analisar os feitos ocorridos no século XX que vieram a originar a criação da Organização das Nações Unidas, bem como todo o desenrolar dos fatos que sucederam a sua atuação enquanto ente de Direito Internacional, uma vez que a organização em questão assumiu um papel de destaque no cenário internacional ao ocupar uma posição estratégica e deveras singular.

É inconteste afirmar que a ONU foi criada em um cenário muito peculiar, qual seja o período pós II Guerra Mundial. Naquele momento os ânimos ainda eram bastante acirrados, entretanto prevaleceu a urgência em formar uma organização de âmbito internacional capaz de proteger e promover a paz em todos os seus aspectos.

Ressalta-se que tudo isto deveria ser articulado de maneira estratégica e perfeita, no intuito de evitar outro fracasso semelhante à Liga das Nações, que antecedeu a estrutura da ONU, hoje conhecida por todos. Após longas negociações, pode-se dizer que assim foi feito, uma vez que, no momento de sua criação, o objetivo primordial era evitar um terceiro conflito de proporções globais.

Nesse sentido, deu-se forma aos organismos que compõem a ONU e, desde o princípio, seus “atores principais” trataram de articular mecanismos especiais capazes de fortalecer o Conselho de Segurança e para isso abandonaram a regra de decisão por unanimidade, que

¹⁶⁰ Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – Unifor. Membro do Núcleo de Estudos Internacionais - NEI da Universidade de Fortaleza. Aluna do curso de Pós-graduação em Direito Internacional da Universidade de Fortaleza.

havia prevalecido como mandamento determinante na estrutura da extinta Liga das Nações (MERCADANTE, 2005, p. 218).

Assim, em 1945, ao final da Conferência de São Francisco, contava então com 51 Estados fundadores sob a égide dos 5 países que se sagraram vencedores da II Guerra Mundial, quais sejam Estados Unidos, França, Inglaterra, Rússia e China, que passaram a comandar as ações desenvolvidas pelos organismos da ONU, em especial o Conselho de Segurança, onde detêm até hoje um poder real e consideravelmente maior em relação aos outros países.

Portanto, ao analisar a gênese da instituição, pode-se compreender o seu desenvolvimento, especialmente quanto ao período imediatamente posterior à sua criação: a Guerra Fria. Neste momento específico, a ONU quedou-se constrangida pela estrutura bipolar e por certo jogo de relações de força e influência que se instauraram em seu interior.

Em virtude do momento de tensão vivido à época da Guerra Fria, depreende-se que o poder decisório da ONU encontrou uma série de óbices, restando praticamente paralisado, posto que em seus dez primeiros anos de funcionamento, o centro de gravidade se concentrou no Conselho de Segurança, onde os membros permanentes utilizaram de maneira abusiva o direito de veto, como restará demonstrado nas páginas seguintes.

A ONU teve seus propósitos, princípios e toda a estrutura política formulados pelos aliados, ainda durante a vigência da II Guerra Mundial. Ao longo de mais de sessenta anos, a instituição vem cativando o imaginário político coletivo de forma única, sem precedentes, através de um histórico singular que inclui acertos, erros, certos entraves e salutares casos de omissão decisória, especialmente durante os anos em que perdurou a Guerra Fria (1945-1991).

Não se pode, porém, acreditar que depois deste longo intervalo de tempo, considerando a aceleração e o dinamismo com que se estabelecem as relações internacionais na atualidade, a sociedade internacional atravesse as mesmas crises e possua os mesmos problemas de sessenta anos atrás.

A ordem mundial se transformou e, em consequência disso, transformaram-se também os anseios políticos e jurídicos da sociedade internacional contemporânea. Por exemplo, hoje não há que se falar em bipolaridade, mas sim em ameaças de terrorismo, onde não há um lado, onde o inimigo não possui um rosto definido. As relações mudaram, o mundo é praticamente outro, mas a ONU continua a mesma.

Em meio a toda esta conjuntura de novas realidades encontramos o Brasil, que vive um excelente momento e se dispõe a galgar pretensões maiores no âmbito de sua política externa, entre elas a vaga de membro permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas. Muito se tem discutido sobre o tema, que ganha cada vez mais destaque na agenda internacional e terá os prós e contras confrontados posteriormente.

É impensável continuar com a estrutura que se tem hoje e a própria ONU reconhece isso. Entretanto, qualquer espécie de reforma será demasiado dispendiosa, como a história vem mostrando. É certo que o cenário político, econômico e jurídico em muito se distingue da época de criação da ONU, e eis o momento em que a instituição deve se adaptar a tais modificações, sob pena de restar obsoleta e não mais cumprir com o seu papel primordial de manter a paz e a segurança internacionais.

1 O Conselho de Segurança da ONU

A Organização das Nações Unidas apresenta uma estrutura complexa, delineada e exposta em seu documento principal – a Carta das Nações Unidas. É composta por seis órgãos

principais que desempenham atividades de administração, deliberação e decisão: Secretariado, Assembleia Geral, Conselho Econômico e Social, Conselho de Tutela, Corte Internacional de Justiça e Conselho de Segurança.

Dentre estes órgãos, o estudo será direcionado à análise do Conselho de Segurança, uma vez que, juntamente com a Corte Internacional de Justiça, representa a estrutura decisória que compõe as Nações Unidas. Dessa maneira, apenas esses dois órgãos têm o poder de adotar decisões juridicamente obrigatórias para os membros da ONU. Jorge Lasmar diferencia os dois órgãos ao expor o seguinte (2006, p. 69):

No entanto, duas importantes diferenças distanciam a atuação desses órgãos: se por um lado as decisões da Corte Internacional de Justiça são fundamentadas no direito internacional (art. 38 do Estatuto da CIJ) e suas decisões apenas se destinam às partes envolvidas no litígio (art. 59 do Estatuto da CIJ), por outro, o Conselho de Segurança toma suas decisões com base em considerações políticas e obrigatórias para todos os Estados-membros (art. 25 da Carta).

Ressalta-se que apesar de ser a estrutura decisória composta por dois órgãos, sabe-se que é no Conselho de Segurança que se concentram as decisões de maior repercussão e, por conseguinte, de maior importância para o âmbito internacional, razão pela qual torna-se consideravelmente mais complicado arquitetar uma reforma no interior de um órgão que agrega tamanha força política e normativa.

Passadas as considerações iniciais acerca do Conselho de Segurança e sua definição enquanto órgão preponderante na ordem institucional que impera na ONU, deve-se abordar cuidadosamente a questão das competências que lhe são atribuídas pela Carta das Nações Unidas, que em muito explicarão o fato de este ser considerado o órgão principal e que detém maior influência.

As competências do Conselho de Segurança se encontram espalhadas por todo o texto da Carta das Nações Unidas. São normas que variam de meros procedimentos à maior responsabilidade existente naquele documento, qual seja a preservação da paz e da segurança internacionais, cuja decisão muitas vezes, fica totalmente sob responsabilidade dos membros quem compõem o Conselho de Segurança.

Destaca-se que o órgão aqui analisado assim o faz, em virtude de representar o pilar do chamado sistema de segurança coletiva implantado pela ONU na tentativa de não cometer os mesmos erros da Liga das Nações e que, teoricamente, deveria explicitar a vontade da coletividade acerca de temas tão delicados e difíceis quanto aqueles discutidos no interior do Conselho.

Dessa forma, entre os princípios básicos expostos no art. 2 da Carta da ONU (2011, *online*), salienta-se dois itens em especial que dizem: todos os membros devem procurar solucionar suas controvérsias por meios pacíficos (item 3) e todos os membros devem evitar a ameaça ou o uso da força (item 4). Tudo isto com o intuito maior de manutenção da paz.

Há, entretanto, exceções a estas regras e também estão previstas no art. 51 do mesmo documento, em que se autoriza o uso da força em duas hipóteses: nos casos de legítima defesa e quando o Conselho de Segurança expressamente autorizar.

Nesse contexto, observamos uma espécie de legalização dos conflitos armados, onde podemos observar guerras tidas como “legais” e outras “ilegais”. Indubitavelmente deposita-se um poder decisório imensurável aos membros do Conselho de Segurança, que pode ser mais bem compreendido ao analisar a sua composição e o seu processo decisório.

A composição do Conselho de Segurança é apresentada pelo art. 23 da Carta da ONU. São quinze membros, sendo cinco permanentes e dez rotativos, que cumprem mandato de dois

anos, não podendo ser reconduzidos no período imediatamente posterior. Assim expõe o artigo supracitado:

1. O Conselho de Segurança será composto de quinze Membros das Nações Unidas. A República da China, a França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do norte e os Estados Unidos da América serão membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembleia Geral elegerá dez outros Membros das Nações Unidas para Membros não permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos Membros das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos da Organização e também a distribuição geográfica equitativa.
2. Os membros não permanentes do Conselho de Segurança serão eleitos por um período de dois anos. Na primeira eleição dos Membros não permanentes do Conselho de Segurança, que se celebre depois de haver-se aumentado de onze para quinze o número de membros do Conselho de Segurança, dois dos quatro membros novos serão eleitos por um período de um ano. Nenhum membro que termine seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato.
3. Cada membro do Conselho de Segurança terá um representante (2011, *online*).

Em relação ao texto normativo acima descrito vale mencionar a questão de que, entre os membros não permanentes do Conselho, deve haver uma distribuição geográfica “equitativa”, razão pela qual há um acordo tácito vigorando naquele órgão no sentido de destinar três vagas para a África, duas vagas para a Ásia, uma vaga para a Europa Oriental, duas vagas para a América Latina e duas vagas para a Europa Ocidental e outras regiões.

O que distingue sobremaneira a atuação do Conselho de Segurança não é a sua composição – embora a ideia de membros permanentes seja constantemente questionada, mas sim a forma como se dão os processos decisórios que devem passar pela análise daquele órgão. O art. 27 da Carta da ONU expõe que há duas espécies de votação diferenciadas dentro do Conselho, caso se trate de questões processuais ou questões não processuais.

Quanto às questões processuais que segundo Manuel de Almeida Ribeiro (*apud* LASMAR, 2006, p. 78) correspondem a “aprovação de regimento interno, criação de órgão subsidiário, convite de um Estado a participar de debate e inscrição de um item na agenda do dia”, a votação destas remonta a simplicidade, sendo necessário apenas o voto afirmativo de nove dos quinze membros do Conselho, sem qualquer restrição. Trata-se, porém, de um pequeno rol composto apenas pelos casos citados acima.

Já no caso das questões não processuais, que correspondem a todos os demais assuntos de responsabilidade do Conselho, o processo de votação se mostra bem mais complexo e repleto de *nuances* distintas de tudo o que se observa nos demais órgãos que compõem as Nações Unidas. Neste caso o art. 27 da Carta informa que a votação deve conter nove votos afirmativos e dentro destes devem estar incluídos votos afirmativos de todos os cinco membros permanentes: eis que surge o direito de veto.

Ainda quanto à votação de questões não processuais pelo Conselho de Segurança, ressalta-se que o veto é expresso no sentido de um membro permanente votar contra determinada medida, pois há a hipótese de abstenção, que não configura o mesmo efeito que o veto, hipótese esta inclusive obrigatória em determinadas circunstâncias.

Observa-se, portanto, que através da prerrogativa do veto os Estados permanentes exercem um poder maior em relação aos outros, uma vez que todas as decisões realmente importantes devem ter a sua expressa aprovação, caso contrário não serão aprovadas. Isto fere de morte um dos princípios básicos expostos no art. 2 da Carta das Nações Unidas que expõe a igualdade entre todos os membros da Organização.

Há quem considere o direito de veto como abuso de poder, há quem o considere o sustentáculo do poderio inerente ao Conselho. Interpretações a parte, cabe considerar as palavras de Odete Maria de Oliveira (*apud* MERCADANTE, 2005, p. 220):

Necessário sempre se fazia o comando sobre os comandados em tempos de guerra e agora em tempos de paz. Necessário seria, portanto, distinguir as potências vencedoras na qualidade de membros permanentes. E muito mais do que essa restritíssima individualização de permanência – *status quo* – ainda necessário adotar a *trama da unidade de decisão* dos membros permanentes desse Conselho de Segurança, a qual foi então denominada direito de veto como poder de decisão.

Diante do exposto, resta clara a intenção de retratar o momento histórico vivido no pós guerra e, em conseqüência, preservar a força daqueles países reconhecidamente mais fortes: o direito ao veto representa o reconhecimento de um realismo exacerbado, que pouco se preocupa com o direito internacional voltado para a busca da paz e da justiça.

Dessa forma, chega-se à conclusão que o Conselho de Segurança não foi criado de acordo com os propósitos concretos de manutenção da "paz e da segurança internacionais", expostos na Carta da ONU e que, teoricamente, deveriam ser perseguidos em todos os âmbitos da organização, mas sim de preservação de um determinado *status quo*.

Além disso, o próprio conceito de paz não se retrata como algo pronto e acabado, ao contrário, depende de uma série de fatores políticos atrelados, incluindo interesses hegemônicos à luz da ordem mundial que se estabelece de tempos em tempos, mas que está em constante modificação (CASTRO, 2011, *online*).

Ora, é certo que há inúmeras críticas a respeito de todos os aspectos que englobam o Conselho de Segurança, em especial quanto à sua composição e quanto ao processo de votação, mas também é inegável que este órgão tem desempenhado certa função de equilíbrio no sistema internacional, razão pela qual não deve ser abandonado ou desprezado, mas sim repensado (LASMAR, 2006, p. 74).

2 A possível reforma estrutural do Conselho de Segurança e a previsão na carta da ONU

O Conselho de Segurança teve, ao longo da história da ONU e do processo de desenvolvimento de suas atividades, algumas transformações implícitas e inerentes a cada realidade experimentada pelo órgão, uma clara tentativa de se adaptar às constantes mudanças da sociedade internacional. Isto foi importante em determinado momento, mas hoje se comprova insuficiente, uma vez que os anseios dos países membros se encontram em patamares distintos.

Basta analisar as primeiras décadas de trabalho do Conselho de Segurança, que viu suas atividades quedarem praticamente paralisadas, em virtude do jogo de poder entre a então União Soviética e os Estados Unidos da América, que ocorreu durante o período da Guerra Fria. Assim, destaca-se que entre 1946 e 1990 o direito de veto foi usado 279 vezes pelos cinco membros permanentes, dentre as quais 124 vezes pela União Soviética e 82 pelos Estados Unidos da América (SATO, *apud* MERCADANTE, 2005, p.221).

Dessa forma, o Conselho de Segurança era um órgão que havia caído no descrédito ante a sociedade internacional e, apenas com o fim da Guerra Fria, foi redescoberto enquanto instância efetiva para lidar com crises internacionais. E isto só ocorreu porque a maneira de exercer as suas funções típicas sofreu modificações significativas.

Tais mudanças de comportamento, especialmente quanto ao uso do veto, implicaram diretamente na produtividade do órgão, pois de 1980 a 1989 o número de resoluções adotadas foi de 184, enquanto de 1990 a 1999 este número deu um salto, alcançado a marca de 637 resoluções adotadas, o que revelou incríveis avanços em função da desburocratização

(VIEGAS *apud* FUNAG Ministério das Relações Exteriores, 2008, p 18).

Esta análise remonta apenas o aspecto quantitativo de produtividade, mas já é capaz de demonstrar a necessidade de mudança na estrutura interna e do trâmite jurídico das decisões do Conselho de Segurança, bem como de comprovar os alcances extremamente positivos a esse respeito.

Nesse sentido ainda cabe salientar que, devido ao aumento de credibilidade conquistado pelo Conselho de Segurança, este passou a funcionar como principal órgão decisório da ONU, especialmente depois da mudança de paradigma acerca dos temas de paz e segurança internacionais, a exemplo da inserção das ameaças terroristas no cotidiano da sociedade internacional.

Pode-se dizer que houve uma ampliação interpretativa acerca dos temas que deveriam passar pelo crivo do Conselho, o que aumentou sobremaneira o seu poder decisório nas últimas décadas, que também facilitou a proliferação de itens temáticos menos específicos e, por conseguinte, mais abrangentes. Este é outro exemplo de que, indubitavelmente, há modificações constantes na realidade deste órgão.

Apesar disso, ainda é difícil imaginar uma mudança na conjuntura dos membros permanentes. Entretanto, esta mudança não pode ser encarada como algo impossível de se alcançar. Deve haver esperança nesse sentido, uma vez que há precedentes, ainda que tímidos, de mudança na ordem estrutural: tal fato ocorreu em 1963, quando o número de membros não permanentes foi aumentado de 6 para 10, fazendo com que o total de países se consolidasse nos 15 membros, como atualmente se conhecesse.

Ocorre que o ano de 2005 foi marcado pela reunião de cúpula dos Chefes de Estado. Tal encontro tinha como intuito primordial exatamente repensar e traçar metas para modificar a ordem estrutural da ONU, bem do Conselho de Segurança. Muito foi dito, inclusive pelos representantes do Brasil, mas nada se concretizou, apenas restou certa a necessidade de fazer reformas.

E por que será tão dispendiosa uma reforma da atual conjuntura do Conselho de Segurança? Ora, pelo simples e crucial fato de que esta decisão deve ser aprovada expressamente pelos cinco membros permanentes do próprio Conselho, que detêm o poder de veto sobre esta decisão. É exatamente o que expõe o art. 109, item 2 da Carta das Nações Unidas, ou seja, há todo um aparato jurídico capaz de proteger o atual modelo.

E, como bem se compreende, ainda mais importante do que uma série de normas de direito internacional, há um emaranhado de valores históricos e todas as demais forças políticas reunidas no interesse comum de não acabar com um privilégio que representa a mais elevada espécie de poderio em relação aos demais Estados da atualidade: esta mudança representaria o reconhecimento de uma nova ordem mundial.

3 A posição do Brasil no cenário internacional e a vaga de membro permanente do Conselho de Segurança

O Brasil vive o apogeu de sua existência, especialmente no âmbito internacional. Encontra-se em um momento invejável, em que os olhos do mundo estão voltados para este país, que experimenta franca expansão econômica e surge como uma nova força e aspirante potência em meio a Estados já bem estabelecidos e confortáveis nesta posição internacionalmente disputada.

Os últimos anos revelam o momento ideal para investir em uma posição de destaque no cenário internacional, e o melhor modo de fazê-lo é, de fato, pleitear uma vaga permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas, órgão decisório máximo de todas as questões

relevantes do planeta e local onde o Brasil estaria a representar a sua condição de representante maior de uma região de tamanha relevância que vem sendo deixada a margem da tomada de decisões.

O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, enquanto ainda ocupava tal cargo, chegou a expressar o grande desejo de ver o país assumir a posição de membro permanente – através de justificativas concretas acerca da importância em âmbito regional assumida pelo país – durante entrevista concedida em 29 de abril de 2005. Assim dizia o então presidente:

O Brasil já era para estar [no Conselho de Segurança da ONU] desde 1945, quando foi criada a ONU. O Brasil não entrou, o Brasil defende a democratização das Nações Unidas, defende, sobretudo, a democratização do Conselho de Segurança, defende a participação de representações por continente, pela África, que pode ter dois, pela América do Sul, pela Ásia, e o Brasil reivindica para si essa vaga, por ser o maior país da América do Sul e da América Latina, por ser um país de maior número de habitantes, o país de maior extensão territorial, então nós temos o direito de reivindicar. Estamos reivindicando (BRASIL. Ministério das Relações Exteriores, 2007, p. 196).

Esta pretensão brasileira remonta o início da década de 1990, quando o país formalmente passou a pleitear pela reforma do Conselho de Segurança e assumir para si a responsabilidade de representante latino-americano. Entre as divergências que se observaram entre um governo e outro, a posição da bancada brasileira permaneceu praticamente uniforme até a atualidade: todos concordam que há necessidade de mudança.

Ressalta-se, por oportuno, que o Brasil ainda encontra sérios obstáculos rumo à tão almejada vaga de membro permanente do Conselho de Segurança, uma vez que há uma série de países vistos em geral como mais bem qualificados para assumir as responsabilidades inerentes a tal cargo.

Nesse sentido, tem-se como exemplo Japão e Alemanha. Estes países há uma década vêm sendo o segundo e o terceiro maiores contribuidores para o orçamento regular da ONU e preservam uma plataforma político-diplomática à vaga permanente do Conselho de Segurança bem mais coesa e alinhada com os Estados Unidos da América. É inegável, portanto, que tais nações encontram maiores chances que o Brasil e, assim poderia dizer-se, estão um passo à frente neste caminho.

Dessa forma, o governo norte-americano não opõe, a princípio, restrições à incorporação destes países, uma vez que eles representam democracias consolidadas, economias robustas, culturas representativas e potências bélicas sem arroubamentos significativos (ARRAES, *apud* ALTEMANI, 2006, p. 27).

Há, ainda, outro entrave considerável, qual seja o ideal sob o qual a política externa do país se desenvolveu. Ora, a diplomacia e a política externa brasileiras estão calcadas na herança jurídica e principiológica do pacifismo, altamente ligado ao Barão do Rio Branco, chanceler brasileiro entre 1902-1912. Este é um sólido legado patrimonial do Brasil no cenário internacional e resta óbvio que tal herança pouco se harmoniza com o realismo belicista dos 5 países que ocupam vagas permanentes no Conselho de Segurança, especialmente dos Estados Unidos da América.

Assim, analisando os prós e contras referentes ao cenário internacional no qual está inserido, o Brasil ainda deve lutar contra a falta de consenso existente na sociedade internacional em relação a este tema, uma vez que o art. 108 da Carta da ONU prevê que, para eventual alteração da estrutura do Conselho de Segurança, seriam necessários os votos favoráveis de 126 Estados-membros mais a expressa concordância de todos os membros permanentes daquele órgão.

E é exatamente quanto aos membros permanentes que reside a maior dificuldade, uma vez que as questões políticas desenvolvidas por cada um deles somam em muito o agrado ou desagrado da candidatura, uma vez que o Brasil pode representar um aliado ou uma ameaça.

Joseph NYE (*apud* ALTEMANI, 2006, p. 29) bem explicita tal controvérsia política e jurídica acerca da candidatura dos países a membro permanente do Conselho de Segurança ao dizer que “é preciso reformar a ONU e o Conselho de Segurança. No entanto, não será fácil chegar aos nomes, pois, para cada candidato, há ao menos um detrator de sua candidatura.”

Obviamente, há entraves das mais variadas espécies acerca de quem deverá ocupar um assento permanente na exclusiva estrutura do Conselho de Segurança, mas é inegável que o Brasil reúne condições suficientes para encarar esta disputa. Fala-se aqui do país que mais vezes ocupou uma vaga como membro não permanente dentro do Conselho de Segurança e cujas posições no cenário internacional prezam sempre pela multilateralidade e busca pela paz e segurança internacionais: o Brasil segue no rumo certo e assim deve continuar.

Conclusão

Diante de todo o exposto nas linhas anteriores, conclui-se primeiramente que há uma real necessidade de mudança na estrutura atual do Conselho de Segurança, que a muito não reflete os dias de hoje nem os problemas enfrentados na atualidade.

Ao longo dos mais de 60 anos de existência da Organização das Nações Unidas, várias mudanças foram experimentadas e, acima de tudo, assim ocorreram em razão da necessidade. Uma organização internacional do porte da ONU, que preza pelo caráter da universalidade, deve refletir primordialmente os anseios do tempo no qual está inserida.

De fato, as Nações Unidas muito mudaram desde a sua criação. Isto é facilmente observado através do crescente número de estados membros, número este que em pouco mais de meio século aumentou aproximadamente quatro vezes. Assim, se não se pode conceber que o seu órgão de cúpula, responsável pelas mais importantes decisões em âmbito mundial, não acompanhe este extraordinário crescimento.

Não se pode imaginar que o mais importante órgão da ONU continue a desrespeitar o princípio básico das Nações Unidas, sob pena de ver a sua legitimidade desacreditada. Para preservar a universalidade tão proclamada pela ONU, deve-se repensar a estrutura do Conselho de Segurança, no intuito de ampliar seus membros permanentes e dessa forma, dar representatividade a todas as regiões do planeta.

Ora, esta certeza é latente e já se configura como objeto da agenda internacional da ONU e permeia acaloradas discussões no cenário internacional e é diante destes fatos que o Brasil cresce enquanto forte candidato a ocupar uma das possíveis novas vagas de membro permanente do Conselho de Segurança.

O Brasil, através de fortes incentivos governamentais e de uma grande estratégia política e diplomática, tem se estruturado no sentido de perseguir este objetivo e alcançar uma vaga como representante maior de uma região bastante significativa em âmbito mundial, mas que apenas ultimamente parece ter algum valor para a sociedade internacional. O crescimento da América Latina requer vez e voz a esses países, que poderão ver no Brasil um representante mais próximo.

Entretanto, deve-se destacar finalmente alguns pontos relevantes e que muitas vezes deixam de ser abordados em prol do ideal nacionalista e até mesmo de grandeza que permeia a candidatura do Brasil a membro permanente do Conselho de Segurança

Muito se fala na importância política, no ganho de influência e no poderio que se adquiriria com o advento da permanência no Conselho, mas pouco se fala e pouco se analisa as questões que viriam como consequência de tal escolha e, muitas delas não são nada agradáveis.

Para permanecer no Conselho de Segurança, haveria necessidade de dispor de mais recursos para a manutenção da Organização das Nações Unidas, necessariamente haveria mais gastos com militarização, proteção de fronteiras e envio de tropas para eventuais conflitos. E não há apenas a questão financeira, pois isto implicaria uma reestruturação de toda a política externa brasileira.

Eventualmente, devido a conjunturas formadas por determinado momento de maior ou menor tensão, o Brasil poderia se vir obrigado a tomar uma decisão contrária a toda política pacifista que permeia as relações internacionais brasileiras desde os tempos de Barão do Rio Branco. As consequências de um ato desta magnitude, a depender dos países envolvidos, poderiam ser catastróficas para o Brasil, que poderia ficar visado como inimigo, o que não ocorre com a atual política internacional proposta pelo país.

Assim, voltando à análise da questão sob o aspecto global, pode-se pensar que uma mera reforma de composição não seja capaz de democratizar e legitimar o órgão que tem a principal função de manter o “*status quo*” da ordem mundial.

O Brasil, evidentemente, deve avaliar criteriosamente os custos políticos, militares e sociais de, um dia, ser membro permanente do Conselho de Segurança da ONU. Há, portanto, um longo caminho a ser percorrido a médio e longo prazo.

Conclui-se finalmente que existe a necessidade de reforma do Conselho de Segurança e que o Brasil segue enquanto forte candidato, mas ressalta-se a necessidade de haver maior discussão acerca do tema e que sejam mais bem analisadas todas as consequências e os custos advindos desta escolha que, certamente, modificará a realidade de um país em franco crescimento como é o Brasil. Resta trabalhar para garantir que tais modificações sejam as mais proveitosas possíveis.

Referências

ALTEMANI, Henrique; LESSA, Antônio Carlos. **Relações Internacionais do Brasil: temas e agendas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Secretaria de Planejamento Diplomático. **Repertório de política externa: posições do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

CASTRO, Thales Cavalcanti. **A ONU, o Conselho de Segurança e o Brasil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6538/a-onu-o-conselho-de-seguranca-e-o-brasil>>. Acesso em 31 mai. 2011.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. **O Brasil nas Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. **O Brasil e as Operações de Manutenção de Paz das Nações Unidas**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1999.

FUNAG, Ministério das Relações Exteriores. **O Brasil e a ONU**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

LASMAR, Jorge Mascarenhas; CASARÕES, Guilherme Stolle Paixão e. **A Organização das Nações Unidas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de. **Reflexões sobre os 60 anos da ONU**. Ijuí: Unijuí, 2005.

ONU BRASIL. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em 31 mai. 2011.
