



UnICEUB
ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

VOLUME 11 • N. 1 • 2014
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
PRIVATE INTERNACIONAL LAW

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL

BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Revista de Direito Internacional Brazilian Journal of International Law	Brasília	v. 11	n. 1	p. 1-263	jan-jun	2014
--	----------	-------	------	----------	---------	------

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRASILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito
Centro Universitário de Brasília

Reitor
Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB
Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD
João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor
Marcelo Dias Varella

Linha editorial

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

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

Comitê editorial

Alice Rocha da Silva, Centro Universitário de Brasília
Cláudia Lima Marques, Universidade Federal do Rio Grande do Sul
José Augusto Fontoura Costa, Universidade de São Paulo
Julia Motte Baumvol, Université de Nice
Nádia de Araújo, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Nitish Monebhurrin, Centro Universitário de Brasília

Layout capa
Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Disponível em:
www.rdi.uniceub.br

Circulação
Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte. Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, volume 11, número 1 - . Brasília : UniCEUB, 2011- .

Semestral.

ISSN 2237-1036

Disponível também on-line: <http://www.rdi.uniceub.br/>Continuação de: Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização. Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB.

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

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Endereço para Permuta

Biblioteca Reitor João Herculino

SEPN 707/907 Campus do UniCEUB

Cep 70790-075 Brasília-DF

Fone: 61 3966-1349

e-mail: biblioteca@uniceub.br

SUMÁRIO

CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL.....	2
1 O caso da República da Ilha Maurício c. Reino Unido perante a Corte Permanente de Arbitragem, 2014..2 Nitish Monebhurrin	
1.1 Da apresentação do caso	2
1.2 Das implicações do caso	3
2 A crise de governabilidade no Estado venezuelano	3
Alice Rocha da Silva	
3 Comunidades europeias: medidas proibindo a importação e a comercialização de produtos derivados da foca (CE – Produtos de foca), WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R, 22 de maio de 2014.....	5
Julia Motte-Baumvol	
4 Crônica sobre as eleições da Síria	8
Rafael Freitas de Oliveira	
5 The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	8
Roberta Greco	
CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	11
Nitish Monebhurrin	
Tema 1: A identificação dos investimentos internacionais no Direito Internacional dos Investimentos.....	11
1 Introdução	11
2 As razões dos debates sobre a identificação dos investimentos	12
3 As técnicas para identificar um investimento internacional	13
Tema 2: O uso da cláusula da nação mais favorecida no direito internacional dos investimentos: de uma proteção substancial a uma proteção processual.....	15
1 Introdução	15
2 A proteção substancial da CNMF no direito internacional dos investimentos	16
3 O uso processual da CNMF no direito internacional dos investimentos.....	17
ARTIGOS	
RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS: ANÁLISE DO PROJETO EM ANDAMEN- TO NA CONFERÊNCIA DA HAIA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	20
Nadia de Araujo Fabrício Bertini Pasquot Polido	
1 Introdução	21
2 Sobre a relevância do Projeto de Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras (“Judgments Project” ou “Projeto”).....	23
2.1 1ª fase: da proposta do Projeto à Conferência Diplomática de 2001	23
2.2 2ª. Fase: o resultado das negociações pós-2002 a Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro (CHEF).....	28
2.3 3ª. Fase: a retomada do Projeto de Sentenças na agenda da Reunião do Conselho de Assuntos Gerais em 2010	30

3 A agenda de negociações na Conferência da Haia e a metodologia de trabalho do GSE	32
4 O Grupo de Sentenças Estrangeiras (GSE) da ASADIP e conclusões formuladas para a Reunião do Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia	33
5 Conclusões.....	39
Referências.....	40

OS CASAMENTOS E AS PARCERIAS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO: ASPECTOS TRANSNACIONAIS DAS FAMÍLIAS CONTEMPORÂNEAS..... 44

Bruno Rodrigues de Almeida

1 Introdução: breves comentários sobre as recentes mudanças no direito de família brasileiro.....	45
2 O direito internacional privado, a mobilidade e a dignidade	46
3 Lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio ou celebrar a parceria.....	47
4 Considerações sobre o critério de escolha da lei reguladora da validade do vínculo.....	48
5 Lei aplicável aos efeitos jurídicos da ordem pessoal	50
6 Lei aplicável aos efeitos da ordem patrimonial.....	50
7 Conclusões: o descompasso entre o direito de família e o direito internacional privado brasileiros	51
Referências	52

PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO CONSUMIDOR: NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO 54

Héctor Valverde Santana

1 Introdução	55
2 Mensagem de John F. Kennedy sobre proteção do consumidor	55
3 ONU e proteção do consumidor.....	56
4 Mercosul e proteção do consumidor.....	59
5 União Européia e proteção do consumidor.....	60
6 Entidades privadas e proteção internacional do consumidor	61
7 Conclusão	62
Referências.....	63

A CONSTRUÇÃO DE PADRÕES INTERNACIONAIS POR AGENTES PRIVADOS E A MODIFICAÇÃO DE LEGISLAÇÃO NACIONAL: ALTERAÇÃO DO PADRÃO DE CONTABILIDADE PARA EMPRESÁRIOS NO BRASIL..... 66

Cleíse Nascimento Martins Costa

1 Introdução	67
2 Contexto de expansão do direito internacional e os padrões nacionais de contabilidade.	67
3 Micro e pequenas empresas: tratamento diferenciado.....	71
3.1 Escrituração contábil simplificada - NBC T 19.13.....	71
3.2 Padrões contábeis e convergência com os padrões internacionais: NBC TG 1000	72
3.3 Novo paradigma para escrituração contábil para microempresas e empresas de pequeno porte - ITG 1000.	74
3.4 Sped contábil: escrituração digital.	77
4 Posições acerca da adoção da ITG 1000	78
5 Conclusão	80
Referências	80

THE DEBATE ON COMPANIES' LIABILITY FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL DAMAGES: A COMPARISON BETWEEN THE JURISDICTIONAL RULES OF THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES 83

Carina Costa de Oliveira

1	Introdução	84
2	Rules applicable to the relationship between the national courts and claimants or defendants from other States	86
2.1	The Aliens Tort Act: a judicial system for the victims of the subsidiaries established in foreign countries	86
2.2	The absence of a judicial tool within the European Union framework	89
2.3	The possibility to judge the liability of the parent companies regarding the environmental damages caused by the subsidiaries established overseas.....	90
3	The United States and the possibility to judge the liability of the parent companies for environmental damages committed overseas by the subsidiaries	90
4	The limits of the liability of the parent-companies for damages caused outside the European Union.....	96
5	Conclusion.....	98
	References	99

DESENVOLVIMENTO E APLICAÇÃO DA TEORIA DOS VÍNCULOS MAIS ESTREITOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: POR UMA REDISSCUSSÃO DO MÉTODO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO DE LEIS 101

Jamile Bergamaschine Mata Diz

Rodrigo Vaslin Diniz

1	Introdução	102
2	Natureza jurídica da teoria dos vínculos mais estreitos	103
3	Origem e evolução da teoria a partir de uma concepção baseada na aplicação judicial	105
4	A construção normativa da convenção de Roma.....	106
5	O desenvolvimento progressivo da teoria e sua adoção pela convenção do México	109
5.1	Convergências e divergências entre as Convenções de Roma e do México	110
6	Apontamentos críticos para uma nova abordagem da teoria e sua aplicação pelo direito privado	110
7	Aplicação do princípio no direito brasileiro.....	111
8	Os projetos de lei e sua compatibilidade com a nova abordagem teórica	112
9	A posição dos tribunais brasileiros a partir de uma concepção jusprivatista.....	113
10	Conclusões	113
	Referências	114

A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO A PARTIR DE DIFERENTES FENÔMENOS PRIVADOS DE CONSTRUÇÃO NORMATIVA 117

Fernando Lopes Ferraz Elias

1	Introdução	118
2	A teoria das fontes do direito no contexto pós-nacional	118
3	O fenômeno da multiplicação de sujeitos de direito e de fontes normativas no plano internacional	123
4	A questão do reconhecimento das fontes jurídicas pós-nacionais construídas por atores privados autônomos em relação à ação estatal	126
5	Considerações finais.....	131
	Referências	131

DIREITOS HUMANOS: O PARADOXO DA CONDIÇÃO HUMANA E DO MERCADO AUTORREGULADO.....134

Leilane Serratine Grubba

1 Introdução	134
2 O paradoxo da condição humana essencial.....	135
3 O paradoxo do mercado global autorregulado	139
4 Conclusão	144
Referências	144

HUMAN TRAFFICKING: IDENTIFYING FORCED LABOR IN MULTINATIONAL CORPORATIONS & THE IMPLICATIONS OF LIABILITY.....147

Tara M. Parente

1 Introduction.....	147
2 History of human trafficking.....	148
3 Types of human trafficking	149
4 The human trafficking economy.....	150
5 Multinational corporate involvement in human trafficking.....	151
6 Legislation	153
a Modes of Corporate Criminal Liability.....	153
b Modes of Corporate Civil Liability.....	155
1 The Narrow Scope of the Alien Torts Statute.....	157
2 Additional Modes of Liability.....	158
7 Proposed solutions	159
8 Conclusion.....	161

APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS UNIDROIT NO PLANO BRASIL MAIOR: O SUPRIMENTO DE UMA LACUNA NA POLÍTICA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO163

Guilherme Freire de Melo Barros

Marcelle Franco Espíndola Barros

1 Introdução	164
2 Desenvolvimento econômico nacional e Plano Brasil Maior	164
2.1 Comércio Exterior	166
2.2 Facilitação do comércio	166
3 O UNIDROIT e seus Princípios de Contratos Comerciais Internacionais.....	168
3.1 Sucinto histórico do UNIDROIT.....	168
4 Aplicação dos UPICC para facilitação do comércio internacional e a promoção do desenvolvimento	172
5 Conclusão	175
Referências	176

DA DESNECESSIDADE DE INADIMPLEMENTO ESSENCIAL PARA APLICAÇÃO DO ART. 74 DA CISG E DOS DANOS EFETIVAMENTE RECUPERÁVEIS.....179

Renata Caroline Kroska

1 Introdução	180
2 Contrato, obrigação, adimplemento e a convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG)	180

3 O conceito de inadimplemento essencial do contrato na CISG.....	181
3.1 Privação substancial e legítima expectativa contratual	182
3.2 Previsibilidade	183
4 Da desnecessidade do inadimplemento essencial do contrato para aplicação do art. 74.....	185
5 Situações de inadimplemento não essencial em que podem ser reclamadas perdas e danos	186
5.1 Entrega de mercadorias em local diferente do inicialmente pactuado	186
5.2 Atraso na entrega das mercadorias.....	187
5.3 Não conformidade das mercadorias	188
6 Dos danos recuperáveis perante o artigo 74	190
6.1 Perda direta ou perda por incumprimento.....	190
6.2 Danos incidentais.....	191
6.3 Danos consequentes.....	192
6.4 Lucros cessantes.....	195
7 O dano como um conceito em transformação.....	196
8 Considerações finais.....	198
Referências	199

ESSAY ON UNEQUAL TREATIES AND MODERNITY THROUGH THE EXAMPLE OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES 203

Nitish Monebhurrin

1 Introduction.....	203
1.1 Excavating The Theory of Unequal Treaties	206
(A) The Legal Status of Unequal Treaties.....	206
(B) The reasons behind unequal treaties.....	207
II. Upholding the Relativity of Bilateral Investment Treaties as Unequal Treaties	209
A) Understanding The Overall Equilibrium of Bilateral Investment Treaties	209
B) Affirming The Voluntary Disequilibrium Of Bilateral Investment Treaty.....	212
Bibliography	213

CONCEITOS DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS E TEORIA DO DIREITO DIANTE DOS EFEITOS PLURALISTAS DA GLOBALIZAÇÃO: GOVERNANÇA GLOBAL, REGIMES JURÍDICOS, DIREITO REFLEXIVO, PLURALISMO JURÍDICO, CORREGULAÇÃO E AUTORREGULAÇÃO 216

Gabriela Garcia Batista Lima

1 Introdução	217
2 Governança global como institucionalização: elementos para a análise do direito diante de efeitos da globalização.....	218
3 Governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação	221
3.1 Governança global e os regimes jurídicos.....	221
3.2 Governança global e direito reflexivo.....	221
3.3 Governança global, pluralismo jurídico, correção e autorregulação.....	222
4 Considerações finais.....	224
Referências	226

OUTROS TEMAS

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: COMO “INVISÍVEIS” CONQUISTARAM SEU ESPAÇO230

Luana da Silva Vittorati

Matheus de Carvalho Hernandez

1 Introdução	231
2 Recepção e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro.....	232
2.1 O Brasil e os tratados internacionais	233
2.2 A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro	237
4 A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e sua construção internacional.....	247
4.1 Breve histórico do movimento das pessoas com deficiência no Brasil e sua articulação no cenário político nacional e internacional.....	247
4.2 A pressão política pela elaboração e aprovação da convenção sobre direitos das pessoas com deficiência	250
4.3 As principais inovações introduzidas pela convenção sobre direitos das pessoas com deficiência	253
6 Conclusão	258
Referências	260

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Crônicas do direito internacional

Nitish Monebhurrin
Alice Rocha da Silva
Julia Motte-Baumvol
Rafael Freitas de Oliveira
Roberta Greco

VOLUME 11 • N. 1 • 2014
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
PRIVATE INTERNACIONAL LAW

1 O caso da República da Ilha Maurício c. Reino Unido perante a Corte Permanente de Arbitragem, 2014

Nitish Monebhurrin*

Eis aqui um caso ainda em andamento e cuja decisão é fortemente sensível. Trata-se de um problema jurídico que abrange as questões de soberania, de proteção ao meio ambiente e de proteção aos direitos humanos em contexto geopolítico e geoestratégico sensível. Da apresentação do caso (I) desembocará nas suas implicações (II).

1.1 Da apresentação do caso

A apresentação fatural (A) antecederá a do problema jurídico que está sendo debatido perante a Corte Permanente de Arbitragem (B).

A) A apresentação fatural do caso

No dia 01 de abril de 2010, o Reino Unido estabeleceu uma zona marinha protegida de 636.600 km² ao redor do arquipélago Chagos excluindo uma das suas ilhas — o Diego Garcia. A zona é caracterizada como um *no-take zone* no qual qualquer forma de exploração ou de atividade econômica é proibida. O Reino Unido tem afirmado a sua soberania sobre o arquipélago localizado no meio do Oceano Índico e embasa a sua decisão de criar a zona marinha protegida nos poderes regulamentares, nas prerrogativas de poderes públicos que cabem a todo soberano. O ecossistema marinho da zona econômica exclusiva do arquipélago é tão diverso quanto raro, com espécies únicas de peixes e de corais. Os recifes de coral mantiveram quase a mesma natureza que tiveram há um século. A legalidade da zona marinha protegida é, no entanto, contestada pela República da Ilha Maurício que afirma também a sua soberania sobre o arquipélago. É o problema jurídico submetido à análise da Corte Permanente de Arbitragem.

B) A apresentação do problema jurídico

Na base da Convenção de Montego Bay, sobre o direito do mar de 10 de dezembro de 1982 e dos princípios do direito internacional público, os árbitros nomeados devem examinar a legalidade da zona marinha protegida, estabelecida pelo Reino Unido. Para tanto, eles devem determinar de forma preliminar qual Estado possui efetivamente a soberania sobre o Arquipélago dos Chagos. Segundo o artigo 56, (1) (b) (iii) da Convenção de Montego Bay, cabe ao Estado costeiro a proteção e a preservação do meio ambiente marinho dentro da zona econômica exclusiva. Para tal fim, o artigo 194 (1) permite aos Estados o uso dos meios práticos disponíveis. Nessa perspectiva, conquanto a Convenção não mencione *expressis verbis* as zonas marinhas protegidas, estas são comumente reconhecidas

* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne, Paris) e Professor Associado (Centro Universitário de Brasília). E-mail: nitish.monebhurrin@gmail.com

como sendo um meio eficiente para a proteção do meio ambiente marinho. Ora, o reconhecimento do Reino Unido como o Estado costeiro — e, destarte, soberano —, pode ter algumas implicações irreversíveis.

1.2 Das implicações do caso

O contexto geral desse caso assim como a sentença esperada da Corte Permanente de Arbitragem têm implicações que vão além dos únicos interesses das partes ao contencioso. A decisão terá implicações históricas (A) além de determinar o direito de residência da população nativa do Arquipélago dos Chagos (B).

A) As implicações históricas nas quais apresenta-se a sentença da Corte Permanente de Arbitragem

Os principais interessados nesse caso são, na realidade, os próprios ‘chagossianos’ — a população dos Chagos, deportada do arquipélago pela coroa inglesa nos anos setenta à Ilha Maurício e aos Seychelles. Ao conceder a sua independência à Ilha Maurício, o Reino Unido lhe impôs uma condição — contrária ao Direito Internacional: o desmembramento dos Chagos, originalmente e juridicamente, parte do território mauriciano. A razão: o Reino Unido já tinha prometido de arrendar uma das ilhas do arquipélago — o Diego Garcia —, aos Estados Unidos para o estabelecimento de uma base militar, que está ainda operacional e da qual foram atacados a Afeganistão em 2011 e o Iraque em 2003. No contexto da guerra fria, a localização do arquipélago era perfeita para policiar ao mesmo tempo, o continente asiático, o continente africano e a região do oriente médio. O Reino Unido foi pago em termos de descontos, concernente ao preço de mísseis nucleares submarinos *Polaris*. A condição imposta pelos Estados Unidos era a limpeza — humana — das ilhas, e foi por essa razão que a população local foi deslocada, deportada e forçosamente exilada por meios que valem apenas pela sua ilegalidade, a sua iniquidade e a sua desfaçatez. Essa população — os ‘chagossianos’ — tem, desde essa época, batalhado em vão perante os tribunais ingleses e recentemente perante a própria Corte Européia dos Direitos Humanos para obter o reconhecimento da violação dos seus direitos fundamentais e para requerer o direito de regresso e de residência no arquipélago. Por isso, a decisão da Corte Permanente de Arbitragem é esperada com impaciência. Se a legalidade da zona marinha protegida for reconhecida, os efeitos sobre

um eventual direito de regresso e de residência dos ‘chagossianos’ no arquipélago serão irreversíveis.

B) As implicações para o direito de residência da população nativa do Arquipélago dos Chagos

Como a zona marinha foi caracterizada como um *no-take Marine Protected Area*, qualquer forma de exploração do mar territorial ou dos recursos marinhos — seja para a mera sobrevivência — torna-se juridicamente impossível. Os ‘chagossianos’ eram muito dependentes da exploração do mar e assim querem continuar a ser e a viver caso o direito à residência lhes seja reconhecido: pretendem utilizar o mar para as atividades tradicionais como a pesca, mas também para o turismo. Isso tornar-se-á impossível com a zona marinha protegida; aliás, segundo as notas e as informações diplomáticas vazadas pelo assim chamado *wikileaks*, essa zona foi perfidamente estabelecida de propósito para, justamente, impedir qualquer direito ao regresso e à residência, e para continuar a utilizar o Diego Garcia como um centro geoestratégico. O valor jurídico dos *wikileaks* como um meio de prova é ainda debatido, mas alguns tribunais já utilizaram-nos.

No mesmo sentido, a evolução do direito ambiental apresenta-se como um impedimento definitivo. Existe um princípio emergente de não regressão no direito ambiental segundo o qual uma vez que uma garantia sobre a proteção ambiental é dada e juridicamente positivada, ela não pode sofrer qualquer regressão, tampouco pode ser revertida. Assim, segundo esse princípio que o Reino Unido poderá futuramente utilizar, no caso de uma zona marinha protegida, qualquer regressão não é possível: a proteção absoluta seguindo a lógica do *no-take zone* não pode ser relativizada, caso contrário equiparar-se-á a uma medida insustentável. Nessa perspectiva, as consequências eventuais sobre os ‘chagossianos’ serão também drásticas.

2 A crise de governabilidade no Estado venezuelano

Alice Rocha da Silva¹

Após a morte do presidente Hugo Chávez em 5 de março de 2013, que ficou na presidência do país por 13 anos, e a eleição do presidente Nicolás Maduro, a

¹ Professora da Graduação e Pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e da Faculdade Processus. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Aix-Marseille Université, França, (revalidado pela Universidade Federal do Ceará – UFC). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB. Graduação em Direito pelo UniCEUB e Graduação em Relações Internacionais e Ciência Política pela Universidade de Brasília-UnB.

Venezuela passou a enfrentar um período de mudanças que geraram o descontentamento de parte da população, sobretudo com a crise econômica e a falta de segurança. Maduro foi eleito em um pleito questionado pela oposição que alega a existência de fraude. Recentemente assistimos a uma onda de protestos com sérios casos de excesso e até de violação de direitos humanos de ambos os lados: dos agentes do Estado e da população que vai às ruas protestar.

Mas afinal, o que está realmente acontecendo no país vizinho? Qual o papel da Comunidade Internacional frente a tal cenário? A ONG “Anistia Internacional” apresenta dados de que até abril de 2014, pelo menos 39 pessoas morreram em conflito com a polícia e 550 pessoas ficaram feridas. Além disso, mais de 2000 pessoas foram detidas e, segundo fontes não oficiais, estariam sendo sujeitas a práticas de tortura com choques elétricos e espancamento. A partir de uma avaliação dos fatos, tais manifestos seriam inevitáveis, pois após a suspeita de fraude no pleito que o elegeu, o Presidente Maduro havia prometido, inclusive, no contexto da União das Nações Sul-Americanas (Unasul), efetuar uma recontagem dos votos e isso nunca foi feito. Além disso, a zona petrolífera venezuelana está abandonada e deteriorada, causando bastante preocupação frente ao histórico de dependência da economia venezuelana a exportação do petróleo. Associado a isso, a escassez de produtos básicos começa a ser sentida em todo o país em decorrência da política de controle de preços efetuada pelo Estado para controlar a inflação.

Diante de tais fatos, podemos considerar que existe uma situação de crise de governabilidade na Venezuela, mas tal situação deve ser avaliada de uma perspectiva menos conservadora e tendenciosa. Devemos admitir nossa dificuldade de compreensão do processo de transformação da Venezuela, pelo fato de não estarmos diretamente inseridos nos acontecimentos e acabarmos “acreditando” nas verdades difundidas pela mídia internacional e nacional.

Este contexto de crise pode ser encarado como um movimento de deterioração da governabilidade interna do Estado, agravado pela insatisfação da população frente ao novo governo. Todavia, deve ser ressaltado que os protestos e manifestações nada mais são do que um exercício regular do processo democrático. O que deve ser contido são os excessos e externalidades desses protestos que já duram meses. Tais medidas de contenção devem partir do Estado venezuelano, por ser o único

com legitimidade e monopólio exclusivo da força. Isso não quer dizer que a Comunidade Internacional deve simplesmente fechar os olhos ou ignorar os acontecimentos internos do Estado, sobretudo no que diz respeito à violação de direitos humanos.

Quando se fala em Comunidade Internacional, podemos nos questionar sobre o papel dos Estados, mas também das Organizações Internacionais de cunho regional, como Mercosul, Unasul e Organização dos Estados Americanos e as de cunho universal como a Organização das Nações Unidas.

Deve ser ressaltado que diversos sujeitos e atores internacionais já ofereceram auxílio ao Presidente Maduro, no sentido de servirem de mediadores no diálogo entre o presidente eleito e a oposição, como a Unasul, a OEA e o Brasil. Todavia, Maduro se manteve firme no posicionamento de que não precisava da mediação de ninguém e que tal diálogo seria estabelecido internamente. Assim, a partir dos princípios do Direito Internacional Público, restam poucas possibilidades de intervir em um país que não está disposto a aceitar tal intervenção. A autonomia do Estado venezuelano deve ser respeitada e intervenções devem ocorrer para auxiliar o restabelecimento do *status quo* e não no sentido de invadir jurisdição alheia.

No contexto das manifestações, ocorreram violações de direitos humanos tanto da parte do Estado como da população. Para evitar tais violações, representantes da OEA, da Unasul, do Mercosul e da ONU tentaram mediar o diálogo e fazer cessar tal situação. Vale ressaltar que a entrada da Venezuela no Mercosul pode ser encarada como um aumento da pressão para que esse país cumpra a Cláusula Democrática do bloco.

No caso da ONU, ela interveio a partir de denúncias apresentadas por ONGs como a Anistia Internacional. Após tais denúncias, a ONU efetuou relatórios e inspeções e solicitou ao presidente venezuelano que estabelecesse comissões para investigar as denúncias recebidas, o que Maduro concordou em fazer.

Como membros da Comunidade Internacional, devemos aguardar os acontecimentos e entender que as manifestações fazem parte do processo democrático e que tais protestos seriam inevitáveis na Venezuela, que já estava passando por um período de grande tensão entre as autoridades e a população.

Verifica-se, portanto, que a análise da situação da Venezuela deve ser feita com cautela e sem tomar

partido de nenhum dos lados, sob pena de se chegar a conclusões precipitadas. Líderes dos blocos regionais e dos países vizinhos têm prestado apoio a Maduro, aguardando que tal situação se resolva pela utilização das instâncias internas. Vale ressaltar que o Estado pode ser responsabilizado por ação ou omissão e, portanto, a Venezuela não deve continuar tolerando violações de nenhum dos atores internos, seja estatal ou civil.

Os pilares da Primeira e da Segunda Guerra mundial auxiliam a solidificar o sistema internacional, no sentido de apoiarem o princípio da cooperação e proibirem o uso da força, sendo a ênfase dada a resolução das controvérsias de modo pacífico. É justamente nisso que estamos apostando para a resolução da crise na Venezuela, visto que uma solução amigável e pacífica possui um maior potencial de restabelecimento de uma paz duradoura na região. A oposição já começou a estabelecer um diálogo com o presidente Maduro e devemos aguardar novas proposições e acordos entre ambos.

Em crises de governabilidade como a da Venezuela, verificamos que o fator econômico é fundamental para a recuperação das instituições políticas. Conscientes disso, os membros da Comunidade Internacional devem auxiliar o mercado venezuelano. O papel das Organizações Internacionais deve ser reforçado no sentido de apoiarem a governança internacional, sobretudo em um contexto internacional em que por muitas vezes o conceito de soberania vem sendo substituído pelo princípio da dignidade humana e da fraternidade. Assim, cabe a todos os atores e sujeitos internacionais reforçarem seus laços de solidariedade, oferecendo oportunidades para que atores privados, como empresas e ONGs também auxiliem no processo de restabelecimento da democracia e da governança da Venezuela.

3 Comunidades europeias: medidas proibindo a importação e a comercialização de produtos derivados da foca (CE – Produtos de foca), WT/DS400/AB/R et WT/DS401/AB/R, 22 de maio de 2014

Julia Motte-Baumvol²

Em 16 de setembro de 2009, a União Europeia aprovou um regulamento (seguido de um decreto, aprovado em 10 de agosto de 2010, ver respectivamente o Regulamento (CE) nº1007/2009 do Parlamento e

² Professora assistente, Pós-doutoranda, Universidade de Genebra; Junior Fellow, Graduate Institute

do Conselho e o Regulamento (UE) nº 737/2010 da Comissão) que proíbe a importação e exportação de produtos feitos a partir de foca no mercado europeu. O contencioso que seguiu essa medida, iniciado pelo Canadá e pela Noruega em novembro de 2009, permitiu ao Órgão de apelação do Órgão de solução de controvérsias (OSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) de se pronunciar pela primeira vez sobre elementos importantes do sistema jurídico da OMC.

No que toca à medida europeia, vale ressaltar que o OSC é seguidamente acionado por Estados que buscam proteger os animais enquanto recursos naturais esgotáveis (artigo XX g) do GATT de 1994). No presente caso, pela primeira vez na história do OSC, a medida foi explicitamente adotada para proteger o *bem-estar* das focas. Com efeito, uma extensa pesquisa científica realizada pela Autoridade de Segurança Alimentar Europeia apontou que os métodos normalmente utilizados para matar as focas causam dor significativa e sofrimento desnecessária a esses animais. Assim, com base nesse estudo, o Parlamento e Conselho da UE determinaram que a proibição de produtos derivados de foca comercial levaria a prevenção do sofrimento desnecessário desses animais. Assim, a proibição de comércio de produtos derivados da foca no território europeu não busca a conservação das focas, mas a proteção da crueldade e a inaceitabilidade de comportamento de consumo que é conivente com essa crueldade.

Canadá e Noruega têm as duas das maiores indústrias de produtos derivados de foca no mundo. Em 2008, o ano antes da proibição Europeia, o Canadá exportou aproximadamente CAD \$ 2,5 milhões em produtos derivados de foca à União Europeia. Outro ponto original dessa controvérsia: perante o OSC, o Canadá e a Noruega não atacaram a medida europeia em si, mas somente as exceções previstas por essa medida. Com efeito, o regulamento prevê que os produtos da foca oriundos de caça tradicional realizada pelas comunidades inuitas ou comunidades indígenas (exceção CI) e as focas caçadas para fins de gestão de recursos marinhos (exceção GRM) sejam autorizados no território europeu.

Em relação ao mérito da decisão, o Órgão de apelação reverteu o relatório do Grupo especial no que toca à qualificação da medida enquanto regulamento técnico, sob o fundamento do artigo 1.2 e do Anexo 1 do Acordo OTC. Segundo essa disposição, um

regulamento técnico é um documento que anuncia as características de um produto ou os procedimentos e métodos de produção relacionados (PMP), incluindo disposições administrativas cujo respeito é obrigatório. A União europeia, em apelação, contesta a conclusão do Grupo especial segundo a qual a identidade do caçador, o tipo de caça e o objetivo da caça são “características de um produto”, no sentido do Anexo 1.1 do Acordo OTC. O Órgão de apelação não encontrou fundamentação legal para tal conclusão (§§5.1-5.46). E ressaltou, ainda, que conquanto as disposições administrativas previstas no regulamento europeu se apliquem aos produtos contendo foca, isso não significa que a medida equivale a um regulamento técnico. As disposições administrativas preveem simplesmente que um órgão reconhecido certifique que os produtos satisfazem os critérios necessários relativos a cada exceção prevista no regulamento europeu. Esse aspecto administrativo da medida é assim secundário e não a qualifica enquanto regulamento técnico (§5.57).

Ainda sobre esse ponto, o Órgão de apelação inova ao tratar da possibilidade de completar sua análise jurídica do termo “relacionados” previsto no Anexo 1 do Acordo OTC (“procedimentos e métodos de produção *relacionados*”). Esse ponto não foi ainda analisado pela jurisprudência ou prática da OMC, e o Órgão de apelação ressalta que esse assunto traz questões sistêmicas importantes para o direito da OMC. Entretanto, no presente caso, o Órgão de apelação absteve-se de tratar desse assunto, principalmente, porque as partes não trouxeram argumentos aprofundados sobre a questão. Além disso, o Grupo especial não havia examinado o assunto. (§5.61-5.69).

Em seguida, no âmbito do GATT de 1994, o órgão de apelação indica que em relação ao artigo I:1 do GATT de 1994, bem que a medida em causa seja neutra quanto à origem, no que tange ao seu enunciado, *de facto* ela é incompatível como artigo I:1 do GATT de 1994. A maioria dos produtos derivados da foca do Canadá e na Noruega não satisfazem às prescrições da exceção CI, prejudicando assim a concorrência entre os produtos de focas canadenses e noruegueses em relação aos mesmos produtos originários da Groenlândia.

Enfim, na análise do artigo III:4 do GATT de 1994, e particularmente no que tange à análise do tratamento menos favorável que os produtos estrangeiros encontram em relação aos produtos nacionais, a União europeia indica que as obrigações de não discriminação do artigo

2.1 do Acordo OTC aplicam-se igualmente às alegações com base no artigo III:4 do GATT de 1994. O Órgão de apelação lembra a esse respeito que os Membros da OMC podem impor regimes regulamentares diferentes para os produtos importados e nacionais, à condição que os produtos importados não sejam submetidos a um tratamento menos favorável que aquele dado aos produtos nacionais similares. Assim, o artigo III:4 não exige um tratamento idêntico entre os produtos nacionais e os produtos similares, mas uma igualdade de condições de concorrência entre os produtos similares (§5.101).

O relatório do Órgão de apelação perde em seguida uma oportunidade de trazer uma resposta ao possível desequilíbrio entre o alcance do direito de um Membro de regulamentar a título do artigo XX do GATT de 1994 e o alcance desse mesmo direito a título do artigo 2.1 do Acordo OTC. Segundo a União europeia, o *rationale* do relatório do Grupo especial abre a possibilidade de que um regulamento técnico possa ser considerado como não discriminatório sob o fundamento do Acordo OTC, mas que possa ao mesmo tempo ser considerado contrário ao GATT de 1994. Por essa razão, a lista de objetivos legítimos possíveis levados em conta em uma análise a título do artigo 2.1 do Acordo OTC não é exaustiva, enquanto a lista dos objetivos do artigo XX do GATT de 1994 é exaustiva. Assim, a análise do Grupo especial sobre a presente discriminação *de facto* poderia levar a uma situação em que, a título do artigo 2.1, um regulamento técnico, tendo uma incidência prejudiciável ao comércio sobre as importações, seria autorizado se essa incidência teria por objetivo uma distinção regulamentar legítima e, ao mesmo tempo, ao título dos artigos I:1 et III:4 do GATT de 1994, o mesmo regulamento técnico será proibido se o seu objetivo não estivesse enumerado em um dos parágrafos do artigo XX do GATT de 1994 (§5.119). O Órgão de apelação, citando casos anteriores, indica que ele “deve interpretar as disposições dos acordos da OMC de uma forma coerente e consistente, dando significado a todas as disposições de forma harmoniosa”. Entretanto, isso não significa que se deva dar uma significação idêntica aos critérios jurídicos sobre obrigações similares. E reafirmando que os Membros da OMC têm direito de regulamentar, quando os objetivos são de políticas legítimas, o Órgão de apelação desvia da análise indicando simplesmente que como a medida do presente caso não pode ser qualificada de regulamento técnico, o risco de desequilíbrio no presente caso entre as obrigações GATT et OTC não se produzirá.

Principalmente, a União europeia não trouxe, segundo o Órgão de apelação, exemplos concretos de objetivos legítimos conforme o artigo 2.1 do Acordo OTC que não entraria em um dos parágrafos do artigo XX do GATT de 1994 (§5.97-5.130).

Enfim, o Órgão de Apelação manteve a conclusão do Painel de que o regime da UE aplicável aos produtos derivados da foca é “necessário [...] para proteger a moral pública”, na acepção do artigo XX a) do GATT de 1994. A leitura do relatório do Órgão de apelação parece apontar, entretanto, que a justificação moral pública deva ser interpretada como fundamentalmente diferente de outros objetivos que os membros da OMC possam “proteger” sob o artigo XX do GATT de 1994. Assim, contrariamente ao artigo XX b) do GATT, em que a noção de risco pode ser avaliada com métodos científicos, esses métodos “não são úteis nem pertinentes para identificar e avaliar a moral pública”. Assim, “nós não consideramos que a expressão “ para proteção”, quando usada em relação a” moral pública “nos termos do artigo XX a), exija do Grupo especial (...) que ele identifique a existência de um risco para a UE ligado às preocupações públicas morais sobre bem-estar das focas”(§ 5.198). Por isso, o Órgão de apelação indica que é difícil para ele “(...) aceitar o argumento do Canadá, que, para efeitos de uma análise nos termos do artigo XX (a), o painel deve identificar o conteúdo exato do padrão moral pública em questão” (§ 5.199), até porque, “os membros podem definir diferentes níveis de proteção, mesmo quando respondendo a interesses semelhantes de preocupação moral” (§ 5.200). Sabendo-se que, conforme a jurisprudência da OMC, a expressão “moral pública” trata de normas de boa ou má conduta aplicadas por uma coletividade ou uma nação em seu nome, um membro da OMC pode invocar preocupações públicas morais do seu povo simplesmente colocando essas preocupações no texto e história legislativa da medida -não há necessidade, aparentemente, de apresentar provas ou exames que confirmam que a sua população está realmente buscando manter essas preocupações.

Não seria, aparentemente, nem sequer haveria a necessidade de “identificar a existência de um risco” para a moral pública, nem deveria o “conteúdo exato” do padrão moral pública ainda ser identificado. O Órgão de apelação indica que, contrariamente ao que fez o Grupo especial, a noção de risco no contexto do artigo XX b) é difícil de conciliar com o objeto da proteção a título do artigo XX a), que é a moral pública,

e, por isso, o artigo XX a) exige que o Grupo especial identifique precisamente a existência de um risco ligado às preocupações morais do público da União europeia sobre o bem-estar das focas.

Quanto ao *caput* do Artigo XX do GATT de 1994, o Órgão de Apelação lembra que o objetivo do regulamento europeu relativo aos produtos derivados da foca é de responder a preocupações morais da população europeia sobre o bem-estar das focas. A fim de buscar esse objetivo, o regime da União europeia proíbe a importação e a comercialização de produtos derivados da foca oriundas de caças “comerciais”, e autoriza a importação de produtos derivados da foca oriundos de caças tradicionais realizadas por Inuitas e outros povos indígenas. Os demandantes alegam, e a União europeia não contesta que esses critérios não são ligados ao bem-estar das focas. A União europeia indica que o objeto dessa exceção é de atenuar os efeitos desfavoráveis dessa medida sobre essas comunidades (§5.319). O centro da análise do Órgão de apelação foi então como a União europeia poderia demonstrar que a medida poderia ser conciliada com o objetivo de responder às preocupações de moral pública da população europeia. Sobre esse assunto, o Órgão de apelação indica que “Given the ambiguities in the criteria of the IC exception and the broad discretion that the recognized bodies consequently enjoy in applying these criteria, we consider that seal products derived from what should in fact be properly characterized as “commercial” hunts could potentially enter the EU market under the IC exception. Thus, pursuant to its design, the EU Seal Regime could be applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail” (§ 5.328). Enfim, o Órgão de apelação analisa se a maneira com a qual a exceção da medida europeia poderia afetar comunidades Inuitas em diferentes países, fazendo uma discriminação arbitrária ou injustificável. A respeito desse assunto, o Órgão de apelação indica que “we were not persuaded that the European Union has made “comparable efforts” to facilitate the access of the Canadian Inuit to the IC exception as it did with respect to the Greenlandic Inuit. We also noted that setting up a “recognized body” that fulfils all the requirements of Article 6 of the Implementing Regulation may entail significant burdens in some instances (§5.338).

4 Crônica sobre as eleições da Síria

Rafael Freitas de Oliveira³

Marcada por fortes protestos em todo o mundo, as eleições na Síria sugerem a pergunta: é possível que fatos internos repercutam na sociedade internacional? Essa pergunta sugere uma pequena análise do contexto histórico após a segunda guerra e as atuais linhas de pensamento do direito internacional.

Desde a criação da Organização das Nações Unidas – ONU o discurso ideológico das relações internacionais foram marcados pela constante busca da paz internacional. Dessa forma, houve uma ampliação na tutela de fatos até então irrelevantes, mas que se destacam em um mundo cada vez mais vigiado pelo receio de conflitos regionais. Nesse sentido, a iminente guerra civil em andamento na Síria, resultado da insistente manutenção de um regime ditatorial familiar, inviabilizou a expressão mais singular da soberania de um povo: as eleições.

Aproximadamente dezesseis milhões de pessoas foram chamadas ao pleito, concentrado em regiões dominadas pelo regime. É relevante o fato de que há mais de vinte anos, não havia candidatos contra o agora presidente reeleito Bashar Al Assad. Entretanto, a ilusória apresentação dos candidatos somente foi possível com a autorização expressa do sumo governante.

Obviamente, a repercussão internacional foi imediata. O Secretário Geral da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN, Anders Fogh Rasmussen, repudiou o fato, definindo-o como “farsa”. Ainda, ratificou a posição dos países aliados do OTAN que não reconhecem o resultado das eleições como legítimo. Antes aliados, os Estados Unidos também expressaram sua indignação acerca do ocorrido.

As manifestações dos Estados sobre o pleito na Síria respaldam-se na legítima expressão do poder de reconhecimento da sociedade internacional. Entretanto, ressalte-se que os limites na interferência externa de assuntos domésticos têm ganhado ampla discussão no meio acadêmico. A linha tênue entre a soberania de um Estado e a proteção internacional de um bem comum ou

³ Mestrando em direito das relações internacionais no Uniceub. Advogado, Chefe da Assessoria de Pesquisa Estratégia do Ministério do Trabalho e Emprego.

garantia fundamental traduz a nova linha de pensamento para o direito constitucional e internacional.

Em consenso, a fragilidade na manutenção de um poder soberano no Estado da Síria, revelada pela manifestamente ilegítima eleição, proporciona o aprimoramento dos meios de ingerência pelos demais Estados. Não se afigura, todavia, uma autorização imediata para destituir de poder soberanias antes reconhecidas internacionalmente, mas mitigar possíveis abusos aos princípios e garantias fundamentais de uma população reprimida.

Em tempo, as relações atuais entre os Estados passaram a desconstruir todo o arcabouço teórico desenvolvido pelos pensadores primitivos do *jus cogens*, destituindo a supremacia quase que absoluta dos conceitos de soberania, povo e território na formação estatal. Efetivamente, não ocorrerão mudanças drásticas a este tripé teórico, mas, é notório que eleições como as que ocorreram na Síria jamais se afastarão dos olhos da “polícia internacional”.

5 The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

Roberta Greco⁴

In line with the principle of the indivisibility, interdependence and interrelatedness of all human rights, the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter referred to as “the Protocol”) establishes a mechanism of complaint against the violations of the rights envisaged by the Covenant (ICESCR) similar to that already provided for by the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

In the early 1990s, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (the Committee) began considering the drafting of an optional protocol to the ICESCR concerning the introduction of a system of individual communications and, in 1997, submitted a draft text of the protocol to the Commission on Human Rights. Due to the reluctance of some States, the draft was not adopted and the Commission kept working on the issue for several years without reaching an agreement. Finally, the Human Rights Council - the body that replaced the Commission on Human Rights - mandated an Open-ended Working Group to drafting the text of the Protocol (res. 1/3 of

⁴ Doutoranda em Direito (Universidade Tor Vergata de Roma)

the 29 June 2006). Almost two years later, the Optional Protocol was completed and adopted first by the Human Rights Council (res. A/HRC/8/2 of the 18 June 2008) and then by the General Assembly of the United Nations (res. A/RES/63/117 of 10 December 2008). The Protocol, opened for signature on September 2009 at the UN Headquarter in New York, entered into force last 5 May 2013, three months after the deposit with the Secretary General of the United Nations of the tenth instrument of ratification or accession (Art. 18 § 1).

The Protocol sets up three international procedures named: individual communications (Arts. 2-9), Inter-State communications (Art. 10), and inquiry procedure (Art. 11).

Provided that some admissibility requirements are met, the first procedure enables the Committee to receiving and considering communications of infringement submitted by or on behalf of individuals and groups of individuals. The Committee transmits the communication to the State Party concerned which within six months has to present its written explanations on the matter and, possibly, the remedies provided for to put an end to the violation. After examining the communications and the documentation submitted, and having considered the steps taken by the State Party, the Committee transmits its view - together with its recommendations, if any, - to the Party. Finally, within the following six months (or even later in case of further request of information), the State concerned has to inform in writing the Committee on the action taken in response to its views or recommendation.

Moving to considering the Inter-State procedure - initially not included within the first draft of the optional protocol (UN Doc. E/CN.4/1997/105) – it is subject to a State's declaration recognizing the competence of the Committee to receive and consider communications submitted by other State Parties⁵. Before referring the matter to the Committee, the State claiming a breach of the Covenant attempts to bring its complaint to the attention of the alleged responsible State which, in turn, has to provide its explanations. Should the attempt of a friendly settlement of the matter fail, the Committee, charged of the case, calls upon the States Parties to supply further information. In any event, such a procedure ends up with a report of the Committee that may include its views on the way to solve the issue.

5 El Salvador and Portugal made a declaration under article 10.

It can be argued that both individual and Inter-State procedures aim at furthering voluntary cooperation and compliance instead of sanctioning the State. Indeed, the admissibility of the communications is subjected to the previous exhaustion of all the available domestic remedies (Art. 3 § 1 and Art. 10 § 1, let. c). Moreover, before considering the communications, the Committee makes available its good offices with a view to reaching a friendly settlement of the matter (Art. 7 and Art. 10 § 1, let. d). Finally, the views and recommendations of the Committee are confidential.

Lastly, the inquiry-procedure - subject to a State Party's declaration recognizing the competence of the Committee on the matter⁶- concerns cases of grave and systemic violations of the rights set forth in the Covenant. With the consent of the State, the inquiry may also include a visit to the territory of the Party concerned. The findings of the inquiry, together with any comments or recommendations of the Committee, are confidentially transmitted to the State which has to forward in response its observations and, if so required, details of any measures undertaken. The only "sanction" in the hand of the Committee consists in the inclusion of a summary account of the results of the proceedings in the annual report of its activities.

At present, despite the fact that 160 States are Parties to the Covenant, the Protocol counts only eleven Member States⁷ and 45 signatories. Being the Committee the only universal body capable of addressing violations of the economic, social and cultural rights enshrined in the Covenant, ratification of the Protocol is highly recommended in order to enhance the protection of these fundamental rights.

6 El Salvador and Portugal made a declaration under article 11.

7 Participants to the Protocol are: Argentina, Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Ecuador, El Salvador, Mongolia, Montenegro, Portugal, Slovakia, Spain, Uruguay.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Crônicas do direito internacional
Dos Investimentos

Nitish Monebhurrun

VOLUME 11 • N. 1 • 2014
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
PRIVATE INTERNACIONAL LAW

Crônicas do direito internacional dos investimentos

Nitish Monebhurrin*

Com essa edição, a Revista Brasileira de Direito Internacional abre uma página intitulada “Crônicas do Direito Internacional dos Investimentos”, cujo objetivo é informar os leitores sobre esse ramo do direito internacional e, outrossim, sobre as grandes problemáticas, as questões polêmicas e os grandes debates nele presentes. A forma escolhida, para tanto, é temática: em cada edição da Revista, alguns temas serão apresentados e discutidos de uma maneira sucinta e concisa: não se trata de artigos, mas de crônicas.

Os temas examinados nessa edição são os seguintes:

Tema 1: A identificação dos investimentos internacionais no Direito Internacional dos Investimentos.

Tema 2: O Uso da Cláusula da Nação Mais Favorecida no Direito internacional dos investimentos: de uma proteção substancial a uma proteção processual.

Tema 1: A identificação dos investimentos internacionais no Direito Internacional dos Investimentos

1 Introdução

Não é uma evidência a questão da definição ou da identificação dos investimentos, ao menos, para o jurista. Trata-se de uma problemática recorrente oriunda da própria existência do Direito Internacional dos Investimentos. A razão é simples: o Direito Internacional dos Investimentos – cuja fonte principal é uma constelação de acordos bilaterais e multilaterais sobre a proteção dos investimentos –, tem como objetivo fundamental a proteção dos investimentos internacionais; para tanto, é preciso saber o que é um investimento internacional. O conceito do investimento pertence originalmente ao âmbito da economia e, com o advento do Direito Internacional dos Investimentos, entrou e encontra-se na esfera do jurista que, mal acostumado, teve que conferir-lhe uma definição com a sua linguagem e com as suas técnicas de interpretação.

Os acordos relativos à proteção dos investimentos internacionais apareceram nos anos sessenta, depois da era da descolonização: por um lado, os investidores privados dos países ex-colonizadores queriam se manter no novo território descolonizado, mas não confiavam no direito nacional dos Estados anfitriões que eles julgavam como sendo pouco protetor dos investimentos estrangeiros; por outro lado, embora os novos países independentes tivessem afirmado a sua soberania permanente sobre os seus recursos naturais (Resolução 1803 [XVII] do 18 de dezembro 1962), eles precisavam dos investidores estrangeiros, pois o desenvolvimento econômico e a consolidação da economia nacional — teoricamente alcançável por esse tipo de investimentos —, eram os objetivos prioritários dos novos governos. Politicamente, foi essa configuração que, entre outras considerações, justificou e fomentou a adoção dos acordos sobre

* Doutor em Direito Internacional (Escola de Direito de Sorbonne, Paris) e Professor associado (Centro Universitário de Brasília). E-mail: nitish.monebhurrin@gmail.com.

a proteção dos investimentos. Regendo inicialmente as relações entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento, o âmbito desses acordos mudaram com o passar do tempo. Existem, hoje, mais do que 3.000 tratados bilaterais sobre os investimentos nas relações Norte-Sul, Norte-Norte ou Sul-Sul. Um acordo bilateral protegendo os investimentos internacionais funciona a partir de uma lógica triangular recíproca: o Estado receptor do investidor estrangeiro e do seu investimento lhe oferece uma proteção baseada em um acordo bilateral assinado com o Estado de nacionalidade daquele investidor sob o princípio da reciprocidade.

Contudo, a pedra angular dos acordos, que é o próprio conceito do investimento, ficou sem definição inicial. Ora, é desse conceito, do seu entendimento, da sua delimitação, dos seus contornos e das suas vértebras que desemboca toda a lógica do Direito Internacional dos Investimentos. Esse direito se aplica apenas na presença de uma atividade caracterizada como investimento, o que justifica todo o debate sobre a questão da identificação de um investimento (I) e o que implica uma busca das técnicas jurídicas nesse processo de identificação (II).

2 As razões dos debates sobre a identificação dos investimentos

Por essência, as razões são jurídicas: a identificação dos investimentos é *sine qua non* por questões jurisdicionais imprescindíveis de um lado (A), e por considerações do direito material, do outro lado (B).

A) As razões jurisdicionais

Quando um investidor quer se beneficiar de um acordo sobre a proteção dos investimentos, alegando, por exemplo, que este foi violado pelo Estado anfitrião, ele tem a possibilidade de pedir a constituição de um tribunal arbitral. A maioria dos acordos sobre os investimentos prevê a arbitragem como meio de resolução de controvérsias entre investidores e Estados. O mecanismo de arbitragem mais usado é o do Centro Internacional de Resolução de Disputas Relativas aos Investimentos (CIRDI). O CIRDI foi instituído pela Convenção de Washington de 18 de março de 1965; não é um tribunal, mas funciona como um regulamento arbitral, como um mecanismo de arbitragem que as partes de uma disputa podem utilizar. Um investidor

que considera que um acordo sobre a proteção dos investimentos a ele aplicável foi violado pode requerer a constituição de um tribunal arbitral, caso a cláusula relativa à resolução de disputas do acordo lhe ofereça essa possibilidade. A cláusula pode, nesse sentido, prever a competência de um tribunal constituído sob a égide do CIRDI. Não se trata do único mecanismo de arbitragem: os tratados preveem também a aplicação do regulamento arbitral da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) ou a competência do Instituto de Arbitragem da Câmara do Comércio de Stockholm, por exemplo.

Entre as condições que determinam a competência dos tribunais arbitrais constituídos para solucionar uma disputa relativa a um investimento, encontra-se, obviamente, a existência de um investimento. A atividade contenciosa deve caracterizar-se como um investimento; caso contrário, o tribunal votará pela sua incompetência. Por exemplo, o artigo 25 da Convenção de Washington que dispõe sobre a competência dos tribunais CIRDI afirma que

[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.

Eis a razão jurisdicional do debate sobre a identificação do investimento: é preciso identificá-lo para determinar e justificar a competência de um tribunal arbitral. Essa condição conjuga-se com algumas considerações do direito material.

B) As razões materiais

Várias formas de proteção ao investimento são previstas pelos tratados sobre os investimentos. Existem por exemplo: uma proteção contra a expropriação direta e indireta; uma garantia de um tratamento justo e equitativo; uma plena proteção e segurança; uma proteção contra a discriminação por meio das cláusulas do tratamento nacional e da nação mais favorecida. Essas formas de proteção, devidas ao investidor internacional pelo Estado, serão

estudadas e pormenorizadas nas futuras crônicas desta revista. Ratione materiæ devem elas neste estudo apenas ser relacionadas à questão da identificação dos investimentos. As empresas estrangeiras estabelecidas no Estado anfitrião não beneficiam ipso jure dessa proteção. Eis a razão substancial que explica a importância da identificação de um investimento, pois apenas serão protegidas aquelas atividades que os tribunais consideram como um investimento.

Contudo, um grande problema do Direito Internacional dos Investimentos é que não há uma definição textual do conceito do investimento —, ou seja, o objeto protegido não é definido, o que resulta, na aparência, em um paradoxo... mas apenas na aparência. Isso porque um conceito lacônico sendo debatido perante um tribunal não se equipara a um obstáculo intransponível. A abstração e a generalidade constituem em muitos casos o primeiro passo para a análise de uma norma — e Aristóteles já esgotou esse assunto. Os tribunais têm, em todo caso, o dever de interpretar o direito para solucionar uma disputa jurídica. Por exemplo, no âmbito da Convenção de Washington (CIRDI), o artigo 42 (2) dispõe que um tribunal não pode recusar a aplicação de uma norma com o pretexto do laconismo do direito. Por isso, a prática buscou critérios e técnicas para esclarecer o conceito de investimento na esfera do Direito Internacional dos Investimentos.

3 As técnicas para identificar um investimento internacional

Como a busca de técnicas para identificar um investimento internacional nos acordos sobre a proteção dos investimentos não permite um entendimento completo do conceito (A), os tribunais arbitrais tentaram, por conseguinte, encontrar critérios de identificação (B).

A) Os limites dos acordos sobre a proteção dos investimentos na busca de técnicas para identificar um investimento internacional

Conquanto a palavra ‘investimento’ está presente em todos os acordos sobre a proteção dos investimentos, nenhuma definição aparece que não seja tautológica; por exemplo o modelo de tratado americano de 2012 informa que um investimento é “every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has

the characteristics of an investment (...)”. A maioria dos acordos não define o investimento, mas propõe exemplos — exaustivos: bens, ativos, propriedade tangível e intangível, direitos de propriedade, autorizações, propriedade intelectual, ações, obrigações, títulos de créditos. Os instrumentos ressaltam também que o investimento deve ser constituído em conformidade com o direito nacional do Estado receptor, o que confere um outro indicador ao compreender o conceito. É preciso, no entanto, saber se esses elementos bastam para identificar um investimento. Perante um tribunal arbitral, uma empresa pode apenas demonstrar que a sua atividade entre em uma das categorias supracitadas para obter a proteção do tratado aplicável ou ela deve trazer provas suplementares? É tecnicamente possível embasar a identificação do investimento apenas no tratado sobre os investimentos aplicável num caso em questão, mas isso depende do regulamento arbitral aplicável. Numa arbitragem CNUDCI, o investimento pode ser identificado pela única referência à lista de exemplos (de investimentos) proposta pelo tratado bilateral aplicável. O investidor deve, por exemplo, apenas demonstrar que a sua atividade implica bens, ativos e propriedade tangível ou intelectual para afirmar a existência de um investimento: o tribunal arbitral irá averiguá-la ao aplicar o tratado sobre a proteção dos investimentos.

Todavia, esse raciocínio não se aplica normalmente quando se trata de uma arbitragem CIRDI. Por essa razão os tribunais CIRDI tentaram encontrar outros critérios objetivos para identificar um investimento internacional.

B) As técnicas de identificação oriundas dos tribunais CIRDI

Na arbitragem CIRDI, o tribunal arbitral deve ser convencido da presença de um investimento no entendimento de ambos, o tratado sobre a proteção dos investimentos aplicável e a Convenção de Washington — que é, na realidade, o seu estatuto. Muitos tratados sobre os investimentos preveem a competência dos tribunais arbitrais atuando com base na égide do CIRDI, mas não lhes impingem aceitar e reconhecer ipso jure a sua competência para todos os casos. Por isso, quando a questão da caracterização de uma atividade como um investimento surge na arbitragem e nos debates sobre a competência de um tribunal CIRDI, este deve examinar se trata-se de um investimento no sentido do tratado aplicável e da Convenção de Washington. Esse

processo chama-se do *double-test rule*: a empresa deve demonstrar a existência de um investimento segundo ambos os instrumentos. Esse passo é inexistente nas outras formas de arbitragem; a peculiaridade da arbitragem CIRDI é que se apresenta como um meio de resolução de disputas unicamente e especificamente relativo aos investimentos, enquanto a arbitragem CNUDCI se aplica tanto às disputas comerciais quanto às sobre os investimentos. Destarte, para ter acesso ao âmbito CIRDI, é preciso passar o “double test” concernente à identificação de um investimento.

Porém, a Convenção de Washington e o seu regulamento arbitral tampouco definem o conceito. Ao referir-se aos *travaux préparatoires* da Convenção, percebe-se que os Estados negociantes não seguiram uma concepção particular do investimento e deixaram, na realidade, às partes nas disputas futuras a liberdade de definir o conceito: não há uma definição porque os Estados signatários não queriam limitar o acesso à competência dos tribunais CIRDI. Coube, conseqüentemente, aos tribunais arbitrais CIRDI o papel de estabelecer os critérios de um investimento — o que fizeram ao longo das arbitragens, durante um extenso diálogo pretoriano.

Assim, em 1997, um tribunal arbitral no caso *Fedax c. Venezuela* (*Fedax c. Venezuela*, CIRDI, 1997) inaugurou a saga ao afirmar que há basicamente cinco critérios que permitem a identificação de um investimento internacional: contribuição da atividade, duração da atividade, regularidade dos benefícios, existência de um risco e contribuição ao desenvolvimento do país anfitrião. Essa decisão foi depois confirmada pelo caso *Salini c. Marrocos* que se tornou o caso de referência — o *landmark case* —, sobre essa problemática (*Salini c. Marrocos*, CIRDI, 2001). O tribunal no caso *Salini* utilizou, no entanto, apenas 4 critérios eliminando o da regularidade dos benefícios. Vários outros tribunais seguiram a posição do tribunal *Salini* retendo como critérios do investimento internacional a contribuição, a participação ao risco, a duração da atividade e a contribuição ao desenvolvimento (Por exemplo: *Joy Mining c. Egito*, CIRDI, 2004; *MHS c. Malasia*, CIRDI, 2007; *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. Líbano*, CIRDI, 2009; *Mytilineos Holdings SA c. Sérvia*, CNUDCI, 2006; *Patrick Mitchell c. República Democrática do Congo*, CIRDI, 2006; *Noble Energy, Inc. and Machalapower CIA. LTDA c. Equador*, CIRDI, 2008; *Jan de Nul N.C. and Dredging International N.C. c. Egito*, CIRDI, 2006;

Saipem S.p.A. c. Bangladesh, CIRDI, 2007). Segundo as regras de interpretação no Direito Internacional, conforme a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, uma interpretação contextual permite referir-se ao preâmbulo de um tratado ao interpretá-lo (A Competência da O.I.T., C.P.I.J., 1922; Caso colombo-peruviano sobre o direito ao asilo, C.I.J., 1950; Caso relativo aos direitos dos cidadãos dos Estados- Unidos no Marrocos espanhol, C.I.J., 1952; Caso relativo à soberania sobre Pulau Litigan e Pulau Sipadan, C.I.J., 2002). O preâmbulo da Convenção de Washington de 1965 salienta a importância dos investimentos internacionais para o desenvolvimento econômico dos países e foi nessa base e segundo uma interpretação teleológica que os tribunais consideraram que no silêncio dos textos sobre a definição dos investimentos, essa referência ao desenvolvimento poderia ser utilizada e explorada.

Dito isso, divergências existem: em razão de um dos critérios mais polêmicos — justamente aquele da contribuição ao desenvolvimento do Estado anfitrião —, um outro grupo de tribunais distanciaram-se da decisão *Salini*, afirmando que esse critério é dificilmente calculável e apresenta-se mais como uma consequência e não como um critério de investimento —, e que, dessarte, não pode ser erguido como um elemento objetivo, averiguável e confiável (*Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, CIRDI, 2009; *L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. c. Argélia*, CIRDI, 2008; *Saba Fakes c. Turquia*, CIRDI, 2010; *Victor Pey Casado et Fondation Président Allende c. Chile*, CIRDI, 2008; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Paquistão*, CIRDI, 2005; *RSM Production Corporation c. República Centro-Africana*, CIRDI, 2010). Como não há um sistema de precedente no Direito Internacional, a evolução do contencioso arbitral demonstra, conseqüentemente, que os tribunais seguiram ao mesmo tempo, e de uma forma paralela, a decisão *Salini* e a posição dos tribunais céticos ao critério do desenvolvimento. Perscrutando a tendência recente, pode ser percebido que o critério da contribuição ao desenvolvimento do país receptor está sendo afastado, o que permite confirmar que além das disposições dos acordos sobre a proteção dos investimentos que devem ser consideradas juntamente com a jurisprudência, três critérios confirmam, com certeza, no direito positivo atual, a presença de um investimento internacional: uma contribuição, uma duração da atividade e uma participação aos riscos do empreendimento.

A posição de ambos os grupos de tribunais é criticável em relação ao critério do desenvolvimento. E a crítica é oriunda da capacidade técnica e das competências do jurista para lidar com o assunto do desenvolvimento. Os tribunais afirmam que algumas atividades contribuem ao desenvolvimento do Estado anfitrião; outros replicam com o argumento contrário. Todavia, nenhum tribunal ou nenhum árbitro define o conceito do desenvolvimento e, tampouco, parece dominar as ciências do desenvolvimento: basta examinar as decisões e as sentenças arbitrais sobre essa questão para obter a confirmação. Para os tribunais, o conceito de desenvolvimento equipara-se a uma evidência; no entendimento deles, é um conceito autodefinido, que não necessita de esclarecimento e que pode ser utilizado como se fosse qualquer conceito jurídico ao alcance do jurista. Assim, a referência feita ao desenvolvimento embasa-se mais nos preconceitos dos tribunais arbitrais do que na realidade. Sem demonstração nenhuma, alguns tribunais afirmaram categoricamente que é óbvio que algumas atividades — como a construção de um hotel ou a expansão de um canal no mar — contribuem ao desenvolvimento (Jan de Nul c. Egipto, CIRDI, 2006; Helnan International c. Egipto, CIRDI, 2006). Porém, essa afirmação não é explicada, essa evidência não é demonstrada tecnicamente. O desenvolvimento é apenas sacralizado sem ser definido e sem ser conhecido; é uma opinião visual que muitos tribunais têm do conceito: visual no sentido que grandes obras, grandes construções são consideradas como promotoras do desenvolvimento enquanto outras atividades ou serviços, como um escritório de advocacia (Patrick Mitchell c. República Democrática do Congo, CIRDI, Comitê de anulação, 2006) são mais duvidosas quanto a uma eventual contribuição ao desenvolvimento. Uma vez mais, as conclusões faltam rigor científico e nesse processo a aparência de uma contribuição ao desenvolvimento é escolhida em detrimento da efetividade da contribuição. Portanto, a argumentação dos tribunais ao aceitar esse critério revela uma falta de perícia que eles poderiam preencher recorrendo aos peritos do desenvolvimento como o seu estatuto lhes permite (Por exemplo, a Regra 34 do Regulamento de Arbitragem do CIRDI, anexado à Convenção de Washington, 1965). O desenvolvimento é na sua definição e na sua concepção um conceito tentacular que abrange questões econômicas, sociais, ambientais, políticas, culturais, financeiras, monetárias, tecnológicas e, às vezes, religiosas; por isso, calcular a

contribuição de uma atividade ao desenvolvimento de um país é trabalho tecnicamente minucioso. A posição dos tribunais que valorizam esse conceito ao simplificá-lo de uma forma caricatural não convence. Tampouco convencem os argumentos dos tribunais céticos, pois eles têm o mesmo método — que é um não método —, afirmando sem demonstração científica porque tal atividade não contribui ao desenvolvimento: não basta dizer que essa demonstração é difícil ou que o desenvolvimento é uma consequência e não um critério de investimento; é preciso explicar claramente como e porque. É de tamanha importância porque muitos Estados têm desconfiado do sistema CIRDI, alguns pensando que é um sistema politizado que oferece uma proteção altíssima aos investidores estrangeiros sem considerar os interesses dos Estados, em especial os em desenvolvimento. É assim que se considera, às vezes, o afastamento radical e categórico do critério do desenvolvimento, sem justificativas sólidas, dizendo que o cálculo da contribuição não é óbvio enquanto há essa possibilidade supramencionada de utilizar a opinião dos peritos. Além de não dominar o assunto tecnicamente, os tribunais céticos pecam pela falta de pedagogia — que não ajuda a fortalecer a confiança dos Estados que se tornam céticos em relação ao sistema CIRDI.

Se esse critério é fundamental, é preciso dar-lhe o seu valor intrínseco e utilizá-lo com rigor, referindo-se, por exemplo, aos peritos, questionando-os, e forjar uma opinião apenas após esse processo. Caso contrário, seria melhor não utilizá-lo como um critério de investimento.

TEMA 2: O USO DA CLÁUSULA DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS: DE UMA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL A UMA PROTEÇÃO PROCESSUAL

1 Introdução

A cláusula da nação mais favorecida (CNMF) — e o seu espírito —, são incontestavelmente enraizados no direito das relações econômicas internacionais. Pela inclusão dessa cláusula num tratado, as partes signatárias se engajam a estender as vantagens, os privilégios e os favores entre elas preexistentes num tratado, aos outros parceiros econômicos com quem assinaram um acordo cujo objeto é similar ao primeiro. O objetivo

é claramente a liberalização das relações econômicas e a não discriminação entre parceiros. É uma forma indireta para multilateralizar vantagens econômicas embasadas num acordo bilateral. Portanto, o uso da CNMF é possível quando a cláusula se encontra num acordo – o tratado básico – aplicável entre as partes num caso específico: em outras palavras, não se pode invocar a CNMF de um outro acordo cuja violação não está sendo demandada conforme o princípio *res inter alios acta* (C.I.J., *Anglo-Iranian Oil Company*, Reino Unido/Irã, 22 de julho 1952). No mesmo sentido, o requerente deve se referir às vantagens que efetivamente existem num outro tratado no momento da demanda, ou seja, ele não pode invocar vantagens que inicialmente existiam num terceiro tratado, mas que foram posteriormente objeto de renúncia pela parte favorecida (C.I.J., *Caso sobre os direitos dos nacionais americanos em Marrocos, França/E.U.A.*, 27 de agosto 1952). Finalmente e obviamente, a CNMF protege os beneficiários que se encontram numa situação similar segundo o princípio *ejusdem generis* (Comissão Arbitral, *Ambatielos, Grecia/Reino Unido*, 6 de março 1956). O uso da CNMF é mais conhecido no âmbito da Organização Mundial do Comércio e a sua importância é ressaltada ao aparecer no artigo primeiro do GATT. Em razão de suas características – de liberalização e de igualdade –, foi também adotada no direito internacional dos investimentos, o objetivo principal sendo a uniformização (do nível) da proteção dos investidores internacionais. No entanto, a aplicação da CNMF no direito internacional dos investimentos é adornada de uma originalidade porque além de oferecer uma proteção substancial clássica (I), ela confere também uma proteção processual *sui generis* (II).

2 A proteção substancial da CNMF no direito internacional dos investimentos

A possibilidade de uma proteção substancial (A) acompanha-se, contudo, de alguns limites (B).

A) A possibilidade da proteção substancial comumente reconhecida

A maioria dos acordos sobre a proteção e a promoção dos investimentos prevê uma CNMF. Por exemplo, o tratado bilateral entre a Argentina e a Finlândia de 1993 dispõe que “[e]ach Contracting Party shall apply to investments in its territory by investors of the other

Contracting Party treatment which is no less favourable than that accorded to investments by investors of any third State”. Em inúmeros casos, os tribunais arbitrais aceitaram o princípio do uso da cláusula, permitindo, assim, que um investidor beneficie-se de uma proteção mais favorável de um outro — terceiro — tratado (por exemplo: *A.A.P.L. c. Sri Lanka*, CIRDI, 1990; *Pope & Talbot c. Canadá*, CNUDCI, 2000; *M.T.D. Equity c. Chile*, CIRDI, 2004). No caso *M.T.D. Equity c. Chile*, o tratado básico imediatamente aplicável era o acordo entre o Chile e a Malásia, o investidor sendo malasiano e o estado anfitrião sendo o Chile. Ao verificar os outros tratados do mesmo país, em especial o tratado Chile/Dinamarca e Chile/Croácia, o investidor constatou que os investidores dinamarqueses e croatas beneficiavam-se de uma forma de proteção ausente no tratado Chile/Malásia: nos tratados Chile/Dinamarca e Chile/Croácia, os investidores tinham o direito de receber todas as autorizações relevantes para implementar os seus investimentos uma vez que o Estado receptor aceitasse o estabelecimento do investidor estrangeiro no seu território. Na base da CNMF do tratado Chile/Malásia, o investidor malasiano pediu ao tribunal arbitral a importação e o benefício desse privilégio, caso contrário iria retrucar um tratamento discriminatório por ele sofrido. O tribunal arbitral nesse caso aceitou a demanda e ativou a CNMF. Basicamente, é sob essa forma — o pedido pelo investidor de uma proteção mais favorável prevista num outro tratado —, que funciona a invocação dessa cláusula que encontra, não obstante, alguns limites.

B) Os limites da CNMF

Os limites são normalmente apontados nos próprios acordos sobre a proteção dos investimentos. Por exemplo, o modelo americano de tratado sobre a proteção dos investimentos de 2012 e o modelo canadense de 2004 preveem a aplicação da CNMF apenas nos casos de estabelecimento, de aquisição, de expansão, de gestão, de operação ou de venda do investimento. Muitos modelos europeus sempre contêm uma exceção à aplicação da cláusula aos privilégios que os investidores europeus obtêm da União europeia e da integração regional. Outros tratados não submetem as vantagens fiscais ou os privilégios de uma zona de livre-comércio à CNMF. O modelo alemão dispõe, por exemplo, que “[m]easures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be

deemed treatment less favourable within the meaning [of the most favoured nation clause]”. Na base das decisões e das sentenças arbitrais votadas nos últimos dez anos, alguns países reformularam a CNMF de seus tratados. A Colômbia, no seu último tratado-modelo de 2007, afirmou que a cláusula não se aplica aos mecanismos de resolução de disputas. A possibilidade de se beneficiar de uma cláusula de resolução de disputas de um terceiro tratado pelo funcionamento da CNMF é uma problemática e uma polêmica recorrente no direito internacional dos investimentos. Trata-se da originalidade da CNMF nesse ramo do direito internacional: o seu uso processual.

3 O uso processual da CNMF no direito internacional dos investimentos

De uma forma clássica a CNMF permite a um investidor utilizar privilégios substanciais de um terceiro tratado para proteger o seu investimento. A interpretação da cláusula e a sua evolução no direito internacional dos investimentos infundiram uma outra delimitação e uma outra dimensão do princípio da nação mais favorecida: a importação do mecanismo de resolução de disputas de um terceiro tratado pelo investidor. Por exemplo, num caso específico que requer a aplicação de um tratado ‘X’, o investidor invocará a CNMF do mesmo tratado para pedir a utilização do mecanismo de resolução de disputas de um tratado ‘Y’. Há tribunais que aceitaram esse princípio (A), enquanto outros adotaram uma postura mais cética (B).

A) Um uso processual aceito por alguns tribunais

Foi um tribunal arbitral no caso *Maffezini c. Espanha* (CIRDI, 2000) que inaugurou essa interpretação da CNMF. Tratava-se de um investimento argentino na Espanha, e a disputa entre o investidor-requerente e o Estado-requerido cabia ao âmbito da aplicação do tratado bilateral entre a Argentina e a Espanha. Esse tratado prevê uma obrigação de recorrer aos tribunais nacionais do país anfitrião — nesse caso, a Espanha —, durante 18 meses antes de ter acesso à arbitragem internacional. Essa condição, todavia, não existe, por exemplo, no tratado Chile-Espanha que permite um acesso direto à arbitragem. Isso, para o investidor, foi considerado como sendo um privilégio ao investidor chileno — e, conseqüentemente, em seu detrimento. O tribunal *Maffezini* concordou com o investidor nesse

caso, estendendo a CNMF a uma cláusula processual, uma cláusula que rege a resolução de disputas entre o investidor e o Estado. No raciocínio do tribunal arbitral, a resolução de disputa se refere também a uma forma de proteção do investidor, e não há razão para não submetê-la à aplicação da CNMF; decorre dessa argumentação que uma cláusula que prevê um direito processual é equiparada a uma que oferece um direito material. O tribunal tentou explicar as razões que poderiam eventualmente e teoricamente limitar o uso da cláusula pela CNMF e evocou, nesse sentido, questões de ordem pública que justificaram e fundamentaram a aceitação do tratado pelos Estados partes. Ilustrando a sua posição, o tribunal mencionou que a existência de uma obrigação de esgotamento das vias de recursos jurídicos internos era, para esse contexto, uma questão de ordem pública que não poderia justificar a importação de um mecanismo de resolução de disputas pela CNMF. O tribunal afirmou que a mesma lógica deveria ser seguida no caso de uma cláusula *fork-in-the-road* no tratado básico: o princípio do *fork-in-the-road* implica que perante uma escolha entre a arbitragem internacional e um outro mecanismo de resolução de controvérsia previsto no tratado — os tribunais internos, por exemplo —, o investidor perde o seu direito ao acesso à arbitragem caso escolha o outro meio. Essa afirmação é criticável, pois a definição de ‘ordem pública’ utilizada pelo tribunal não é muito nítida: é difícil entender porque a cláusula *fork-in-the-road* é entendida como parte da ordem pública e não o período de 18 meses previsto no tratado *Argentina-Espanha*, sendo que ambas as cláusulas foram negociadas da mesma forma pelas partes. A conclusão arbitrária do tribunal convence pouco. Dito isso, essa decisão abriu *nolens volens* uma interpretação da CNMF que foi utilizada por vários outros tribunais posteriormente (por exemplo: *Suez c. Argentina*, CIRDI, 2006; *Gas Natural c. Argentina*, CIRDI, 2005; *Suez e Vivendi c. Argentina*, CIRDI, 2006; *RosInvest c. Rússia*, SCC, 2010). Esses tribunais consideraram que a cláusula sobre o mecanismo de resolução de disputas reveste-se da mesma importância que qualquer outra cláusula de proteção de investimentos estrangeiros. No caso *RosInvest c. Rússia*, o tratado básico entre o Reino Unido e a U.S.S.R. (nome do Estado como aparece no tratado) previa uma cláusula de resolução de disputas que permitia acesso à arbitragem internacional apenas para pedir uma compensação no caso de uma expropriação. Paralelamente, o tratado entre a Rússia e

Dinamarca possibilitava um acesso geral à arbitragem: o tribunal nomeado para esse caso afirmou não entender porque a CNMF não poderia ser aplicada à resolução de disputas e resolveu importar a cláusula de resolução de disputas do tratado Rússia-Dinamarca ao acordo Reino Unido-U.S.S.R., para não desfavorecer o investidor inglês em detrimento do investidor dinamarquês. Decorre do raciocínio desses tribunais que a arbitragem internacional é equiparada a uma proteção substancial do investidor. Outros tribunais discordam.

B) O uso processual da CNMF rejeitado por outros tribunais

O caso *Plama c. Bulgária* (CIRDI, 2005) é o antônimo do caso *Maffezini*. Tratava-se de um investimento cipriota na Bulgária. O tratado bilateral sobre a proteção dos investimentos entre a Bulgária e o Chipre previa a possibilidade de uma arbitragem ad hoc apenas para casos de compensação de expropriação. Um terceiro tratado, Bulgária-Finlândia, abria um acesso geral à arbitragem internacional sob a égide do Centro Internacional para a resolução de disputas relativas aos investimentos internacionais (CIRDI). O investidor cipriota utilizou a CNMF do tratado Bulgária-Chipre para ter acesso à arbitragem CIRDI prevista no tratado Bulgária-Finlândia. Ao perscrutar a demanda do requerente, o tribunal a rejeitou afirmando que a CNMF não se aplica às cláusulas de resolução de disputas. A explicação foi a seguinte: o tratado básico previa exceções à aplicação da CNMF (união fiscal, acordo de livre-comércio...), e, a contrario, tudo o que não é uma exceção é permitido, e nesse sentido as cláusulas de resolução de disputas não eram consideradas como exceções; no entanto, para o tribunal, as exceções previstas pelo tratado eram privilégios materiais e favores substanciais que não incluem e que não podem incluir questões processuais como a resolução de disputas. Segundo os árbitros, a intenção dos Estados deve ser clara e sem ambiguidade para que possa haver a importação de uma cláusula de resolução de disputas pela CNMF; caso contrário, não é permitido adivinhar a intenção das partes. Se não há uma menção clara da vontade de estender as fronteiras e os contornos da CNMF, implica ao revés que uma extensão não pode ocorrer (*Salini c. Jordania*, CIRDI, 2004; *Berschader c. Rússia*, SCC, 2006; *Telenor c. Hungaria*, CIRDI, 2006). Para esses tribunais é essa lógica que comanda a interpretação da CNMF segundo

os princípios de interpretação da Convenção de Vienna sobre o Direito dos Tratados (1969). O resultado, dizem eles, é mais que razoável, pois evita o *treaty shopping* (*Telenor c. Hungaria*, CIRDI, 2006).

Historicamente, a CNMF foi utilizada como um instrumento de igualdade e de liberalização que sempre tratava de privilégios e de vantagens materiais: até recentemente, a evolução do princípio da nação mais favorecida corroborava essa tendência. A inclusão da CNMF nos acordos sobre a proteção dos investimentos tinha — originalmente —, esse mesmo objetivo e esses mesmos parâmetros de multilateralizar favores materiais. Na maioria desses acordos, aliás, as exceções à CNMF são de natureza material, substancial —, o que confirma o sentido intrínseco que os Estados queriam conferir à cláusula e ao seu escopo. Sob essa perspectiva, a CNMF teria uma delimitação específica que exclui ipso jure questões processuais. Todavia, há por um lado a história de um princípio, e há por outro, o texto no qual vive. E a redação das CNMF em muitos tratados sobre a proteção dos investimentos abre, por si mesmo, a possibilidade de uma interpretação extensiva que permite abrangê-la a um conteúdo amplo. Na prática atual, uma postura razoável seria aplicar a CNMF segundo a sua apresentação textual. Há acordos que preveem a aplicação da CNMF a todas as matérias do tratado (por exemplo o tratado bilateral sobre os investimentos entre a Argentina e a Espanha de 1991): a interpretação no sentido comum e ordinário da expressão ‘todas as matérias’ revela, sem tautologia, que todas as matérias, inclusive a resolução de disputas, estão incluídas na esfera da CNMF. Da mesma forma, quando a formulação textual da CNMF não exclui expressamente, de uma maneira escrita a resolução de disputas, isso pode implicar a contrario que essa questão não foge do centro de gravidade da cláusula. Se, inversamente, consideramos o modelo do tratado colombiano supramencionado, a problemática de resolução de disputas torna-se irrelevante pelos próprios dispositivos da CNMF. Como cada CNMF é redigida de uma forma específica, é difícil adotar um princípio único. Na realidade, o único princípio razoável seria interpretar a cláusula caso a caso segundo o instrumento aplicável e a redação da sua CNMF.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Reconhecimento e Execução de
Sentenças Estrangeiras: análise
do projeto em andamento na
Conferência da Haia de Direito
Internacional Privado**

**Recognition and Enforcement
of Foreign Judgments: an
assessment of the ongoing work
of the Hague Conference on
Private International Law**

Nadia de Araujo

Fabício Bertini Pasquot Polido

Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras: análise do projeto em andamento na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado

Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: an assessment of the ongoing work of the Hague Conference on Private International Law

Nadia de Araujo*

Fabício Bertini Pasquot Polido**

Resumo¹

O presente artigo busca analisar a recente evolução dos trabalhos sobre jurisdição internacional e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (*Judgments Project*) desenvolvidos pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, organização internacional que se dedica a elaborar normas para a unificação progressiva dessa área do direito entre seus Membros. Nos últimos quatro anos, um grupo de especialistas e acadêmicos de várias universidades e centros de pesquisa brasileiros - Grupo de Sentenças Estrangeiras (GSE) - tem se reunido periodicamente no Rio de Janeiro para discutir os itens da agenda da Reunião do Conselho de Assuntos Gerais da Conferência, objetivando contribuir para o avanço dos trabalhos da organização em torno da possível elaboração e adoção de uma convenção multilateral em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Como metodologia de análise, além de identificar as principais questões pendentes, o GSE vem formulando conclusões e recomendações de modo a reiterar a posição acadêmica dos especialistas brasileiros a respeito do Projeto de Sentenças Estrangeiras na Conferência. Iniciativas da academia e sociedade civil, cujos resultados se verificam nas reuniões descritas, são fator de mobilização em torno do debate de questões do direito internacional privado em importante foro multilateral, que é a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

Palavras-chaves: Direito Internacional Privado. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Direito Processual Internacional. Cooperação Jurídica Internacional. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras. *Judgments Project*. Acordos de eleição de foro.

¹ O artigo se integra às reflexões propostas pelo Grupo de Pesquisa “O Direito Internacional Privado no Brasil e nos foros internacionais”, iniciativa de acadêmicos e especialistas de importantes universidades brasileiras para o estudo de temas do direito internacional privado nos contextos brasileiro e global, partindo de referencial de análise sobre as negociações multilaterais na área. Os objetivos institucionais do Grupo de Pesquisa se encontram descritos na plataforma DGP-CNPq (<http://lattes.cnpq.br/web/dgp>). Os autores agradecem a Marcelo De Nardi pelos valiosos comentários ao texto, e às acadêmicas Luíza Couto Chaves Brandão e Rafaela Silveira, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pelo trabalho de sistematização de documentos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado relevantes para a pesquisa.

¹ Artigo convidado

*Professora Associada da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Internacional pela USP e Mestre em Direito Comparado pela George Washington University. E-mail: nadia@nadiadearaujo.com

***Professor Adjunto de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professor do Corpo Permanente de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Doutor em Direito Internacional pela USP. E-mail: fpolido@gmail.com

Abstract

This article seeks to analyze the recent developments on the work concerning international jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments (known as *Judgments Project*) carried out by the Hague Conference on Private International Law, an international organization devoted to formulate international standards for progressive unification of private international law amongst its Members. Over the past four years, a group of experts and scholars from several Brazilian universities and research centers – the Group on Foreign Judgments (“Grupo de Sentenças Estrangeiras” - GSE) – have periodically convened preparatory meetings in Rio de Janeiro, in order to discuss the relevant topics of the agenda of the annual meetings of the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference. The GSE aims to contribute to the advancement of the Conference’s work towards the potential drafting and adoption of a multilateral convention on recognition and enforcement of foreign judgments. As a matter of methodology and apart from identifying the main unsettled issues of the Judgments Project, GSE has been formulating conclusions and recommendations which express Brazilian experts’ view on the Project. Initiatives from academia and civil society, which outcomes can be extracted from the meetings described herein, are mobilization features underlying the debate on private international law issues in a very important multilateral forum, the Hague Conference on Private International Law .

Key-Words: Private International Law. Hague Conference on Private International Law. International civil procedure law. International legal cooperation. Recognition and enforcement of foreign judgments. Judgments Project. Choice-of-court agreements.

1 Introdução

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (“Conferência da Haia”) é uma organização intergovernamental de alcance mundial, que iniciou suas atividades em 1893, tendo adquirido caráter permanente a partir de 1951², ano de aprovação do seu

estatuto. Seu escritório permanente foi estabelecido na cidade de Haia, Holanda, no ano de 1955. Contando com 74 países, e uma organização de integração regional, a União Europeia, como membros, a Conferência dedica-se à harmonização e unificação progressivas do direito internacional privado por meio de propostas de regulamentação de diversas matérias³.

Anualmente, no início do mês de abril, a Conferência da Haia realiza uma Reunião do Conselho de Assuntos Gerais. Nesse momento, são discutidos os rumos da organização, bem como feita a análise dos temas da agenda e respectivo mandato do Conselho. O resultado da Reunião é publicado em documento que alinha recomendações e conclusões do que foi decidido pelos membros. O Secretariado e os diversos grupos de trabalho e comissões especiais criados ao longo do ano são responsáveis por executar as diretrizes fixadas pelo Conselho nas reuniões anuais.⁴

3 Em especial, cf. Artigo 1º do Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951 (promulgado, no Brasil, pelo Decreto nº 3.832, de 1º de junho de 2001).

4 A metodologia de trabalho utilizada pela Conferência da Haia apresenta algumas nuances que merecem descrição mais detalhada, pois não estão claramente estabelecidas em nenhum documento em particular. As Regras de Procedimento da Conferência, por sua vez, foram revisadas em 2005 e 2012, e podem ser consultadas em: <http://www.hcch.net/upload/rules_e.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014. Quando um tópico se encontra sob elaboração para ser objeto de estudos pela Conferência, há etapas a serem cumpridas. Se for do interesse da Secretaria, é apresentado um primeiro estudo sobre a necessidade e viabilidade do tema, em geral embasado em questionário muito detalhado enviado aos Estados Membros e outros especialistas da área para um levantamento inicial. Outra possibilidade é a de qualquer Membro apresentar o tema na Reunião Anual do Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia, e cujas conclusões e recomendações constituem um documento que pauta o trabalho desenvolvido pela Organização. Em um primeiro momento, o assunto pode ter sua inclusão nesse documento, no tópico sobre trabalhos a serem desenvolvidos. Ao longo do ano, os Estados fazem gestões para sua futura inclusão na Agenda de Trabalho. Outra modalidade de avançar os estudos de um determinado assunto é mediante criação de um grupo de especialistas, com mandato específico determinado nas conclusões e recomendações da Reunião Anual do Conselho de Assuntos Gerais. Para estabelecer o grupo de trabalho, o Secretariado faz uma convocação de um grupo de juristas, com notório saber na matéria e com uma representação geográfica razoável, todos convidados na sua capacidade pessoal. O grupo se reúne e o resultado do trabalho é apresentado na Reunião de Assuntos Gerais seguinte. Um grupo pode se reunir mais de uma vez, se o Conselho ampliar seu mandato ou prorrogá-lo, quando entenderem que o trabalho deva ser aprofundado. Em seguida, um Grupo de Trabalho pode ser convocado a continuar o desenvolvimento do tema. O Grupo

2 Para maiores informações, ver a página na internet <<http://www.hcch.net>>, com a lista e texto das convenções já adotadas, trabalhos em andamento e demais atividades da Organização.

Dessa forma, é na reunião anual do Conselho dos Membros da Conferência que as agendas dos países com relação aos temas que lhe são caros e que precisam ser desenvolvidos no âmbito da Organização têm andamento. Por isso, a lista dos temas é publicada com antecedência, assim como os documentos pertinentes a cada tópico⁵.

Considerando a importância das matérias em negociação na Conferência, a Associação Americana de Direito Internacional Privado (“ASADIP”)⁶ tem procurado analisar e discutir previamente os temas que serão objeto da Reunião, de modo a contribuir com o avanço dos trabalhos e apresentar seu apoio aos temas estratégicos para o desenvolvimento do direito internacional privado nas Américas, mediante recomendações que possam servir para as negociações multilaterais naquele foro.

Entre 2011 e 2014, quatro reuniões especiais (as “Reuniões Preparatórias”), dedicadas exclusivamente a discutir os assuntos em análise pela Conferência da

de Trabalho será composto de representantes e especialistas dos Estados Membros, mas ainda é um grupo seletivo. Ao final da tarefa, a Reunião de Assuntos Gerais pode convocar uma Comissão Especial para tratar do tema, nos termos do Art. 8º do Estatuto da Conferência. Esse novo grupo é então composto de todos os Membros e outros observadores convidados e desenvolve seu trabalho ao longo de alguns anos. Por exemplo, no caso da cobrança de alimentos, a Comissão Especial designada para realizar uma convenção internacional a respeito se reuniu de 2003 a 2007, e só ao final daquele ano foi convocada uma Reunião Diplomática, na qual o trabalho desenvolvido ao longo dos anos, e finalmente negociado nos seus mínimos detalhes na Conferência Diplomática, resultou na aprovação da Convenção sobre cobrança internacional de alimentos para crianças e outros membros da família, e o Protocolo sobre a lei aplicável às obrigações alimentares, de 2007. Comissões Especiais podem também ser convocadas para examinar o funcionamento de uma determinada convenção já existente, o que é feito periodicamente. Ao final dos trabalhos, podem ser editadas recomendações para um futuro acompanhamento por parte da Secretaria ou mesmo um novo Grupo de Trabalho. Por isso, com relação ao trabalho desenvolvido no *Judgments Project*, o Grupo de Especialistas foi substituído por um Grupo de Trabalho e quando este apresentar um projeto maduro na Reunião de Assuntos Gerais, provavelmente uma Comissão Especial será convocada para as negociações do projeto.

5 Os documentos anualmente produzidos e que integram a agenda da Reunião de Assuntos Gerais encontram-se em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.

6 A ASADIP foi criada em 1975, e restabelecida em 2007. Congrega professores e profissionais e pretende promover estudos para o desenvolvimento do DIPr. Informações institucionais podem ser consultadas em <<http://www.asadip.org>> e <<http://asadip.wordpress.com>>.

Haia, foram realizadas sob os auspícios da PUC-Rio e contaram não apenas com a presença como também com a intensa atuação da então Presidente da ASADIP, Professora Claudia Lima Marques, além de professores, acadêmicos e especialistas de direito internacional privado e direito processual internacional. Os encontros foram realizados sob a coordenação das Professoras Nadia de Araujo e Daniela Vargas.

As Reuniões Preparatórias buscaram discutir alguns dos tópicos de negociações da Conferência da Haia de interesse da América Latina em geral, e do Brasil, em particular. No curso das discussões, os participantes foram divididos em grupos temáticos compostos de especialistas em cada uma das matérias, a saber: i) contratos internacionais; ii) consumidor turista; iii) cooperação jurídica internacional; iv) prova e informação do direito estrangeiro; v) reconhecimento e execução sentenças estrangeiras; e iv) maternidade por substituição.⁷

Formado sob os auspícios da 1ª Reunião Preparatória realizada pela ASADIP na PUC-Rio em 2011, o Grupo sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras (“GSE”) vem participando ativamente e de forma autônoma⁸ do debate das principais questões em torno do Projeto sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras - o *Judgments Project*, retomado na agenda da Conferência a partir de 2010.

O presente artigo tem por escopo relatar os trabalhos do GSE no tocante ao Projeto. Em primeiro lugar, será feito um relato histórico das discussões travadas na Conferência da Haia acerca do tema de sentenças internacionais. O relato se inicia nos idos de 1992 (item 2), quando o objetivo da Organização era elaborar uma convenção geral sobre jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. No entanto, diante de seu malogro, o resultado se ateve à elaboração da Convenção sobre os Acordos

7 Para maiores informações sobre as reuniões e seus resultados, de forma resumida, ver em <<http://www.haiaemdebate.blogspot.com>>. Acesso em: 28 maio 2014.

8 Desde 2011, as reuniões do GSE contaram com os seguintes participantes especialistas, de diversas universidades e centros de pesquisa no Brasil: Nadia de Araujo (relatora), Daniela T. Vargas (relatora); Fabrício B. P. Polido (secretário); Bruno Almeida; Inez Lopes, Marcos Vinicius Torres, Leila Cavallieri, Carlos E. Abreu Boucault, Daniela Jacques, Lidia Spitz, Valesca R. Borges, Gustavo Ferreira Ribeiro e Marcelo De Nardi. Anualmente, o Grupo também tem contado com a participação de integrantes do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional do Ministério da Justiça (DRCI) do Ministério da Justiça.

de Eleição de Foro de 2005 (“CHEF”)⁹. Somente nos últimos anos houve a retomada das negociações sobre o tema. Em segundo lugar, o artigo cuidará do estágio atual do projeto, sem descurar do que está ocorrendo no Brasil, a partir do olhar privilegiado do GSE. Por fim, serão apresentadas as considerações dos autores sobre o caminho a ser tomado (itens 3 e 4).

O GSE adotou como metodologia de trabalho a análise dos documentos submetidos pela Secretaria Permanente à Reunião de Assuntos Gerais e suas principais formulações¹⁰, para que pudesse estabelecer recomendações e se posicionar sobre os temas, do ponto de vista dos acadêmicos e participantes brasileiros. De destacar que o Brasil tem se envolvido intensamente em todos os foros de discussão, com representantes no Grupo de Especialistas que havia sido convocado pela Conferência da Haia, e agora no Grupo de Trabalho, com reuniões previstas para outubro de 2014 e fevereiro de 2015.

2 Sobre a relevância do Projeto de Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras (“Judgments Project” ou “Projeto”)

O *Judgments Project*, como é conhecido o projeto da Conferência da Haia, constitui iniciativa oriunda das sucessivas negociações mantidas na Organização desde a década de 1990 para a possível adoção de uma convenção multilateral relativa à jurisdição e ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras¹¹.

Em 1992, a Secretaria da Conferência da Haia recebeu proposta dos Estados Unidos¹², baseada no

9 *Hague Convention on Choice of Court Agreements, as of 30 June 2005*. A versão da Convenção em Português pode ser consultada em: <http://www.hcch.net/upload/text37_pt.pdf>. Acesso em: 28 maio 2014.

10 Os documentos relativos ao Projeto de Sentenças Estrangeiras – Judgments Project – encontram-se, fundamentalmente, em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>. Acesso em 28 maio 2014.

11 Para o retrospecto histórico sobre o Projeto, ver <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=150>. Acesso em: 28 maio 2014. Vale destacar que a elaboração de um projeto de convenção sob os auspícios da Conferência é estabelecida como atribuição da organização pelos Membros, conforme estabelece o Art. 7º de seu Estatuto (“A Conferência e, no intervalo das sessões, a Comissão de Estado poderão criar comissões especiais a fim de elaborar projetos de convenções ou estudar quaisquer questões de direito internacional privado incluídas nos objetivos da Conferência”).

12 *Letter from the Department of State to the Permanent Bureau, dated as of 5 May 1992*. Disponível em <<http://www.state.gov/documents/organization/65973.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

projeto elaborado pelo Professor Arthur von Mehren, da Faculdade de Direito de Harvard, sobre o esboço de uma Convenção relativa à jurisdição e reconhecimento de sentenças estrangeiras. O projeto pretendia de modo bastante amplo regulamentar todas as questões relativas a esses dois blocos temáticos que se interrelacionavam com o direito internacional privado e o direito processual internacional¹³. Von Mehren¹⁴ propugnava a promoção de um instrumento que contemplasse duplamente normas uniformes concernentes à jurisdição e competência internacional e ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Considerando a trajetória do desenvolvimento dos trabalhos da Conferência da Haia sobre o tema, o *Judgments Project* pode ser analisado em três fases distintas. A primeira, de concepção, se inicia no ano da proposta formulada pelos Estados Unidos à Conferência e vai até a Conferência Diplomática de 2001, quando foram interrompidas as negociações. A segunda, entre 2002 e 2005, resultou na adoção da Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro, instrumento derivado do processo negociador com mandato reduzido na Conferência da Haia para questões relativas a pactos atributivos de jurisdição em matéria comercial. A terceira, iniciada com a retomada das discussões em 2010, expressa o avanço dos trabalhos para a elaboração de um novo Projeto.

2.1 1ª fase: da proposta do Projeto à Conferência Diplomática de 2001

À época das primeiras negociações, a Secretaria da Conferência da Haia era favorável à adoção de uma convenção multilateral entre os Membros. Duas eram as vias possíveis de tratamento do tema – por meio de uma convenção única (*single convention*) apenas com regras uniformes de reconhecimento e execução de sentenças, ou por meio de uma “convenção dupla” (*double convention*), compreendendo tanto normas de jurisdição como normas de reconhecimento em matéria civil e comercial¹⁵.

13 Cf. MICHAELS, Ralf. Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions. *Duke Law School Research Paper*, n 123, p. 4, aug. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=927484>>. Acesso em: 28 maio 2014.

14 VON MEHREN, Arthur T. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference. *Law & Contemporary Problems*, v. 57, p. 271, 1994.

15 Inicialmente a preferência por uma convenção simples,

A Secretaria da Conferência da Haia parecia se posicionar por uma convenção simples, elencando entre suas razões a crescente velocidade de expansão do comércio internacional e a incerteza jurídica diante da ausência de normas uniformes sobre jurisdição, o que gerava atrasos nos processos em curso e altos custos. Havia, portanto, a necessidade premente de um instrumento multilateral que lidasse com esses aspectos, pois a sua ausência interferia nas demandas do comércio e dos negócios¹⁶.

O Grupo de Trabalho (“GT”) então existente sustentava que a Convenção da Haia de 1971 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial dificilmente atenderia a essas demandas¹⁷, especialmente por não disciplinar questões relativas à competência internacional, como tal estabelecida ou fixada pelo juiz do Estado da prolação¹⁸. Dessa forma, indiretamente, sentenças que tivessem sido proferidas sem base jurisdicional admitida e prevista pela Convenção de 1971 não poderiam ser objeto de reconhecimento e execução segundo o arcabouço multilateral vigente¹⁹. Nessas circunstâncias, as partes no contencioso internacional privado encontrariam dificuldades técnicas consideráveis para a

somente lidando com reconhecimento e execução de sentenças, era a orientação da Secretaria Permanente, como sugerido em HCCH, *Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 17 of May 1992. *Proceedings of the Seventeenth Session*, v. 1, p. 231, 1993. No âmbito material de aplicação da Convenção estariam inseridos os seguintes temas: direito de família e sucessões, considerando que alimentos são endereçados pela Convenção de Nova Iorque de 1952; direito falimentar, previdenciário e arbitragem (já tratada na existente e bem sucedida Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras).

16 HCCH. *Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments*. Prel. Doc. n. 19, of November 1992. *Proceedings of the Seventeenth Session*, v. 1, p. 257, 1993.

17 A Convenção de 1971 não alcançou o sucesso desejado pela Conferência da Haia, tendo entrado em vigor em 20 de agosto de 1979. Conta com apenas 5 Estados signatários, dentre os quais: Albânia, Chipre, Países Baixos, Portugal e Kuwait (não Membro da Conferência da Haia).

18 Cf. NYGH, Peter. *The Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, in BROCHERS, Patrick J. e ZEKOLL, Joachim (Ed.) *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. The Hague: Brill. 2001, p. 261.

19 No Grupo de Trabalho de outubro de 1992, encontravam-se importantes especialistas dedicados ao Direito Internacional Privado, ao lado de Von Mehren, como Parra-Aranguren (Venezuela), Antonio Boggiano (Argentina), H. Pfund (Estados Unidos), Peter Trooboff (Estados Unidos).

plena execução das decisões estrangeiras sob as regras da Convenção de 1971.

O GT tinha inicialmente clara preferência pela adoção de um instrumento cujo formato seria o de uma convenção dupla (*double convention*), mais inspirado no modelo da Convenção de Bruxelas de 1968 sobre Jurisdição e Execução de Sentenças em matéria Civil e Comercial (hoje substituída pelo Regulamento Bruxelas I na União Europeia) e pela Convenção paralela de Lugano, de 1988.²⁰ Nesse instrumento seriam estabelecidos os critérios de fixação de competência internacional dos tribunais de cada um dos Estados contratantes da Convenção. Ele contemplaria, igualmente, hipóteses de competência exclusiva dos tribunais domésticos sobre determinadas matérias²¹.

Esse modelo de convenção dupla apresentaria algumas vantagens para os Estados signatários. Primeiramente, ofereceria informação e previsibilidade para as partes ao fixar bases para definição da jurisdição dos tribunais em litígios pluriconectados aceitas pelos Estados signatários, tornando desnecessário o controle das leis internas. Segundo, evitaria a confusão associada a um modelo de convenção simples que, fixando bases indiretas para jurisdição (como fundamentos para não reconhecimento ou denegação de uma sentença estrangeira) pode levar a interpretações equivocadas, como se limitasse a determinação da competência internacional pelo juiz do Estado de origem àquelas. Em terceiro lugar, em relação a custos e ao tempo incorrido pelas partes, a convenção dupla facilitaria o reconhecimento e execução da sentença justamente porque essa etapa também dependeria, em larga medida da conclusão da fase adjudicatória pelos tribunais de origem, no qual a sentença foi proferida²².

Àquele momento, a Secretaria da Conferência da Haia encontrava-se sensibilizada com as anomalias existentes no tocante ao gerenciamento e regulação do contencioso internacional privado em questões comerciais. Os participantes do comércio internacional ou bem submetiam seus litígios à arbitragem, com laudos arbitrais reconhecidos em mais de 80 países (segundo o sistema da Convenção de Nova Iorque sobre

20 A partir de 10/01/2015, o Regulamento (CE) n° 1215/2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial, substituirá a Convenção de Bruxelas/Lugano.

21 HCCH. *Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments*. cit. Par.3.

22 Idem, Par.4.

Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958²³) ou aos tribunais estatais, nesse caso sem qualquer comparação razoável em termos de previsibilidade e segurança. A única exceção residiria em alocar a resolução dos litígios em tribunais de Estados signatários de um acordo ou tratado em matéria de competência internacional e reconhecimento, como era justamente o caso da Convenção de Bruxelas de 1968 para países da Europa Ocidental (hoje vertida no Regulamento 44/2001 ou “Bruxelas I”, vigente na União Europeia)²⁴.

Além de trazer previsibilidade e segurança ao contencioso internacional, a adoção de uma convenção multilateral reduziria os inconvenientes de leis internas pouco favoráveis à efetividade de decisões estrangeiras nas jurisdições estatais. Por exemplo, constata-se as seguintes situações inoportunas, até hoje presentes em alguns sistemas domésticos: (i) regras de jurisdição exorbitante, fundadas em critérios muito amplos de atribuição de competência internacional dos tribunais estatais, segundo os quais qualquer parte pode ser aliacionada, ou uma demanda ali apreciada; (ii) testes de competência do tribunal do Estado do reconhecimento; (iii) reconhecimento e execução de sentenças baseados em reciprocidade; (iv) revisão do mérito do litígio pelos tribunais do Estado do reconhecimento e execução; (v) jurisdição transitória ou efêmera (ou, na expressão original dos sistema estadunidense, ‘tag’ jurisdiction), segundo a qual é suficiente que a parte seja citada no foro para que o tribunal tenha competência para processar a ação²⁵.

Para evitar os problemas mencionados acima, o instrumento deveria conter uma lista de critérios de jurisdição internacional segundo os quais um tribunal de origem, em dado Estado contratante, deveria ser requerido a declarar-se competente para determinadas demandas pluriconectadas (pela linguagem de negociações, integrantes da “white list”). Também, deveria o instrumento conter outra lista de critérios segundo os quais os tribunais dos Estados contratantes não teriam sua competência reconhecida no regime da convenção (“black list”); e, por fim, uma terceira via permitiria aos tribunais dos Estados de

origem declararem-se competentes em casos que não estivessem nem na primeira lista de permissões nem na segunda lista de exclusões (“grey list”)²⁶.

Segundo esse mesmo sistema, o Estado no qual o reconhecimento e execução da sentença são requeridos, deveria, então: (i) executar uma sentença na qual a competência do tribunal de origem tenha sido fixada com base em um dos critérios da lista branca (*white list*); (ii) denegar o reconhecimento e execução na hipótese de a sentença ter sido proferida exclusivamente com base em um critério de competência proibido (*black list*); e (iii) livremente decidir se caberia a execução de uma sentença proferida no estrangeiro com base nos critérios não expressamente admitidos ou proibidos (*grey list*)²⁷. Interessante notar que o tribunal do Estado do reconhecimento teria, a partir dessa técnica, discricionariedade para o controle jurisdicional dos fundamentos sobre os quais a competência teria sido fixada pelos tribunais do Estado de origem, sem, no entanto, reexaminar mérito ou fatos considerados pelo juiz prolator (o que representa a própria função do juízo de delibação e o respeito à soberania do Estado estrangeiro)²⁸.

Quanto ao âmbito material de aplicação da convenção então idealizada, o GT entendia que este deveria estar adstrito às matérias civil e comercial, com ênfase especial para as sentenças fixando obrigações pecuniárias²⁹. No

26 Essa técnica nas negociações multilaterais em matéria de competência e reconhecimento e execução de sentenças, em divisão de listas ou blocos de critérios autorizando ou proibindo que os tribunais dos Estados contratantes declarem-se competentes (listas branca, negra e cinza), auxilia a formar consenso no âmbito da Conferência da Haia acerca da estrutura da convenção objetivada. Mesmo nas discussões atualmente em curso, as listas foram retomadas em partes elementares do instrumento multilateral, para que se pudesse avançar nas negociações.

27 HCCH, *Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 17, cit. Par.6. A “jurisdição transitória” ou “efêmera”, tradução para *tag jurisdiction*, é uma modalidade de jurisdição exorbitante em função da parte requerida (*rationae personae*). Ela seria, assim, relativa a qualquer pessoa que se encontre temporariamente no foro, e que, por tal condição, seja suscetível a receber citação (e.g. em trânsito ou em viagem). Essa hipótese foi aventada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Burnham v Superior Tribunal de California, County of Marin*, 495 EUA 604 (EUA, 1990). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/495/604.html>>. Acesso em: 29 maio 2014.

28 O efeito aqui descrito pode ocorrer em dada situação concreta, tendo em vista que os critérios de definição das listas são eminentemente materiais. A questão foi discutida no âmbito da última reunião do Grupo de Trabalho do Judgments Project, em fevereiro de 2013.

29 Surge aqui a truncada noção de *money judgments*, ao menos

23 Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 4311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>.

24 HCCH, *Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 17, cit. Par.2.

25 Idem, Par.4.

primeiro bloco, para o GT as questões de estatuto pessoal deveriam ser excluídas do âmbito material de aplicação, tais como direito de família e relações de parentesco. Outras questões mereceriam análise posterior, como em matéria antitruste, ambiental, responsabilidade pelo fato do produto e responsabilidade civil em geral.

Igualmente, o GT questionava a inclusão de regras sobre a discricionariedade de um tribunal de um Estado contratante em declinar da competência para apreciar um litígio com conexão internacional, caso entendesse não existir fundamento para a jurisdição por conexão insuficiente com o foro (a exemplo da regra *forum non conveniens*, típica de sistemas de tradição anglo-americana e não prevista no regime Bruxelas-Lugano).³⁰

Quanto às regras de reconhecimento e execução, o futuro instrumento deveria ser elaborado com vistas a facilitar a circulação das sentenças estrangeiras, a exemplo do que fora obtido com as regras da Convenção de Nova Iorque de 1958³¹. Entre os fundamentos que um futuro documento deveria conter para os casos de denegação do reconhecimento de uma sentença estrangeira no país de destino, o GT observava a necessidade de manter o princípio da ordem pública, para certos casos, como de sentenças proferidas à revelia de uma das partes litigantes,³² e decisões conflitantes proferidas para as mesmas partes, em distintos Estados contratantes³³.

segundo sistemas jurídicos de tradição do civil law, e recepcionada da prática estadunidense, conforme dois instrumentos normativos importantes: a *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* de 1962, com a revisão de 2005, e a *Uniform Enforcement of Foreign Judgments Act* de 1948. Genericamente, ela diz respeito a decisões versando sobre obrigações pecuniárias, passíveis, portanto, de expressão monetária, excetuando decisões em matéria de alimentos e fiscais, segundo a definição da lei.

30 Idem, Par.12.

31 Observa-se, fundamentalmente, o Art. III da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras de 1958.

32 HCCH, *Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 17, cit. Idem, Par.16. O último cenário é tido em comparação com o Artigo 34(2) do Regulamento 44-2001 da União Europeia (antigo Art. 26 da Convenção de Bruxelas de 1968): “Uma decisão não será reconhecida: 2. Se o ato que iniciou a instância, ou ato equivalente, não tiver sido comunicado ou notificado ao requerido revel, em tempo útil e de modo a permitir-lhe a defesa, a menos que o requerido não tenha interposto recurso contra a decisão embora tendo a possibilidade de o fazer”.

33 Art.34(3) do Regulamento Bruxelas I (antigo Art.27.3 das Convenções de Bruxelas-Lugano).

Por todo o exposto, nas reuniões ocorridas entre 29 e 31 de outubro de 1992, o GT considerou que uma convenção simples não poderia satisfazer as necessidades presentes do tema. Os integrantes expressavam a preferência no sentido de uma convenção dupla, reconhecendo, contudo, que uma convenção dupla “plena” (ou seja, enumerando de forma exaustiva critérios de competência), seria “muito ambiciosa no contexto de ampla adesão” pelos Membros da Conferência.³⁴

Na Ata Final da 17ª Sessão da Conferência da Haia, realizada em setembro de 1996³⁵, os Estados Membros decidiram incluir o tema da jurisdição, reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras na agenda da organização, permanecendo na pauta dos trabalhos até 2001, com a solicitação para que uma Comissão Especial se dedicasse a elaborar dispositivos para uma minuta de convenção³⁶. A partir desse período, a Conferência da Haia adicionou rica produção de documentos sobre questões centrais concernentes à jurisdição internacional direta, tais como âmbito de aplicação; exclusão de matérias;³⁷ alcance de uma convenção (dupla ou mista) sobre jurisdição e reconhecimento de sentenças estrangeiras; as principais falhas da Convenção da Haia de 1971; critérios para competência internacional dos tribunais estatais (residência habitual do réu, escolha do foro e foro do contrato, litígios em matéria de direitos

34 HCCH, *Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 19 of November 1992. in *Proceedings of the Seventeenth Session*, v. 1, p. 257, 1993. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_concl1992e.pdf>. Acesso em: 28 maio 2014.

35 HCCH, *Final Act of the Eighteenth Session*. Part B, n. 1, 30 November 1996. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/finalact18.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

36 A Comissão Especial se reuniu em diversas ocasiões, entre setembro de 1996 e outubro de 1999, objetivando elaborar uma minuta preliminar de dispositivos de uma convenção sobre jurisdição e reconhecimento e execução de sentenças. A descrição resumida do trabalho encontra-se em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=154>. Destaca-se que o Artigo 8º do Estatuto da Conferência da Haia de 1951 assim estabelece: “A Conferência e, no intervalo das sessões, a Comissão de Estado poderão criar comissões especiais a fim de elaborar projetos de convenções ou estudar quaisquer questões de direito internacional privado incluídas nos objetivos da Conferência”.

37 Dentre as matérias excluídas do escopo da convenção pretendida encontram-se as seguintes: estado civil e capacidade das pessoas naturais; obrigações de alimentos; regimes matrimoniais; testamentos e sucessões; falência e outros procedimentos análogos; segurança social; arbitragem; administrativa; fiscal e aduaneira; responsabilidade por danos nucleares, quando não regulada por outras convenções.

de propriedade intelectual, obrigações decorrentes de delitos); exceções ao exercício de jurisdição pelos tribunais estatais, a partir de regras de litispendências internacional e *forum non conveniens*³⁸; reconhecimento de medidas de urgência e medidas de proteção³⁹; regimes de reconhecimento de sentenças estrangeiras e fundamentos para denegação de reconhecimento⁴⁰ ou não-*exequatur*; critérios impeditivos de jurisdição; e interpretação uniforme das regras de competência internacional⁴¹.

Apesar de todos os esforços nessa fase de negociações, com a proposição de uma minuta de dispositivos no importante estudo dos Professores Peter Nygh e Fausto Pocar⁴², os trabalhos foram interrompidos durante a Conferência Diplomática de junho de 2001.⁴³

38 HCCH, *Synthesis of the work of the Special Commission of March 1998 on international jurisdiction and the effects of foreign judgments in civil and commercial matters* (Prel. Doc. n. 9 of July 1998). Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd9.pdf>. Acesso em: 28 maio 2014.

39 HCCH, *Note on provisional and protective measures in private international law and comparative law*. Prepared by Catherine Kessedjian, Deputy Secretary General. Prel. Doc. n. 10 of October 1998. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmPd10.pdf>>.

40 Exemplos desses fundamentos são examinados nos estudos da Secretaria Permanente: i) competência exclusiva dos tribunais do Estado de origem ou da prolação; ii) ordem pública; iii) decisões conflitantes ou irreconciliáveis; iv) indenizações excessivas; v) sentenças proferidas à revelia de uma parte; vi) denegação por inobservância de requisitos processuais de reconhecimento. Cf. HCCH, *Preliminary draft outline to assist in the preparation of a convention on international jurisdiction and the effects of foreign judgments in civil and commercial matters*. Info. Doc. n. 2 of September 1998, p.30. Disponível em: < http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_info02e.pdf>. Acesso em: 28 maio 2014.

41 Idem, p.5 e ss.

42 HCCH, *Preliminary draft Convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters* - adopted by the Special Commission and Report by Peter Nygh & Fausto Pocar. Prel. Doc. n. 11 of August 2000. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmPd11.pdf>>. Os professores Nygh e Pocar eram relatores do projeto da Convenção na Comissão Especial criada em setembro de 1996, conforme decisão dos Membros na 17ª Sessão da Conferência (cf. nota Erreur : source de la référence non trouvée supra).

43 Como visto acima, a versão preliminar da minuta da Convenção, apresentada na 5ª Reunião da Comissão de Especialistas em outubro de 1999 estabelecia três blocos de regras de competência internacional, moldando um instrumento misto: (i) jurisdição obrigatória (a “lista branca”), segundo a qual o tribunais de origem poderiam exercer jurisdição com base em certos fundamentos listados na convenção, e caso se declarassem competentes, a decisão proferida deveria ser objeto de reconhecimento e execução em outro Estado Contratante; (ii) jurisdição proibida (a “lista negra”), segundo a qual um tribunal do Estado de origem não poderia exercer

A proposta de uma convenção abrangendo questões relativas à competência internacional era muito ampla, o que levou ao insucesso entre os Estados⁴⁴.

Dentre as questões que criaram impasses na Comissão Especial estavam aquelas relativas aos critérios de competência fundados na atividade empresarial da parte demandada (comuns à prática dos tribunais dos Estados Unidos e inaceitáveis para todos outros Membros); à ausência de critérios definidos para jurisdição e competência internacional em matéria de propriedade intelectual; à eficácia de cláusulas de eleição de foro envolvendo consumidores e trabalhadores; e à relação entre competência internacional, internet e comércio eletrônico.⁴⁵

Como agravante, os Membros europeus tinham dificuldade de concordar com um novo instrumento sobre a matéria, em face das normas da Convenção de Bruxelas de 1968. A normativa europeia estava ancorada no fundamento do “reconhecimento mútuo de padrões substantivos”⁴⁶. Por seu turno, o objetivo da Convenção da Haia seria o de institucionalizar um mecanismo automático, sem adotar, contudo, harmonização normativa compatível com as regras dos países europeus. Por outro lado, a minuta não era considerada pelos demais membros como adequada para seus sistemas internos, pois fora redigida com base no modelo europeu, que tinha características próprias do modelo de integração daqueles Estados. Os Membros não avançaram no tema, pois o modelo proposto não lhes parecia adequado.⁴⁷

Na tentativa de salvar ao menos parte do Projeto, a Conferência da Haia concentrou a discussão em um

jurisdição com base em certos critérios expressamente previstos na convenção, mas se o fizesse, a decisão proferida seria denegada por outro Estado Contratante, caso levada para reconhecimento e execução; (iii) uma área indefinida (“zona cinzenta”), na qual em todos os demais casos, o tribunal de origem poderia exercer jurisdição com base em outros critérios ou fundamentos de acordo com seu direito nacional, e, caso o fizesse, a decisão estrangeira poderia ser reconhecida e executada em conformidade com o direito do Estado destinatário (do reconhecimento).

44 KRUEGER, Thalia. The 20th Session of the Hague Conference: A new choice of court convention and the issue of EC membership. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 2, p. 447, 2006.

45 TALPIS, Jeffrey; KRNJEVIC, Nick. Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: The Elephant That Gave Birth to a Mouse, in *The Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, v.13, n.1, p. 3-4, 2006.

46 Idem, p.4.

47 Ibidem.

tema específico do direito internacional privado e do direito processual internacional. O Projeto, então, cedeu espaço para uma convenção sobre pactos atributivos de jurisdição, na modalidade dos acordos ou cláusulas de eleição de foro, cujo efeito era tornar exclusiva a competência de determinados tribunais estatais escolhidos pelas partes para resolução de disputas privadas. Em particular, o trabalho da Conferência da Haia conduziu os Membros ao pleno reconhecimento da importância da utilização da via judicial para solução de litígios envolvendo contratos internacionais do comércio, sempre que houvesse o desejo expresso das partes nesse sentido. Com isso, haveria mais equilíbrio em relação ao crescente prestígio da arbitragem nesse domínio, já que ambas as formas de solução dos litígios favoreceriam o princípio da autonomia da vontade⁴⁸.

2.2 2ª. Fase: o resultado das negociações pós-2002 a Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro (CHEF)

Como examinado, para recuperar o trabalho anteriormente desenvolvido em matéria de competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras, a Conferência da Haia afastou-se do objetivo mais amplo do *Judgments Project*, que seria o de negociar uma convenção dupla ou mista sobre a matéria e optou por trazer à mesa de negociação somente os pontos sobre os quais se havia construído consenso nas negociações anteriores.

Dessa forma, concluiu em 2005 a Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro (CHEF)⁴⁹, que tão somente disciplina aspectos da escolha de foro em contratos internacionais entre partes empresárias (i.e. em negócios *business-to-business* - B2B). Essa Convenção não estabelece regras específicas sobre jurisdição direta

e reconhecimento de sentenças estrangeiras, exceto aquelas que negativamente (ou por exclusão) tenham a ver com a eleição de foro pelas partes em contratos internacionais⁵⁰.

Apesar da impossibilidade de se chegar ao consenso para a adoção de uma convenção sobre jurisdição e reconhecimento de sentenças estrangeiras, os trabalhos resultaram no estabelecimento de distinções existentes nos modelos (desejáveis ou não) de convenções multilaterais nesse domínio. De um lado, uma convenção mista lidaria com aspectos relativos à jurisdição e reconhecimento, simultaneamente; de outro, uma convenção específica (como a aquela relativa à eleição de foro) teria o mérito de introduzir ao menos regras de jurisdição indireta, quer pela derrogação da competência dos tribunais estatais diante do recurso aos pactos atributivos de jurisdição, quer pela denegação do reconhecimento de sentenças estrangeiras em um Estado cujos tribunais seriam impedidos de apreciar determinado litígio privado em virtude da eleição de foro pactuada pelas partes.

O resultado é uma convenção bastante enxuta, cuja aplicabilidade depende da existência de cláusula específica sobre a escolha do foro, e essa escolha

50 O Artigo 2º da CHEF, por seu turno, estabelece exclusões ao âmbito de aplicação da Convenção, buscando, endereçar hipóteses de matérias que não estariam cobertas pela incidência das normas convencionais: (1) acordos exclusivos de eleição do foro: (a) de que seja parte uma pessoa natural que intervém principalmente para fins pessoais, familiares ou domésticos (um consumidor); (b) relativos a contratos de trabalho, incluindo as convenções coletivas; e (2) matérias de: a) estado e capacidade de pessoas singulares, b) obrigações de alimentos; c) outras matérias de direito da família, incluindo os regimes matrimoniais e outros direitos ou obrigações derivados do casamento ou de relações similares; d) testamentos e sucessões; e) insolvência, concordatas ou acordos de credores e matérias semelhantes; f) transporte de passageiros e de mercadorias; g) poluição marinha, limitação da responsabilidade em sinistros marítimos, avarias comuns, reboque e salvamento de emergência; h) concorrência; i) responsabilidade por danos nucleares; j) pedidos de indenização por danos corporais apresentados por pessoas singulares ou em seu nome; k) pedidos de indenização por danos provocados em bens corpóreos por fato ilícito que não tenha origem contratual; l) direitos reais imobiliários e contratos de arrendamento de imóveis; m) validade, nulidade ou dissolução de pessoas coletivas e validade das decisões dos seus órgãos; n) validade de direitos de propriedade intelectual que não sejam direitos de autor e direitos conexos; o) violação de direitos de propriedade intelectual distintos dos direitos de autor e direitos conexos, exceto se o processo é ou poderia ter sido intentado por inadimplemento de um contrato entre as partes relativamente a esses direitos; p) validade das inscrições em registros públicos.

48 BEAUMONT, Paul. Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: Background, Negotiations, Analysis and Current Status. *Journal of Private International Law*, v. 5, n.1, p. 125, 2009. É importante destacar que os pactos atributivos de jurisdição podem ser examinados sob duas perspectivas no Direito Processual Internacional: (i) acordos ou cláusulas de eleição de foro propriamente ditos e (ii) os acordos de arbitragem ou cláusulas compromissórias. Essas duas categorias representam a expressão concreta do princípio da autonomia da vontade e têm implicações importantes para o contencioso internacional privado, sobretudo porque permitem definir – positivamente – os mecanismos que serão considerados na solução de litígios com conexão internacional.

49 *Hague Convention on Choice of Court Agreements, as of 30 June 2005*. Uma versão da Convenção em Português pode ser consultada em: <http://www.hcch.net/upload/text37_pt.pdf> . Acesso em: 29 maio 2014.

deve ser exclusiva⁵¹. A forma da cláusula é a escrita ou documentada de alguma maneira, em que apenas um local é escolhido.⁵² Isso exclui qualquer regra de litispendência internacional. Também houve preocupação com a validade da cláusula em separado, para evitar que qualquer nulidade do contrato a atingisse (Art.3.d da CHEF).

Na esteira do estilo anglo-saxão de elaboração normativa, a Convenção definiu os institutos que estava regulando logo no início, nos Artigos 3º e 4º. Embora a cláusula tenha aparência simples, foi objeto de grande discussão em face da divergência entre países nos quais se admite que o foro é exclusivo quando existe uma cláusula que o defina; e aqueles para os quais apesar da existência da cláusula, a sua exclusividade não é admitida. A discussão atingiu tal ponto que o Artigo 22 permite aos Estados signatários que assim desejarem a elaboração de declaração específica sobre a definição da exclusividade⁵³.

É aqui de se destacar que o campo de aplicação material da CHEF é bem delimitado, pois ela se aplica a casos envolvendo contratos empresariais (B2B) e o Art. 2º estabelece a lista de exclusões⁵⁴. Esse dispositivo contém, por exemplo, os contratos com consumidores, e tudo que for relacionado ao direito de família⁵⁵. Na verdade, embora a lista seja longa, as exclusões dizem respeito a temas que normalmente são proibidos à autonomia das partes⁵⁶. O Capítulo II cuida da

competência do tribunal selecionado, estabelecendo três regras. De acordo com a primeira, um tribunal designado pelas partes, sendo de um país signatário, não pode se eximir de julgar a causa, salvo em algumas exceções bastante restritas, como o caso da invalidade da cláusula, quando houver uma nulidade decorrente da incapacidade da parte.⁵⁷ Essa disposição expressamente proíbe fórmulas em que os tribunais apliquem a teoria do *forum non conveniens*.

A segunda regra cuida do tribunal em que a ação foi proposta, mas que não é o tribunal escolhido pelas partes. Este deve abster-se de aceitar a jurisdição se a causa lhe for proposta, salvo exceções bastante restritas, na mesma linha das regras aplicáveis à corte escolhida. A terceira regra encontra-se no Art. 11 da CHEF e se dirige ao tribunal perante o qual a decisão será objeto de reconhecimento e execução naquilo que respeitar aos danos, o que poderá ser recusado. O Capítulo III trata do reconhecimento e execução da decisão obtida no tribunal selecionado. Nesse aspecto reside o ponto nodal da Convenção de 2005 de que uma decisão não deve correr risco de ser invalidada pelos tribunais do Estado no qual uma das partes pede reconhecimento. Aqui, a CHEF se apresenta como contraponto à Convenção de Nova Iorque de 1958, ao conferir às partes, no contencioso internacional privado, garantias similares em relação às decisões obtidas em arbitragem. Há, inclusive, um anexo à Convenção com um modelo de reconhecimento das decisões estrangeiras recomendado para ser adotado pelos tribunais que julgarem casos relativos à Convenção. As possibilidades de recusa da decisão estrangeira são bastante limitadas e estão em consonância com as regras internas brasileiras para homologação de sentenças estrangeiras. Também os requisitos formais para o reconhecimento da decisão não discrepam daqueles previstos no direito brasileiro.

Um ponto interessante diz respeito às transações judiciais, que são cobertas pela Convenção, se houver a cláusula. O instituto é conhecido no direito privado de tradição do *civil law*, mas não no da *common law*, e não abrange negócios jurídicos pactuados entre particulares sem a intervenção judicial. Hipoteticamente, poderia haver um caso no Brasil em que uma transação se realizasse entre as partes, no curso de uma ação judicial, sendo posteriormente homologada, o que importaria a sua execução pelo juiz estrangeiro nos

51 Cf. HARTLEY, Trevor C. *Choice-of-court agreements under the European and international instruments: the revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention*. Oxford/New York: Oxford Univ. Press, 2013.

52 Com esse artigo, permite-se que cláusulas concluídas eletronicamente sejam aceitas. O dispositivo inspira-se no artigo 6º da Lei Modelo da UNCITRAL sobre o Comércio Eletrônico de 2006.

53 “Artigo 22º- Declarações recíprocas sobre acordos não exclusivos de eleição do foro. 1. Um Estado Contratante pode declarar que os seus tribunais reconhecerão e executarão as sentenças proferidas pelos tribunais de outros Estados Contratantes designados num acordo de eleição do foro concluído entre duas ou mais partes que preenche os requisitos previstos na alínea c) do artigo 3.º e que designa, para efeitos da apreciação de litígios que tenham surgido ou possam surgir de uma determinada relação jurídica, ou os tribunais de um ou mais Estados Contratantes (acordo não exclusivo de eleição do foro)”.

54 “Para efeitos do Capítulo II, o processo tem natureza internacional exceto se as partes residirem no mesmo Estado Contratante e a sua relação e todos os elementos pertinentes da causa, independentemente da localização do tribunal eleito, estiverem associados unicamente a esse Estado”.

55 Cf. nota Erreur : source de la référence non trouvée *supra*.

56 SCHULZ, Andrea. The Hague Convention of 30 June 2005 on choice of court agreements. *Journal of Private International Law*, v. 2, n. 2, p. 245, 2006.

57 A Convenção não prevê normas substantivas sobre os casos de invalidade, mas o direito interno de cada país decidirá sobre esse aspecto, seguindo a norma da *lex fori* para o processo.

termos da convenção. A CHEF ainda se encontra em processo de ratificação, e até o momento somente o México comunicou tê-lo finalizado. Estados Unidos e União Europeia assinaram o instrumento em 2009, e o processo interno está em andamento.⁵⁸

2.3 3ª. Fase: a retomada do Projeto de Sentenças na agenda da Reunião do Conselho de Assuntos Gerais em 2010

Em fevereiro de 2010, a Secretaria da Conferência da Haia sugeriu ao Conselho de Assuntos Gerais resgatar a discussão sobre a viabilidade de adoção de um instrumento em matéria de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras⁵⁹. Essa iniciativa demarcou o ressurgimento do *Judgments Project*.

A Secretaria indicou a continuidade, em sede multilateral, da discussão acerca do tipo de convenção (se dupla ou simples), e recomendou a constituição de um grupo de especialistas.

Na Reunião de Assuntos Gerais de 2010, o Conselho reconheceu o “valioso trabalho” realizado no âmbito do Projeto, mas ponderou que eventual retomada do tema na agenda da Conferência e a criação de um grupo de especialistas⁶⁰ deveriam ser consideradas somente após a entrada em vigor da Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005⁶¹.

58 HCCH, *Status Table of the Hague Convention on Choice of Courts Agreements of 2005*. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98>. Acesso em: 28 maio 2014. Para a União Europeia, ver Proposta de Decisão do Conselho relativa à aprovação, em nome da União Europeia, da Convenção da Haia de 30 de junho de 2005 sobre os Acordos de Eleição do Foro, de 30.1.2014. Doc COM(2014) 46 final 2014/0021. Disponível em: <<http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/files/download/082dbcc54314a3a30143e2b5edf928d4.do>>.

59 HCCH, *Continuation of the Judgments Project*. Prel. Doc. n. 14 of February 2010. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd14e.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

60 A partir daqui designado como o Grupo de Especialistas (*Expert Group*) em funcionamento no Projeto de Sentenças, de acordo com o mandato indicado em 2011 pelo Conselho de Assuntos Gerais.

61 HCCH, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*. Council on General Affairs and Policy of the Conference. 7-9 April 2010. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010concl_e.pdf>. O Conselho assim observava: “*The Council noted the suggestions made in Preliminary Document n. 14, including a proposal to convene an expert group to explore the options presented in this document. The Council recalled the valuable work which has been done in the course of the Judgments Project and noted that this could possibly provide a basis for further work. The Council concluded, however, that such exploratory work, including*

Em 2011, a Secretaria novamente chamou atenção do Conselho para reconsiderar a criação do Grupo de Especialistas e examinar o desenvolvimento alcançado na área do contencioso internacional privado, assim como a viabilidade de um “novo instrumento global”⁶². O Conselho, por sua vez, na Reunião Anual de 2011, insistiu na posição de que os trabalhos nesse campo não deveriam interferir nos esforços em curso para a promoção e entrada em vigor da Convenção de Acordos sobre Eleição de Foro, de 2005. Todavia, concluiu que um Grupo de Especialistas deveria ser criado para explorar o Projeto, com o “objetivo de apreciar os possíveis méritos” de retomá-lo na agenda da Conferência⁶³.

O Grupo de Especialistas foi então criado e passou a discutir a viabilidade de continuar os trabalhos em matéria de reconhecimento e execução de sentenças e contencioso internacional privado, recomendando ao Conselho que os esforços somente fariam sentido se pudessem atender às questões práticas não solucionadas pelos instrumentos existentes em nível multilateral⁶⁴.

Após a reunião de março de 2012, recomendou-se que o trabalho a ser realizado rumo a um instrumento global deveria contemplar normas de reconhecimento e execução de sentenças, incluindo filtros jurisdicionais⁶⁵.

the appointment of an expert group, will be further considered only following the entry into force of the 2005 Choice of Court Convention”.

62 HCCH, Review of the Activities of the Conference in regard to the Convention on Choice of Court Agreements. Prel. Doc. n. 12 of March 2011. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd12e.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014. (“*The intensified activities of the Permanent Bureau to promote the entry into force of the Choice of Court Convention will hopefully attract States into this Convention. In the circumstances, the Council may wish to continue its discussions on the Judgments Project on its own merits. In particular, it may wish to reconsider convening a group of experts to examine current developments in the area of international litigation and the feasibility of a new global instrument*”).

63 HCCH. *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*. Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011). Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2011e.pdf>.

64 HCCH. *Conclusions and Recommendations of the Expert Group on Possible Future Work on Cross-border Litigation in Civil and Commercial Matters*. Work Doc. No 2 of April 2012. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/gaf2012wd2e.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

65 O Grupo de Especialistas entendeu que o trabalho em torno do Projeto de Sentenças mereceria ser desenvolvido de modo a priorizar mecanismos mais simplificados e eficazes de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, além de contemplar os chamados “filtros jurisdicionais”. Os filtros designam, justamente, as condições diretas para reconhecimento de sentenças, normalmente conhecidos como critérios de “jurisdição indireta”. De acordo com as conclusões

Uma das primeiras preocupações do Grupo de Especialistas, no entanto, era aquela relativa ao formato do instrumento internacional em discussão. A Conferência da Haia direcionou os debates para que se determinasse se seria desejável uma convenção tratando apenas da jurisdição de forma indireta, prevendo normas uniformes para o reconhecimento de decisões estrangeiras, ou um instrumento não vinculante, como princípios gerais sobre reconhecimento de sentenças (a exemplo do que seriam fontes de *soft law*)⁶⁶. Em uma convenção “simples”, os Estados retêm seu poder de estabelecer suas regras de jurisdição de acordo com suas leis nacionais. Dessa forma, esse tipo de convenção seria considerado “imperfeito”, porque não impediria o conflito com regras internas de jurisdição exorbitante⁶⁷.

Seguindo as recomendações do Grupo de Especialistas, o Conselho para Assuntos Gerais da Conferência da Haia determinou, na reunião anual de abril de 2012, a criação de um grupo de trabalho (*working group*) para conduzir o estudo e elaborar propostas de dispositivos concernentes a reconhecimento e execução de sentenças e filtros jurisdicionais para apreciação posterior. Os integrantes desse grupo deveriam ser representantes dos Membros, havendo a possibilidade de atividades em grupos menores para endereçar questões específicas no âmbito do Projeto⁶⁸. Importante destacar que o mandato da Conferência da Haia para

do grupo de especialistas, em abril de 2011, as regras sobre filtros jurisdicionais incentivariam partes a levar decisões estrangeiras a tribunais estatais que aplicassem tais filtros de modo consistente, permitindo o reconhecimento e execução. Da mesma forma, dito instrumento seria mais atraente se estabelecesse regras de cooperação jurídica para facilitar a circulação das sentenças estrangeiras, além da comunicação entre tribunais. Outro tema pendente seria aquele da litispendência e procedimentos paralelos (*paralell proceedings*) e sua relação com normas uniformes relativas a reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Cf. HCCH. *Conclusions and Recommendations of the Expert Group on Possible Future Work on Cross-border Litigation in Civil and Commercial Matters*, cit. Par.3.

66 Idem, Par. 2.

67 São hipóteses, por exemplo, em que os tribunais nacionais de um determinado Estado sejam considerados competentes para apreciar uma demanda com base na nacionalidade da parte (e.g. tribunais franceses competentes para julgar demandas envolvendo partes litigantes de nacionalidade francesa).

68 Cf. HCCH. *Conclusions and Recommendations of the Expert Group on Possible Future Work on Cross-border Litigation in Civil and Commercial Matters*, cit. Par.4 (“...the initial task of the working group would be to prepare proposals for consideration by the Special Commission in relation to provisions for inclusion in a future instrument relating to recognition and enforcement of judgments, including jurisdictional filters”).

a continuação desse trabalho, a partir de 2012, é restrito para esse tema, fazendo conviver duas frentes distintas, porém complementares e sequenciais, entre o Grupo de Especialistas e o Grupo de Trabalho:

“17. The Council acknowledged that in working towards a future instrument, it will be important to begin by working on an agreed core of essential provisions. Consistent with that acknowledgement, the Council decided to establish a Working Group whose initial task shall be to prepare proposals for consideration by a Special Commission in relation to provisions for inclusion in a future instrument relating to recognition and enforcement of judgments, including jurisdictional filters.

18. The Council acknowledged that the desirability and feasibility of making provisions in relation to matters of jurisdiction (including parallel proceedings) in this or another future instrument require further study and discussion. The Council invited the Experts’ Group to reconvene in order to consider and make recommendations on these matters”.

Em seu aspecto técnico, as reuniões do Grupo de Trabalho, em fevereiro de 2013, foram as mais relevantes no contexto da retomada do *Judgments Project*.

A primeira proposta do Grupo de Trabalho diz respeito à relação de seu paralelismo com a Convenção da Haia sobre os Acordos de Eleição de Foro de 2005, ou a ideia de “convenção espelho” sugerindo dispositivos correspondentes entre os instrumentos.⁶⁹ A segunda diz respeito ao âmbito de aplicação do instrumento dentro da matéria civil e comercial, com exclusões de decisões estrangeiras como em questões de consumidor, trabalho, difamação e responsabilidade por danos ambientais. A terceira trata das possíveis variantes de filtros jurisdicionais (critérios de jurisdição indireta), como: (i) foro do domicílio do réu; (ii) local de estabelecimento, filial ou subsidiária da parte demandada; (iii) o local de atividades comerciais regulares do réu; (iv) local de cumprimento da obrigação contratual; (v) local de ocorrência do ato delitual e local dos danos para ações em matéria de obrigações

69 HCCH. *Report of the Working Group meeting. Group on the Judgments Project. 18 - 20 February 2013. Prel. Doc. n. 3 of March 2013, Annex 1*. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2013pd03e.pdf#report>>. Acesso em: 28 maio 2014.

extracontratuais; (vi) local de situação do bem, em caso de ações relativas a bens imóveis⁷⁰.

Atualmente, o Projeto continua na agenda de trabalhos da Conferência e, com muita cautela, tem recebido apoio dos Membros, em especial por manter uma relação de complementaridade com a Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005. Dentre as preocupações principais dos países Membros está, igualmente, a de dar seguimento às atividades do Grupo de Trabalho e Grupo de Especialistas. A Secretaria chama a atenção para a necessidade de o Grupo de Trabalho continuar a avançar no estudo sobre a viabilidade de uma convenção multilateral sobre o tema, e, só então o Conselho para Assuntos Gerais poderá decidir sobre as recomendações a serem formuladas pelo Grupo de Especialistas⁷¹.

3 A agenda de negociações na Conferência da Haia e a metodologia de trabalho do GSE

Anualmente, a Conferência da Haia avança em matérias relacionadas ao seu planejamento institucional por meio da agenda das Reuniões do Conselho para Assuntos Gerais⁷². Em preparação a essas reuniões anuais, são publicados estudos, coordenados pela

70 Idem, p.10. A reunião de fevereiro de 2012 do Grupo de Trabalho também definiu algumas terminologias de uso comum, tais como: “tribunal destinatário”: o tribunal que é requerido para reconhecer e executar uma sentença; “tribunal de origem”, como aquele que profere a decisão; “fundamentos para denegação”: as circunstâncias pelas quais o reconhecimento ou execução de uma sentença podem ser rejeitados pelo tribunal destinatário; “filtros jurisdicionais” ou “critérios indiretos de jurisdição”, ou critérios determinando se uma sentença é apta a reconhecimento e execução por referência à critérios de jurisdição nos quais a sentença proferida foi fundada.

71 Na última Reunião realizada em abril de 2014, o Conselho conclui que o avanço realizado até o momento, no contexto do Projeto de Sentenças Estrangeiras, teria sido promissor e que o Grupo de Trabalho deveria continuar o seu trabalho, para apresentar, em 2015, uma proposta sobre as próximas etapas rumo ao desenvolvimento de uma convenção sobre reconhecimento e execução. Cf. HCCH, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*. Council on General Affairs and Policy of the Conference, 8-10, April 2014, em especial item 6. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf>. (“*The Council stressed the importance of this project and welcomed the significant progress made by the Working Group at its February 2014 meeting. The Council invited the Working Group to continue its work as set out in the February 2014 Working Group meeting Report (Annex to Prel. Doc. n. 7), including a suggested plan for further steps to be taken towards the development of a Convention in this field. The Permanent Bureau will report to the Council of 2015*”).

72 Informações sobre a agenda do Conselho e documentos institucionais estão disponíveis em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5> . Acesso em: 28 maio 2014.

Secretaria Permanente, que apresentam os resultados dos grupos de especialistas e de comissões especiais, todos em conformidade com seus respectivos mandatos. Os Membros da Conferência, por seu turno, apresentam trabalhos e temas para a agenda e enviam suas delegações para participar das negociações multilaterais.

Seguindo a rotina das Reuniões do Conselho para Assuntos da Conferência, o GSE participou de todas as Reuniões Preparatórias da ASADIP realizadas na PUC-Rio. Temos hoje um foro permanente para a discussão de temas e elaboração de estudos que endereçam especificamente as necessidades da região (aqui, amplamente, as Américas) e para a definição de temas do direito internacional privado para inclusão na agenda da Conferência da Haia.⁷³

As Reuniões Preparatórias atenderam a um pedido formulado pela Conferência da Haia à ASADIP em 2010, por ocasião das Jornadas da ASADIP realizadas em Montevideo, para que fossem apresentadas sugestões na reunião do Conselho para Assuntos Gerais de 2011. A Conferência da Haia entendia que a participação da ASADIP representaria, de forma concreta, um esforço de ouvir vozes da sociedade civil, em especial dos que se dedicam à promoção e estudo do DIPr. Desde então há uma colaboração formal entre a Conferência da Haia e a ASADIP para o desenvolvimento de trabalhos conjuntos, e participação de seus membros nas reuniões especializadas. Dada a importância da relação com as Américas e a necessidade de minimizar o viés eurocêntrico que por muito tempo a dominou, a Conferência da Haia conta hoje com oficiais de origem latino-americana, e com a participação contínua de delegações dos Membros

73 A ASADIP, conforme anunciado na abertura da 1ª. Reunião Preparatória, em março de 2011, por sua então Presidente Cláudia Lima Marques, foi relançada no ano de 2007. Em sua ideia original, advogada por seu fundador, o Professor Haroldo Valladão, havia o desejo de estabelecer uma organização não governamental dedicada aos estudos e avanço da disciplina entre os países americanos, considerando a visão predominante nas distintas escolas que se destacavam no avanço científico do Direito Internacional Privado desde o final do século XIX, entre círculos acadêmicos da Europa e Américas. Com efeito, a refundação da ASADIP teve como proposta uma filiação de caráter mais amplo, na qual não apenas professores, mas também membros de governos, advogados, e estudantes pudessem se associar e participar de suas diversas comissões e grupos. A lista atual de membros honorários e associados da ASADIP se encontra disponível na internet: <<http://www.asadip.org/sobre-asadip/miembros/>> . Acesso em: 28 maio 2014.

latino- americanos, fortalecendo o engajamento institucional da região.⁷⁴

Especificamente no que concerne ao Projeto, a Conferência da Haia teve dúvidas quanto ao momento apropriado para prosseguir com o tema na agenda, pois temia que este colidisse com os esforços em curso para promoção da Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005. Por isso, na Reunião do Conselho de Assuntos Gerais de abril de 2011, alguns Membros mantiveram sua posição, do ano anterior, de que, somente após a entrada em vigor da CHEF, deveria a Conferência dar continuidade ao projeto. Outros Membros, contudo, encorajaram a Conferência da Haia a seguir estudando o tema do reconhecimento e execução de sentenças, inclusive com a consolidação de um Grupo de Trabalho, o que ocorreu, de fato, após a reunião do Conselho de Assuntos Gerais em abril de 2012. Delegações do Brasil e da Argentina, por exemplo, tiveram o cuidado de destacar a importância, para os países latino-americanos, dos seminários que foram realizados pela Conferência da Haia em novembro de 2010 no Rio de Janeiro, para discutir a necessidade de promoção da Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005⁷⁵.

O trabalho desenvolvido pelo GSE nos últimos anos foi incluído em documento com recomendações expressas sobre o andamento dos principais tópicos

74 As diversas reuniões do GSE já contaram com a participação de inúmeros professores, especialistas e funcionários dos governos, sendo de se destacar o papel da Reunião Preparatória como um polo irradiador de ideias para a construção de um Direito Internacional Privado adequado às novas demandas da sociedade. Isso porque temas da agenda da Conferência da Haia tocam questões relativas a direito de família e menores, contratos internacionais e direito empresarial internacional, cooperação jurídica internacional (judicial e administrativa). Também se reconhece o papel da Conferência da Haia na elaboração de formulários para a operacionalização de suas convenções, implementando de maneira padronizada a cooperação jurídica internacional no campo administrativo, com o auxílio das autoridades centrais em distintos regimes estabelecidos pelos instrumentos normativos que ela administra e monitora.

75 Os eventos de novembro de 2010, realizados na PUC-Rio, envolveram participantes da Secretaria da Conferência da Haia, Ministério da Justiça brasileiro e especialistas, para discutir aspectos da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 e da Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005. Entre as principais conclusões, ressaltava-se o fato de a CHEF conferir o mesmo grau de segurança jurídica a empresários que escolherem a via judicial para resolver suas disputas, em paralelo feito com a arbitragem e a efetividade das cláusulas compromissórias. A esse respeito, ver notícias no site: <<http://www.controversiasinternacionais.blogspot.com>>.

em discussão na organização, que contou com o apoio dos profissionais da região. A *Carta do Rio de Janeiro*, elaborada ao final da 2ª Reunião em 2012⁷⁶, deu expresso apoio à continuidade dos trabalhos relativos a diversos temas, incluindo ao Projeto .

Importante destacar que o GSE, desde sua criação, tem sido favorável a que os Membros da região das Américas permaneçam firmes na tarefa de chamar a atenção de seus respectivos governos para a adoção da Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005 e para a relevância da continuidade do Projeto .

São destacadas no próximo item as principais conclusões e recomendações gerais do GSE para o Projeto nos quatro anos de reuniões (2011, 2012, 2013, e 2014).

4 O Grupo de Sentenças Estrangeiras (GSE) da ASADIP e conclusões formuladas para a Reunião do Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia

O GSE buscou, desde a 1ª Reunião de 2011, discutir as principais questões em torno do Projeto, tal como ele havia sido retomado na agenda de negociações em 2010. Utilizando uma metodologia própria, o GSE identificou os principais documentos submetidos pela Secretaria Permanente à Reunião de Assuntos Gerais e suas formulações⁷⁷. Com isso, ao final de cada reunião, elaborou recomendações sobre o Projeto negociado nos mandatos da Conferência.

76 O texto integral da Carta do Rio de Janeiro de 2012 se encontra publicado em: <<http://haiaemdebate.blogspot.com.br/2012/03/ii-reuniao-preparatoria-da-asadip-para.html>>, e <<http://asadip.wordpress.com/2012/04/11/carta-de-ro-de-janeiro-relativa-a-una-agenda-americana-para-el-derecho-internacional-privado/>>. Acesso em: 28 maio 2014.

77 HCCH. *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters*. Report by Peter Nygh and Fausto Pocar. Prel. Doc. n. 11, of August 2000. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmPd11.pdf>>. ; HCCH. *Some reflections on the present state of negotiations on the judgment project*. Secretariat. Prel. Doc. n. 16, of February 2002. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/genPd16e.pdf>>. HCCH. *Reflection paper to assist in the preparation of a convention on Jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters*. Prepared by Andrea Schulz. Prel. Doc. n. 19, of August 2002. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmPd19e.pdf>>; HCCH. *The relationship between the judgments project and other international documents*. Prepared by Andrea Schulz. Prel. Doc. n. 24, of December 2003. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmPd24e.pdf>>; HCCH. *Continuation of the Judgments Project*. Doc. Prel. 14 of February 2010. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010Pd14e.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014

Na 1ª Reunião Preparatória, de 2011, a principal orientação do GSE tratou de encorajar a Organização quanto à retomada do tema, sobretudo para aproveitar os trabalhos já realizados no passado e que culminaram com a adoção da Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005⁷⁸. Primeiramente, quanto à natureza do instrumento, o GSE entendeu que o modelo viável e desejável seria justamente uma convenção multilateral estabelecendo normas de reconhecimento e execução de sentenças e de jurisdição indireta, espelhada na CHEF⁷⁹. Em segundo lugar, a Conferência da Haia deveria se valer de formulários eletrônicos para obtenção de informações relativas às sentenças estrangeiras e delimitar, com clareza, os contornos da função das autoridades centrais para a transmissão das sentenças estrangeiras, dispensando a tramitação e legalização diplomáticas como fases da cooperação jurídica internacional⁸⁰.

78 Inclusive, é posição do GSE, de que os Estados da região das Américas devam buscar, ao máximo, aderir à CHEF, em vista de seu potencial de modernização das normas de direito processual internacional.

79 Inicialmente, a Secretaria da Conferência enfatizava a dúvida sobre a natureza do futuro instrumento a ser negociado, se vinculante, fundado em uma convenção multilateral, ou não-vinculante, baseado em princípios gerais ou diretrizes. A esse respeito, cf. HCCH. *Continuation of the Judgments Project*. Doc. Prel. 14 of February 2010, Par.10 (Assim se referindo: “*One option would be to continue the work along the lines of the Choice of Court Convention, i.e., completing it by a binding instrument - either in the form of a Protocol or of a self-standing Convention- on certain “core” primary grounds of jurisdiction around which consensus might be achieved*”). Nos últimos dois anos, após discussões travadas no âmbito do Grupo de Trabalho e Grupo de Especialistas sobre Sentenças Estrangeiras, a Conferência foi acenando para a proposta de adoção de uma convenção multilateral, exatamente espelhada na Convenção de 2005 sobre a Cláusula de Eleição de Foro. O GSE considerou, por ocasião da 1ª Reunião, ser mais adequado que a Conferência não desperdiçasse o rico material construído a partir do legado intelectual de Arthur von Mehren na concepção do Projeto de Sentenças Estrangeiras, e que a melhor forma de alcançar uniformização normativa nesse campo seria a partir de uma convenção multilateral. Vale destacar que essa recomendação foi sendo reiteradamente feita à Conferência da Haia, de modo a manter-se a interpretação e aplicação de eventual instrumento a ser adotado nesse campo consistente com os instrumentos internacionais vigentes.

80 Basicamente, trata-se do modelo de cooperação objetivado pela Convenção da Haia sobre Obtenção de Provas no Estrangeiro de 1970, a que o Brasil recentemente aderiu. Texto integral disponível em: <http://www.hcch.net/upload/text20_pt.pdf> (último acesso em 28.05.2015). O Art.3º da Convenção de 1970 prevê a atuação direta da Autoridades Centrais na comunicação e recepção de cartas rogatórias veiculando pedidos de obtenção de provas, além da dispensa de legalização e formalidades análogas.

O GSE também destacou ser importante que o projeto delimitasse a distinção exata entre sentenças estrangeiras e outros provimentos decisórios originados no estrangeiro. No âmbito do reconhecimento, concluiu que deveriam ser incluídos os atos decisórios de natureza não jurisdicional e os acordos concluídos ou homologados perante autoridades administrativas ou judiciais. Essa fórmula se encontra em plena conformidade com a regra de aplicabilidade material em matéria de reconhecimento e execução contida no Art.19(1) da Convenção sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e outros Membros da Família, de 23 de novembro de 2007⁸¹.

Na 2ª Reunião Preparatória, de 2012, o GSE buscou analisar os novos documentos submetidos pela Conferência da Haia à apreciação da Reunião de Assuntos Gerais⁸² daquele ano. Estes documentos também refletem os trabalhos e considerações do Grupo de Especialistas sobre o assunto, tais como os reflexos do tema sobre o contencioso internacional privado (*international litigation*), a revisão sobre as interações práticas da Convenção da Haia sobre aspectos civis relativos ao sequestro internacional de menores de 1980⁸³ e a Convenção da Haia sobre competência, lei aplicável, reconhecimento, execução e cooperação relativa à responsabilidade parental e medidas de proteção de menores, de 1996⁸⁴, além da

81 Cf. primeira parte do Art.19(1): “O presente capítulo aplica-se às decisões em matéria de alimentos proferidas por uma autoridade judiciária ou administrativa. Entende-se igualmente por «decisão» as transações ou os acordos concluídos perante essa autoridade ou por ela homologados”. O Brasil não é parte signatária da Convenção de Alimentos de 2007, cuja versão em Português se encontra disponível em: <http://www.hcch.net/upload/text38_pt.pdf>. (último acesso em 24.05.2014).

82 HCCH. Ongoing work on international litigation and possible continuation of the Judgments Project. Prel. Doc. n. 5 of March 2012. Disponível em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>; HCCH. Questionnaire on the Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders. Prel. Doc. n. 4A of November 2012. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5> . Acesso em: 24 maio 2014.

83 Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto n.º 3.413, de 14 de abril de 2000. A Convenção sobre Sequestro de Menores de 1980 conta, na atualidade, com 92 Estados Contratantes, e estabelece um dos mais importantes eixos de cooperação jurídica internacional em matéria de direito de família e proteção de menores.

84 Hague Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children, of 19 October 1996. Texto integral disponível em: <<http://www.hcch.net>>

própria atuação da Organização na promoção de adesões à Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005⁸⁵.

O Grupo entendeu ser relevante para os trabalhos da Conferência da Haia a análise das possíveis interfaces de um instrumento global em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras com demais instrumentos normativos multilaterais e regionais, sobretudo a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais de 1958, os Regulamentos Bruxelas-I e Bruxelas-II (EU); as convenções interamericanas sobre essa matéria (CIDIPs-OEA)⁸⁶, protocolos do MERCOSUL⁸⁷ e outras iniciativas de elaboração normativa e cooperação judiciária internacional. Com isso, destacou-se a necessidade de minimizar qualquer duplicação de esforços dentro da própria Conferência da Haia, particularmente em momentos de constrição orçamentária por decisão dos Estados Membros.

Justamente com base na discussão dos trabalhos na 2ª Reunião Preparatória, e em linha com o apoio prestado pela Carta do Rio de Janeiro ao *Judgments Project*, o GSE recomendou à Conferência da Haia que fosse fortalecido o mandato do Grupo de Trabalho

net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70>. O Brasil não é signatário dessa Convenção.

85 Cf. HCCH, Ongoing work on international litigation and possible continuation of the Judgments Project. Prel. Doc. n. 5 of March 2012; HCCH, Planning for the sixth meeting of the Special Commission to review the practical operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children. Prel. Doc. n. 14 of February 2011; HCCH, Review of the activities of the Conference with regard to the Convention on Choice of Court Agreements. Rel. Doc. n. 12 of March 2011.

86 Dentre os exemplos, destacam-se especificamente as seguintes convenções: Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 8 de maio de 1979 (Decreto nº 2411, de 2 de dezembro de 1997) e Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, de 15 de julho de 1989 (Decreto nº 2428, de 17 de dezembro de 1997).

87 Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Leñas), de 27 de junho de 1992 (Decreto nº 2067, de 12 de novembro de 1996) e o Acordo de Buenos Aires sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, de 5 de julho de 2002 (Decreto nº 6.891, de 2 de julho de 2009).

em sentenças estrangeiras. Dessa forma, seria possível avançar na elaboração de um instrumento convencional, de tipo simples, *complementar* e *evolutivo* à Convenção da Haia sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005. O GSE entendeu que a Conferência da Haia poderia apoiar iniciativas de divulgação da relevância e oportunidade para adoção de um instrumento global em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras pelos seus Membros, em colaboração com organizações regionais (como por exemplo, OEA, MERCOSUL, entre Membros da América Latina). O GSE também manteve o incentivo a que outros Membros à adesão e ratificação da Convenção sobre os Acordos de Eleição de Foro de 2005.

Neste momento,, foi consenso entre os integrantes do GSE de que a ASADIP teria condições de continuar a apoiar todas as iniciativas da Conferência da Haia em torno de um instrumento internacional contemplando matéria relativa à jurisdição indireta e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. Assim, seria desejável que o Projeto culminasse com a adoção de uma convenção multilateral, e não apenas de princípios gerais ou diretrizes.

Neste sentido, o GSE sugeriu que a Conferência da Haia, partindo das atividades do Grupo de Trabalho e Grupo de Especialistas existentes⁸⁸, promovesse maior discussão sobre: (i) a delimitação precisa do escopo e do âmbito material de aplicação das normas de um futuro instrumento a ser negociado a partir do Projeto de Sentenças; (ii) em que medida esses dispositivos se relacionam com contencioso internacional privado em matérias civil e comercial (*crossborder litigation in civil and commercial matters*) e (iii) os possíveis critérios de jurisdição indireta ou filtros jurisdicionais em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Na 3ª Reunião Preparatória, de 2013, o GSE discutiu as novas contribuições feitas pelo Grupo de Especialistas⁸⁹, e a possibilidade de inclusão de

88 Cf. distinções feitas no item 2.3 supra sobre os grupos criados pelo Conselho de Assuntos Gerais.

89 Cf. HCCH. Conclusions and Recommendations of the Expert Group on Possible Future Work on Cross-border Litigation in Civil and Commercial Matters. Work Doc. n. 2 of April 2012. Disponível em: < <http://www.hcch.net/upload/gaf2012wd2e.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2014. Como examinado no item 2.3, o Grupo de Especialistas expressou a preocupação de que o Projeto de Sentenças Estrangeira deveria priorizar mecanismos simplificados e eficazes para reconhecimento e execução, além de sustentar que regras sobre filtros jurisdicionais incentivariam as partes a levar decisões estrangeiras a determinados tribunais estatais

medidas coercitivas de proteção em matéria civil. Essa discussão, em particular, tem sido travada no contexto mais amplo do *Judgments Project*, após a adoção do Questionário sobre Medidas Coercitivas de Proteção em Matéria Civil, de novembro de 2012⁹⁰, pela Secretaria. Trata-se de documento que objetivou colher informações dos Membros da Conferência em relação a esse tópico em particular. Se, por um lado, o tema das medidas cautelares seria deixado de fora do esboço de uma futura convenção multilateral, por outro a Conferência da Haia acenou para a necessidade de mantê-lo em uma frente de trabalho autônoma.

Em particular, o GSE entendeu ser oportuno fornecer subsídios técnicos para o Questionário sobre Medidas Coercitivas⁹¹ a partir da perspectiva jurídica brasileira (material legislativo e jurisprudencial), e abordar questões substantivas concernentes a medidas de proteção em matéria civil (e.g. Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, Estatuto do Idoso de 2003 e Lei Maria da Penha de 2006). Do ponto de vista da participação do Brasil, foi interessante compartilhar informações a respeito das medidas coercitivas de proteção previstas no ordenamento interno, como aquelas existentes para situações de violência doméstica, perseguição e assédio a membros da família.

O GSE enfatizou a necessidade de se prever alguma solução, ainda que em separado, para as medidas cautelares, pois uma futura convenção somente aplicar-se-ia às sentenças terminativas de mérito proferidas no estrangeiro, no curso do contencioso internacional privado.

O GSE ressaltou, ainda, sua preocupação com a inclusão de alguma medida de proteção aos vulneráveis de forma diferenciada, qualquer que seja a opção final de instrumento (escopo material e campo de aplicação), sobretudo quanto a reconhecimento e execução de sentenças originadas de países da região das Américas que encontrem dificuldade ou obstáculos em outros países membros da Conferência da Haia de Direito

que aplicassem tais filtros de modo consistente, permitindo o reconhecimento e execução. Na visão do Grupo de Especialistas, um instrumento multilateral nesse campo também requer regras de cooperação jurídica internacional destinadas a facilitar a circulação das sentenças estrangeiras.

90 HCCH, Questionnaire on the Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders. Prel. Doc. n. 4A of November 2012. Disponível em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>. Acesso em: 18 maio 2014.

91 Idem.

Internacional Privado (e.g. em matérias de direito do consumidor, trabalho).

A Reunião do Conselho para Assuntos Gerais da Haia, de abril de 2013, continuou a recomendar aos Membros a continuidade dos trabalhos em torno do Projeto, além da inclusão de dois temas complementares: pesquisa comparativa sobre as medidas coercitivas de proteção nos sistemas domésticos e estudos sobre o reconhecimento e a execução de acordos celebrados em litígios transnacionais envolvendo direitos da criança, incluindo-se aqueles alcançados por meio de mediação (tema, aliás, já inserido a partir da Reunião de Assuntos Gerais de 2012)⁹².

Em março de 2014, em sua 4ª Reunião Preparatória, o GSE retomou a discussão sobre o *Judgments Project*, analisando os documentos oriundos das reuniões do Grupo de Trabalho e do Grupo de Especialistas no ano anterior. Em seu estudo, apontou as dúvidas existentes quanto à elaboração de dispositivos sobre certos aspectos da jurisdição internacional no reconhecimento e execução de sentenças.⁹³

O GSE reiterou, mais uma vez, seu apoio à adoção da Convenção sobre Acordos de Eleição de Foro de 2005, reafirmando a total complementaridade desse instrumento com o *Judgments Project*. Também se manifestou favoravelmente à continuidade do Projeto, não considerando que uma decisão da Conferência da Haia, pela adoção de um futuro instrumento na área de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, seja razão para desestimular ou servir de obstáculo à adesão dos Membros à Convenção de 2005. Mais uma vez, seguindo as conclusões das reuniões preparatórias anteriores, o GSE sugeriu que a ASADIP insistisse na divulgação de apoio, no plano regional, para adesões

92 nesse sentido, HCCH, Conclusions and recommendations adopted by the Council. Council on General Affairs. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf>. Acesso em: 29 maio 2014

93 HCCH, Process Paper on the Continuation of the Judgments Project: drawn up by the Permanent Bureau. August 2013; HCCH, Ongoing work on judgments Choice of Court Convention and Judgments Project. Prel. Doc. n. 7. February 2014; HCCH, Report of the Second Meeting of the Working Group of the Judgements Project. February 2014; HCCH, Recognition and Enforcement of foreign civil protection orders. Permanent Bureau, Report of the Meeting of the Expert Group, Prel. Doc. No. 4: 12-13 February, 2014; HCCH, Work Programme resulting from the conclusions and recommendation adopted by the conclusion and recommendation adopted by the recent special Commission Meetings on the Practical Operation of the Legal- Cooperation Convention and Status of Implementation. Permanent Bureau. Prel. Doc. n. 12. March 2014.

e ratificações da Convenção de 2005, em particular quanto a ações coordenadas entre a Conferência da Haia, governos, autoridades locais, academia e setores interessados.

Como já examinado, desde a retomada do Projeto, em 2010, a Conferência da Haia temia que eventuais trabalhos rumo a um “instrumento global” em matéria de reconhecimento e execução prejudicassem os esforços em curso para promoção da Convenção de 2005 entre os Membros. A Secretaria, no entanto, tem afirmado que dificuldades operacionais em relação à adoção da CHEF não devem frustrar o objetivo do *Judgments Project*⁹⁴.

Em conclusão da sua 4ª Reunião Preparatória, o GSE novamente apoiou todas as iniciativas da Conferência da Haia que avancem na direção da elaboração de uma convenção multilateral contemplando matéria relativa à jurisdição indireta e reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. A exemplo do que já ocorre em relação ao movimento de adesões à Convenção de 2005 (em referência ao importante passo dado pela União Europeia quanto à adesão à Convenção em janeiro de 2014)⁹⁵, não somente seria desejável elaborar um instrumento internacional sobre sentenças estrangeiras, como seria viável adotar o formato de uma convenção multilateral para atingir esse objetivo⁹⁶.

Quanto aos mandatos do Grupo de Trabalho e Grupo de Especialistas na Conferência da Haia, o GSE entendeu que o Conselho para Assuntos Gerais deveria optar por manter o sequenciamento das atividades, conforme avaliado pela Secretaria em seu *Process Paper* de agosto de 2013⁹⁷. Tendo em vista as dificuldades

94 Essa posição apresenta-se evidente no artigo da Secretaria sobre processo negociador da Conferência. Cf. HCCH, *Process Paper on the Continuation of the Judgments Project: drawn up by the Permanent Bureau*. August 2013. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm2013processpaper_e.pdf> Acesso em: 29 maio 2014.

95 item 2.2 supra.

96 Desde a 1ª Reunião Preparatória da ASADIP, em março de 2010, como visto (nota supra), o GSE entendeu que a melhor forma de alcançar uniformização normativa em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras seria a partir de uma convenção multilateral, e não, por princípios gerais ou diretrizes. Tecnicamente, essa posição parece ser muito mais coerente na atualidade, pois advoga o paralelismo entre os instrumentos normativos existentes e também administrados pela Conferência da Haia. A CHEF de 2005, como se sabe, logo entrará em vigor no plano internacional e, com ela, uma futura convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças em matéria civil e comercial faria importante dupla.

97 HCCH. *Process Paper on the Continuation of the Judgments Project: drawn up by the Permanent Bureau*. August

operacionais da Conferência da Haia, seria desejável que se chegasse à conclusão de um instrumento convencional ainda no atual mandato do Grupo de Trabalho e Grupo de Especialistas⁹⁸.

Outro aspecto analisado pelo GSE dizia respeito à relação entre o Projeto e certas convenções multilaterais vigentes. O Grupo considerou relevante apoiar a supressão de negociações da matéria relativa à execução de obrigações de alimentos de um futuro instrumento envolvendo reconhecimento de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial. A Convenção de Nova Iorque sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1956⁹⁹, por exemplo, já contempla a hipótese de execução de “sentença, decisão ou qualquer ato judiciário” que sejam apropriados para assegurar a prestação de alimentos no estrangeiro¹⁰⁰, sem entrar, no entanto em detalhes técnicos sobre cooperação jurídica internacional e reconhecimento propriamente considerado¹⁰¹.

2013. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm2013processpaper_e.pdf>. Acesso em: 28 maio 2014.

98 Isso porque, tecnicamente, a Secretaria acenou para as dificuldades encontradas no sequenciamento de atividades dos dois grupos criados sob a égide do Judgments Project- Grupo de Trabalho e Grupo de Especialistas, observando a necessidade de avanço em suas posições sobre o processo negociador do futuro instrumento. Cf. HCCH, *Process Paper on the Continuation of the Judgments Project*; cit, p. 3-4. Nesse estudo, são analisados os fundamentos do Projeto de Sentença e os possíveis méritos da retomada das negociações, além de aspectos procedimentais das tarefas desempenhadas pelos dois grupos em atividades.

99 Convenção das Nações Unidas sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 20 de junho de 1956. Incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965.

100 Cf. Art. IV.1 da Convenção de Nova Iorque de 1956 (“A Instituição Intermediária, atuando dentro dos limites dos poderes conferidos pelo demandante, tomará, em nome deste, quaisquer medidas apropriadas para assegurar a prestação dos alimentos. Ela poderá, igualmente, transigir e, quando necessário, iniciar e prosseguir uma ação alimentar e fazer executar qualquer sentença, decisão ou outro ato judiciário”).

101 Deve-se, aqui, contudo observar o Art.11 da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, de 15 de julho de 1989 (incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 2428, de 17 de dezembro de 1997), assim estabelecendo: “As sentenças estrangeiras sobre obrigação alimentar terão eficácia extraterritorial nos Estados-Partes, se preencherem os seguintes requisitos: a) que o juiz ou autoridade que proferiu a sentença tenha tido competência na esfera internacional, de conformidade com os artigos 8 e 9 desta Convenção, para conhecer do assunto e julgá-lo; b) que a sentença e os documentos anexos, que forem necessários de acordo com esta Convenção, estejam devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito; c) que a sentença e os documentos anexos sejam apresentados devidamente legalizados,

De todo modo, essa lacuna parece ter sido suprida com a Convenção sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e outros Membros da Família, de 2007, que dedica seção específica ao reconhecimento e execução de decisões estrangeiras em matéria de alimentos. Seus capítulos V e VI foram negociados e elaborados de modo a consolidar o consenso existente sobre a uniformidade desejada em matéria de circulação internacional de decisões estrangeiras em matéria de alimentos, em especial: i) âmbito material de aplicação; ii) bases jurisdicionais para reconhecimento (i.e. dentro da técnica concernente à “jurisdição indireta”); iii) pedidos relativos e alternativos em matéria de reconhecimento de decisões de alimentos; iv) fundamentos para denegação de decisões; v) proibição de revisão de mérito da decisão; vi) requisitos documentais para reconhecimento; vii) reconhecimento de acordos sobre alimentos; viii) medidas de execução, ix) tratamento não-discriminatório das sentenças e x) transferência de fundos para pagamento de obrigações de alimentos¹⁰². Nessa linha, portanto, o GSE teve oportunidade de debater as importantes conquistas do sistema criado pela Convenção acima citada, como a de ter solucionado certas dificuldades operacionais no tocante à efetividade do reconhecimento de sentenças de alimentos proferidas no estrangeiro, a partir da consolidação de mecanismos mais ágeis, expeditos, considerando a vulnerabilidade do alimentando/credor.

Outro ponto tratado pelo GSE foi o do prosseguimento do estudo sobre Medidas Coercitivas de Proteção em Matéria Civil, atualmente objeto de discussão paralela na Conferência da Haia, e em separado, portanto, do trabalho do Projeto¹⁰³. Devido à importância das medidas de proteção, o GSE tem

de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito, quando for necessário; d) que a sentença e os documentos anexos sejam revestidos das formalidades externas necessárias para serem considerados autênticos no Estado de onde provenham; e) que o demandado tenha sido notificado ou citado na devida forma legal, de maneira substancialmente equivalente àquela admitida pela lei do Estado onde a sentença deva surtir efeito; f) que se tenha assegurado a defesa das partes; g) que as sentenças tenham caráter executório no Estado em que forem proferidas. Quando existir apelação da sentença, esta não terá efeito suspensivo”.

102 Cf., especialmente, Artigos 19-35 da Convenção de 2007.

103 Cf. HCCH. Recognition and Enforcement of foreign civil protection orders. Permanent Bureau, Report of the Meeting of the Expert Group, Prel. Doc. n. 4A. 12-13 February, 2014; HCCH. Draft Country Profile – Meeting of the Experts’ Group on the Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders. Prel. Doc. n. 4B. 12-13 February, 2014.

observado a necessidade de prestar futuramente à Conferência da Haia informações adicionais e material legislativo brasileiro, além de subsídios doutrinários para o desenvolvimento das negociações. Nesse domínio, existe inequívoca interação entre mecanismos de cooperação jurídica internacional, reconhecimento e execução de sentenças e modelos de uniformização do direito privado aplicável, como em matéria de proteção internacional de menores, adultos, idosos e de mulheres, em casos envolvendo violência doméstica. Qualquer iniciativa da Conferência da Haia deve ser consistente com as formulações de política normativa internacional, em particular aquelas estabelecidas pelas Nações Unidas¹⁰⁴.

No que diz respeito a aspectos materiais envolvendo reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, o GSE chegou à conclusão de que a Conferência da Haia deveria enfatizar, nos trabalhos de negociações, certos princípios elementares do contencioso internacional privado, tais como tratamento nacional centrado em não-discriminação das sentenças estrangeiras (para afastar situações de discriminação positiva ou seletiva entre sentença estrangeira e sentença nacional em certos ordenamentos jurídicos), além do próprio tratamento equitativo entre partes litigantes no curso de pedidos de reconhecimento perante tribunais estatais. O GSE considera ser essencial manter o respeito à diversidade dos ordenamentos jurídicos e o padrão mínimo de respeito aos povos – todos, no plano horizontal. Estes são, pois, princípios e valores complementares ao princípio da livre mobilidade das sentenças estrangeiras em escala global.¹⁰⁵

104 Cf., por exemplo, UN Handbook for Legislation on Violence Against Women. Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs, United Nations, New York, 2010. Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>> (Último acesso em 18.05.2014). No manual, a ONU chama a atenção para o fato de que as medidas protetivas em relação a mulheres, por exemplo, não podem depender de outros procedimentos legais, pois essa dependência poderia prejudicar concretamente vítimas. Sobre a relação entre esses procedimentos, os direitos nacionais devem permitir que a parte reclamada tenha condições de obter medidas de proteção como complementares e não meramente por dependência de outros procedimentos judiciais em curso nos tribunais de um determinado Estado. E que tais medidas de proteção devem ser facilmente requeridas perante tribunais domésticos, sem necessidade de que a parte reclamante, vítima ou sobrevivente ajuíze outra modalidade de ação (e.g criminal ou de divórcio) contra a parte reclamada e supostamente agressora.

105 Na 4ª Reunião, o GSE reforçou a importância de a

Por fim, o Grupo acompanha atentamente os trabalhos atualmente em andamento, em especial as próximas reuniões já marcadas do Grupo de Trabalho (outubro de 2014). Nesse sentido, está em vias de criar subgrupos para estudar temas que serão ali discutidos (*inter-sessional work*). Os temas já identificados para análise dos sub-grupos são: i) sentenças envolvendo indenizações por perdas e danos, em matéria contratual e extracontratual, ii) sentenças em procedimentos coletivos, iii) consumidor e iv) direitos de propriedade intelectual. Vale destacar que os subgrupos serão incentivados a acompanhar os temas pendentes e apresentar relatórios a serem encaminhados diretamente à Conferência da Haia.

5 Conclusões

A atuação de membros da Academia na discussão dos temas da agenda de negociações multilaterais na Conferência da Haia tem um papel importante na promoção da maior compreensão acerca da relevância do direito internacional privado como instrumento de regulação da vida internacional do indivíduo. Pessoas, seja em grupos, ou em famílias, bem como empresas são diretamente interessados na dinâmica das negociações multilaterais e regionais em torno de questões que afetam, como no caso examinado pelo presente artigo, a circulação de decisões estrangeiras em matéria civil e comercial em escala global.

Iniciativas da academia junto à Conferência da Haia, sem concorrer com a representação formal dos Estados por suas delegações, são um veículo para trazer as ideias da sociedade civil, e atuam como um fator de mobilização e estímulo ao debate de questões do direito internacional privado nesse importante foro multilateral. A participação e a colaboração do GSE

Conferência da Haia assegurar a proteção de partes vulneráveis em qualquer instrumento (escopo material e campo de aplicação). Isso particularmente em relação ao reconhecimento e execução de sentenças originadas de países da região das Américas que encontrem dificuldade ou obstáculos em outros Membros da Conferência (e.g. em matérias de direito do consumidor, trabalho). A mesma ideia se encontra na demanda contínua de aperfeiçoamento de instrumentos de cooperação jurídica em matéria civil e comercial já existentes. Sobre os princípios e valores concernentes ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras. POLIDO, Fabrício B. P. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013. p.110.

nas discussões dos temas da Conferência da Haia oferecem para este *locus* de negociações internacionais uma posição forjada no debate contínuo do grupo, com ênfase nos temas que afetam a regulamentação e a gestão das situações e relações jurídicas privadas multiconectadas (no plano pessoal, patrimonial e dos negócios).

O Projeto de Sentenças Estrangeiras, hoje em andamento na Conferência da Haia, é reflexo de um ambicioso trabalho. Para se elaborar uma futura convenção em matéria de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras é preciso assegurar que participem desse esforço não só os Estados, mas também setores da Academia, que podem trazer os interesses da sociedade civil para o debate. Por isso, as reuniões de especialistas, promovidas pelo GSE, procuram oferecer subsídios técnicos e científicos para que se estabeleça um diálogo entre os formuladores da posição brasileira na Conferência da Haia e outros operadores jurídicos.

Importante destacar que o GSE tem como vetor central de seu trabalho e correspondente posicionamento a observância dos princípios de garantia e proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, insculpidos não só na Constituição Brasileira de 1988, como também nos tratados internacionais de direitos humanos. O GSE acredita que esses direitos devem sair do plano da generalidade em que contemplados para o de sua operacionalização, sobretudo em matérias de alcance multilateral.

Os trabalhos da Conferência da Haia se inserem em um conceito ampliado de acesso à justiça, na sua dimensão internacional, e têm no *Judgments Project* uma materialização desses ideais. Acreditamos que a participação cada dia mais ativa do país nas negociações da Conferência da Haia servirá para melhorar as condições de brasileiros e estrangeiros envolvidos em situações e relações jurídicas com reflexos internacionais. Os procedimentos concernentes a essas situações têm por característica serem sempre muito custosos, demorados e burocratizados. No futuro, espera-se que o resultado do *Judgments Project* contribua para aprimorar a regulamentação internacional, facilitando a circulação internacional de decisões judiciais em um ambiente de maior segurança jurídica para todos os envolvidos.

Referências

- ASADIP. *Informe borrador sobre las discusiones del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. Jornadas ASADIP 2011, 25 de noviembre de 2011. Disponível em: <<http://asadip.files.wordpress.com/2011/12/asadipcrreport-s.pdf>>.
- BEAUMONT, Paul. Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: Background, Negotiations, Analysis and Current Status. *Journal of Private International Law*, v. 5, n. 1, p. 125-134, 2009.
- HARTLEY, Trevor C. *Choice-of-court agreements under the European and international instruments: the revised Brussels I Regulation, the Lugano Convention and the Hague Convention*. Oxford, New York: Oxford Univ. Press, 2013.
- HCCH. *Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 19 of November 1992. in *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Vol I, 257. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_concl1992e.pdf> .
- HCCH. *Recognition and Enforcement of foreign civil protection orders*. Permanent Bureau, Report of the Meeting of The Expert Group, Prel. Doc. n. 4, 12-13 February, 2014.
- HCCH. *Work Programme resulting from the conclusions and recommendation adopted by the conclusion and recommendation adopted by the recent special Commission Meetings on the Practical Operation of the Legal- Cooperation Convention and Status of Implementation*. Permanent Bureau. Prel. Doc. n. 12, March 2014.
- HCCH. *Accessing the content of foreign law and the need for the development of a global instrument in this area: a possible way ahead*. Prel. Doc. n. 11A of March 2009. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Accessing the content of foreign law*. Compilation of responses to the Questionnaire of October 2008 for the meeting of experts on global co-operation on the provision of online legal information on national laws. Prel. Doc. n. 11C of March 2009. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Accessing the content of foreign law*. Report of the meeting of experts on global co-operation on the provision of online legal information on national laws. Prel. Doc. n. 11B of March 2009. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Conclusions and recommendations adopted by the Council*. Council on General Affairs and Policy of the Conference. 9-11 April 2013. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf>.
- HCCH. *Conclusions of the Working Group Meeting on Enforcement of Judgments*. Prel. Doc. n. 19 of November 1992, in *Proceedings of the Seventeenth Session*, v. 1, p. 257, 1993.
- HCCH. *Continuation of the Judgments Project*. Doc. Prel. 14 of February 2010.HCCH.*Ongoing work on judgments – Choice of Court Convention and Judgments Project*. Prel. Doc. n. 7, February 2014.HCCH. *Report of the Second Meeting of the Working Group of the Judgments Project*. February 2014.
- HCCH. *Issues Paper on Matters of Jurisdiction (including Parallel Proceedings)*. Issues Paper, of January 2013. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/hidden/2013/jdgm2013note02en.pdf>>.
- HCCH. *Conclusions and Recommendations of the Expert Group on Possible Future Work on Cross-border Litigation in Civil and Commercial Matters*. Work Doc. n. 2 of April 2012. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/gaf2012wd2e.pdf>>.
- HCCH. *Note on forms for the recognition and enforcement of foreign judgments*. Prepared by Elizabeth Meurling. Prel. Doc. n. 30, of June 2005. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd30e.pdf>.
- HCCH. *Ongoing work on international litigation and possible continuation of the Judgments Project*. Prel. Doc. n. 5 of March 2012. Disponível em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Ongoing work on international litigation and possible continuation of the Judgments Project*. Prel. Doc. n. 5, of March 2012. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/gap12pd05e.pdf>>.

- HCCH. *Ongoing work on international litigation*. Prel. Doc. n. 3, of March 2013. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2013pd03e.pdf>>.
- HCCH. *Planning for the sixth meeting of the Special Commission to review the practical operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction and the Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. Prel. Doc. n. 14 of February 2011. Disponível em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters. Report by Peter Nygh and Fausto Pocar*. Prel. Doc. n. 11, of August 2000. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm11.pdf>>.
- HCCH. *Process Paper on the Continuation of the Judgments Project: drawn up by the Permanent Bureau*. August 2013. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm2013processpaper_e.pdf>.
- HCCH. *Questionnaire and Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders*. Prel. Doc. n. 4A, of November 2012. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Questionnaire on the Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders*. Prel. Doc. n. 4A of November 2012. Disponível em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Questionnaire on the recognition and enforcement of foreign civil protection orders: Summary of Member responses and possible ways forward*. Prel. Doc. n. 4B, of March 2013. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2013pd04b_en.pdf>.
- HCCH. *Reflection paper to assist in the preparation of a convention on Jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters. Prepared by Andrea Schulz*. Prel. Doc. n. 19, of August 2002. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd19e.pdf>.
- HCCH. *Review of the activities of the Conference in regard to the Convention on Choice of Court Agreements*. Rel. Doc. n. 12, of March 2011. Disponível em <http://www.hcch.net/index_en.php?act=progress.listing&cat=5>.
- HCCH. *Review of the activities of the Conference in regard to the Convention on Choice of Court Agreements*. Prel. Doc. n. 12, of March 2011. Disponível em <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd12e.pdf>>.
- HCCH. *Review of the activities of the Conference in regard to the Convention on Court Agreements*. Prel. Doc. n. 12, of March 2011. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd12e.pdf>>.
- HCCH. *Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments*. Prel. Doc. n. 17 of May 1992 (in *Proceedings of the Seventeenth Session* v. 1, p. 231, 1993).
- HCCH. *Some reflections on the present state of negotiations on the judgment project. Secretariat*. Prel. Doc. n. 16, of February 2002. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/gen_pd16e.pdf>.
- HCCH. *The relationship between the judgments project and other international documents. Prepared by Andrea Schulz*. Prel. Doc. n. 24, of December 2003. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd24e.pdf>.
- KRUEGER, Thalia. The 20th Session of the Hague Conference: A new choice of court convention and the issue of EC membership. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 2, p. 447-455, 2006.
- MICHAELS, Ralf. Some Fundamental Jurisdictional Conceptions as Applied in Judgment Conventions. In: *Duke Law School Research Paper*, n. 123. Aug. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=927484>>.
- NYGH, Peter. The Preliminary Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. In: BROCHERS, Patrick J.; ZEKOLL, Joachim (Ed.) *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. The Hague: Brill, 2001. p. 261-270.
- OVERBECK, Alfred von. La contribution de la Conférence de La Haye au développement du Droit International Prive. *Recueil de Cours*, v. 233, p. 9-98, 2002.

POLIDO, Fabrício B. P. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013.

SCHULZ, Andrea. The Hague Convention of 30 June 2005 on choice of court agreements. *Journal of Private International Law*, v. 2, n. 2, p. 243-286, 2006.

TALPIS, Jeffrey; KRNJEVIC, Nick. Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: the Elephant That Gave Birth to a Mouse. *The Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, v. 13, n.1, p.1-33, 2006.

UNITED NATIONS. Division for the Advancement of Women. Department of Economic and Social Affairs. *UN Handbook for Legislation on Violence Against Women*. New York: United Nations, 2010.

VON MEHREN, Arthur T. Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A New Approach for the Hague Conference. *Law & Contemporary Problems*, v. 57, p. 271, 1994.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Os casamentos e as parcerias
entre pessoas do mesmo
sexo no direito internacional
privado brasileiro: aspectos
transnacionais das famílias
contemporâneas***

**Same-sex marriages and
unions under brazilian private
international law: transnational
aspects of contemporary
families.**

Bruno Rodrigues de Almeida

Os casamentos e as parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito internacional privado brasileiro: aspectos transnacionais das famílias contemporâneas*

Same-sex marriages and unions under brazilian private international law: transnational aspects of contemporary families.

Bruno Rodrigues de Almeida**

Abstract

This article focuses on certain issues of conflict-of-law rules within the Brazilian legal order considering that Brazil has recently promoted internal administrative and judicial reforms granting family status to same sex marriages and civil unions. Comparing classic and contemporary family situations, it is easy to notice that, although Brazilian rules of Private International Law (Decree-Law 4.657/42) urgently need to be updated, there are still mechanisms to allow recognition of legal effects to same-sex marriages and unions in a transnational context. The goal of this study is to demonstrate that applying foreign law actually means the protection of human dignity and the fundamental right to the freedom of sexual orientation.

Keywords: Same-sex partnerships and marriage in Brazil. Private International Law. Transnational family relationship.

Resumo

Este trabalho aborda certos problemas relativos às parcerias entre pessoas do mesmo sexo, consideradas a partir das regras de Direito Internacional Privado do ordenamento jurídico brasileiro. Constatou-se, por meio da análise das regras de conexão constantes do Decreto-Lei nº 4.657/42, que a regulação intersistemática das relações familiares requer atenção urgente tanto do ponto de vista da atualização legislativa como da renovação por parte da jurisprudência. O presente estudo busca demonstrar como a ponderação acerca da aplicação da lei material estrangeira pode significar a efetiva proteção da dignidade humana e do direito fundamental à liberdade de orientação sexual.

Palavras-chave: Casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo. Direito Internacional Privado. Relações familiares transnacionais.

*Recebido em 13.04.2014
Aceito em 26.05.2014

**Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Internacional Privado e de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – *Campus* Nova Iguaçu, Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Multidisciplinar, Membro da ASADIP, advogado. E-mail: bra1278@gmail.com

1 Introdução: breves comentários sobre as recentes mudanças no direito de família brasileiro

Muito embora já houvesse decisões de diversos órgãos do Poder Judiciário nacional conferindo direitos aos casais do mesmo sexo em outras áreas do Direito, o cenário jurídico brasileiro tem como marco fundamental a decisão proferida na ADI nº 4.277, de 05 de maio de 2011, pois por meio dessa decisão a Suprema Corte Brasileira reconheceu, de maneira unânime, a constitucionalidade e o caráter familiar das parcerias entre pessoas mesmo sexo¹.

Dessa forma, o STF julgou procedentes os pedidos formulados no referido precedente, optando pela interpretação do art. 226 da CF e do art. 1723 do Código Civil que admitem como união estável a relação estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo que preencha todos os demais requisitos, em harmonia com os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

Entretanto, há opinião vencida de três ministros contrária à linha de interpretação mais extensiva, entendendo que a equiparação dos efeitos entre união estável e união homoafetiva somente seria possível por meio de regulamentação infraconstitucional dos efeitos dessa nova forma de entidade familiar, não admitindo, ao contrário da maioria expressa no referido acórdão, a possibilidade de convalidação da união estável em casamento, o que é possível para aquelas uniões entre homem e mulher, conforme o parágrafo 3º do art. 226 da CF.

Por isso, há projetos de lei tramitando no Poder Legislativo brasileiro tanto no sentido de permitir o casamento igualitário, como de proibi-lo. Ao mesmo tempo, surgiram diferentes decisões nos Estados-membros da Federação acerca da total extensão das regras constitucionais da união estável de pessoas do mesmo sexo. Por fim, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça determina que os cartórios brasileiros regulamentem os procedimentos para a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, além da habilitação direta de casamento civil para casais de orientação homossexual².

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. ADI 4277. Tribunal Pleno. Relator (a): Min. Ayres Britto. Brasília, 05, de maio de 2011. p. 341.

2 Para um estudo evolutivo do cenário jurídico brasileiro veja-se ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. The Shakespearan Rose blossoms down the Equator: reflections upon Brazilian Supreme Court's decision recognizing the constitutionality of same-sex civil unions. *Panorama Brazilian Law*. v. 1, p. 101-118, 2013.

Considera-se assim que as relações entre duas pessoas do mesmo sexo foram inicialmente admitidas pelo Supremo Tribunal Federal como uniões ou parcerias civis. Porém, até que sobrevenha regulamentação específica ou mesmo uma nova decisão da Corte Suprema sobre a completa equiparação entre as uniões civis formadas por homem e mulher e aquelas compostas por pessoas do mesmo sexo, têm-se admitido por meio das decisões judiciais e dos regulamentos administrativos cartoriais, tanto a convalidação em casamento como a habilitação matrimonial para os casais do mesmo sexo.

Com efeito, o reconhecimento legal do relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo ainda é deveras polêmico, fruto das evoluções alcançadas com a consagração do direito fundamental de respeito à identidade individual que é constituída por elementos diversos como a língua, a religião, a expressão artística e o estilo de vida³.

Considere-se ainda que a internacionalização da vida privada cotidiana faz com que cada vez mais, também, os casamentos e/ ou parcerias entre pessoas do mesmo sexo se aproximem dos outros ordenamentos por meio dos diversos elementos de conexão (nacionalidade ou domicílio dos cônjuges ou parceiros, local da situação dos bens imóveis, local da celebração do ato, etc..).

Dessa forma, tomando-se por base as notórias diferenças entre as legislações acerca da neutralidade/diversidade matrimonial de gênero e/ou o estabelecimento de sistemas de registro alternativo para os casais homossexuais, qual deveria ser a lei aplicável ao regime de bens de um casamento, celebrado na Haia, entre brasileiro domiciliado em Paris e neerlandês domiciliado no Estado norte-americano do Texas, que após o enlace vão se domiciliar na Alemanha, cujo ordenamento não admite o casamento, mas tão somente a parceria civil registrada para os casais do mesmo sexo?

Diversas situações podem ser cogitadas a partir dos possíveis elementos de conexão tais como a lei reguladora direito à prestação alimentar entre cônjuges/parceiros (*maintenance*), ou ainda com relação aos filhos menores, havidos no âmbito das famílias fundadas em relacionamentos homoafetivos duradouros. Nessa hipótese seria o caso de se aplicar o artigo 7º do

3 HALLEY, Janet. Recognition, rights, regulation, normalization: rhetorics of justification in the same-sex debate. In: WINTEMUTE, Robert; ADENAS, Mads. *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: a Study of National, European and International Law*. Portland: Hart Publishing, 2004. p. 99-105.

Decreto-Lei nº 4.657/42 cuja regra prevê que as relações familiares são reguladas pela lei do país em que está domiciliada a pessoa?

Por outro lado, seriam as leis estrangeiras que conferem direitos aos indivíduos do mesmo sexo (casamentos ou parcerias registradas) contrárias à ordem pública do ordenamento jurídico brasileiro?

A resposta requer muita reflexão, na medida em que é preciso investigar se as eventuais implicações dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo no Direito Internacional Privado brasileiro têm condições de reverberar os significativos avanços verificados no direito material de família pátrio.

2 O direito internacional privado, a mobilidade e a dignidade

O Direito Internacional Privado é o conjunto atemporal das regras de sobredireito, cujo ponto de partida filosófico e institucional reside justamente na diversidade das disposições normativas que gravitam ao redor do elemento jurídico de estraneidade, o que significa, em outras palavras, que a diferença entre os comandos legislativos nacionais e estrangeiros representa a situação inicial *necessária* para o funcionamento das regras de conexão⁴.

Assim, conforme ensina Werner Goldschmidt, essa disciplina é a especialidade do Direito Privado que contempla os casos marcados por elementos estrangeiros, motivo pelo qual a boa doutrina defende que o estudo dessa disciplina requer também a compreensão do direito estrangeiro materialmente diverso do ordenamento interno, potencialmente aplicável ao caso por força das regras de conexão do foro⁵.

Reitera-se, assim, que, na contemporaneidade, o Direito Internacional Privado não se limita à mera análise das regras para solução de conflitos de leis no espaço, mas envolve também o reconhecimento de situações jurídicas validamente consolidadas em outros Estados como forma de garantir a dignidade humana, inclusive, nas relações transfronteiriças: homem ou mulher, adulto ou criança, nacional ou estrangeiro,

4 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 157.

5 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia*. Buenos Aires: El Derecho, 1974. p. 87.

consumidor ou fornecedor, em todas as possíveis implicações jurídicas plurilocalizadas.

Pode-se vislumbrar uma releitura contemporânea do conteúdo da disciplina a partir de sua vocação dinâmica, a fim de estudar os fenômenos jurídicos acarretados pelos diversos fluxos sociais contemporâneos⁶.

Em um primeiro momento, temos o nível direto de operação do Direito Internacional Privado, que se verifica a partir dos resultados obtidos por meio da utilização das regras de conexão determinadas em cada ordenamento⁷. Assim, por exemplo, temos que o estatuto pessoal (conjunto de relações jurídicas relativas ao Estado, à capacidade do indivíduo e aos direitos de família) pode ser regulado pela lei da nacionalidade do indivíduo (*lex patriae*), ou aquela do seu domicílio (*lex domicilii*), a regra da sua religião, ou ainda a lei do país de sua residência habitual ou permanente⁸.

Entretanto, as regras de conexão aplicáveis aos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo merecem considerações especiais, pois, tendo em vista que o reconhecimento legal dos relacionamentos homoafetivos consiste em fenômeno ainda bastante recente, seus precursores (o crescente, porém ainda pequeno grupo de Estados que os admitem) foram cautelosos na regulamentação das regras de conexão aplicáveis nos referidos casos, porque o direito material da grande maioria dos países ainda não reconhece tais situações⁹.

Imagine-se um magistrado brasileiro analisando a validade de contrato de compra e venda, realizado em Montevidéu, de imóvel situado em São Paulo, em que não foi dada a outorga do cônjuge do mesmo sexo do alienante, que por sua vez está domiciliado em Buenos Aires e é proprietário exclusivo do referido bem.

6 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 1, p. 1-39, 2011.

7 Neste contexto, cabe a expressão Direito Internacional Privado de Família como recurso didático, para designar o estudo daquelas relações jurídicas de natureza familiar que por diversos motivos assumem cada vez mais frequentemente o aspecto da estraneidade jurídica. DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 15.

8 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 297. 330.

9 JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit. Registered Partnership in Private International Law: Scandinavian Approach. In: BOELE-WOELKI, Katharina; FUCHS, Angelika (Ed.). *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antuérpia: Intersentia, 2003. p. 137.

Tal resposta, mais do que um mero sistema de determinação da lei aplicável, requer considerações sobre a gênese e a aplicação das regras de Direito Internacional Privado dentro de um contexto social no qual se busca a realização do pluralismo político, da tolerância e do respeito às diferenças no tocante aos caracteres intersistemáticos que eventualmente podem ocorrer nos relacionamentos amorosos estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

3 Lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio ou celebrar a parceria

Inicialmente, impende ressaltar que a noção de operação direta do Direito Internacional Privado consiste na solução das questões jurídicas multiconectadas a partir da aplicação, pela autoridade judiciária local, do direito material indicado pela regra de conexão vigente no foro, atividade que deve estar sempre aliada ao uso dos princípios jurídicos, especialmente afetos ao Direito Internacional Privado.

Se a determinação do elemento de conexão impacta diretamente indicação constante nas normas de Direito Internacional Privado, a qualificação da questão é de vital importância para o resultado obtido. Conforme as lições da doutrina, na solução da situação multiconectada, a qualificação consiste na conceituação associada à classificação jurídica do problema a fim de encontrar a sua sede jurídica da relação e, assim, determinar o elemento de conexão¹⁰.

Poderia um paraguaio de 18 anos domiciliado em Montevidéu validamente realizar, no Brasil, parceria civil com um venezuelano de 20 anos domiciliado em Belo Horizonte?

É preciso considerar que tanto no Direito brasileiro (art. 1723 e seguintes do CC 2002) como na Lei de União Concubinária uruguaia¹¹ não há qualquer menção específica à lei reguladora da capacidade do indivíduo para celebrar união civil.

Assim, tendo em vista os que a parceria civil não é exclusivamente um contrato, pois pertence à seara do Direito de Família, a opção adotada inicialmente nos países pioneiros no estabelecimento da parceria civil exclusiva para os casais do mesmo sexo (como

a Dinamarca¹², Suécia¹³ e a Alemanha¹⁴) restringia o acesso das pessoas estrangeiras e/ou não domiciliadas no país do registro, e, por isso, está em dissonância com as características das famílias contemporâneas.

Nesse sentido, a melhor solução seria aplicar a *lex loci registrationis*, que vem a ser regra pela qual a capacidade para participação na parceria civil é determinada pela lei do lugar da celebração do referido acordo.

Por tal enfoque, o conflito de leis em matéria de requisitos de capacidade legal e impedimentos para o registro das parcerias civis foi amenizado por meio de um desmembramento da lei aplicável, seguindo-se os para estes os requisitos da lei material interna, reservado às regras de conexão do foro questões sobre a capacidade de fato, desde que não isto resulte no cerceamento do direito fundamental de liberdade à orientação sexual.

Assim, ainda que alguns países já admitam remeter a solução da questão à égide de uma lei material estrangeira, é condição *sine qua non* para sua aplicação também reconhecer validade às parcerias registradas ou uniões civis¹⁵.

Por isso, as autoridades notariais brasileiras não podem se recusar a registrar uma união civil entre um paraguaio de 19 anos domiciliado em Montevidéu e um venezuelano de 20 anos domiciliado em Belo Horizonte. Isso porque o art. 7º *caput* Decreto-Lei nº 4.657/42 remeterá a questão capacidade de fato (a maioria civil) à lei do domicílio dos prospectivos parceiros: sendo, portanto aplicada a lei uruguaia (art. 280 § 2º do CC uruguaio) e a lei brasileira (art. 5º CC 2002); sendo, porém, também aplicável a lei brasileira como aquela do lugar do registro para regulação dos requisitos formais e materiais inerentes ao registro da parceria civil (art. 1723, CC 2002).

12 Ato nº 372 de 7/06/1989, seção 2 (2) alínea II.

13 Estatuto Sueco das Parcerias Registradas (Ato nº 1117 de 23 jun. 1994), Seção 2 parágrafos (1) e (2), atualmente revogados.

14 O parágrafo (1) do artigo 17 b da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB) determina que a lei aplicável à formação (requisitos, formalidades e impedimentos), efeitos gerais, e à dissolução das parcerias será o direito material do lugar de sua realização (*lex loci contractus*), no que diverge da lei aplicável à formação do matrimônio, a lei da nacionalidade dos nubentes (*lex patriae*), constante do art. 13, EGBGB.

15 WAUTELET, Patrick. *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe. Divided we stand?* 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2037721>>. Acesso em: 09 out. 2013.

10 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: 2012, p. 363-365.

11 <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246>. Acesso em: 14 out. 2013.

Já no tocante aos casamentos, ensina a doutrina clássica que a lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio é aquela reguladora do seu estatuto pessoal, devendo ser observados ainda os impedimentos da lei do local da celebração¹⁶.

Entretanto, é preciso atentar que a inovação da neutralidade matrimonial de gênero deve se coadunar com as lições da doutrina contemporânea, de maneira a permitir que o Direito Internacional Privado funcione como verdadeiro cenário da proteção dos direitos fundamentais.

Assim, o Princípio da Ordem Pública, frequentemente utilizado para resolver questões envolvendo a estraneidade jurídica, assumiu papel particularmente decisivo no tocante aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Isso porque, apesar de crescente, o número de Estados que estabelecem a neutralidade matrimonial de gênero ainda é bastante reduzido quando comparado com aqueles que expressamente a proíbem ou simplesmente ignoram tal circunstância.

Por tais motivos, percebe-se o curioso movimento que este fundamental princípio descreveu na recente história da estraneidade jurídica dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Se, por um lado, os Estados que desconhecem ou proíbem a neutralidade matrimonial de gênero invariavelmente invocaram a Ordem Pública para recusar a realização dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo por meio da utilização das regras de conexão, já nos ordenamentos onde tal neutralidade é prevista, o mesmo princípio é utilizado como fundamento para não remeter a questão à lei material que resultasse na impossibilidade do matrimônio por conta da proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo no ordenamento alienígena¹⁷.

À guisa de ilustração, percebe-se, no cenário europeu, que alguns Estados (como a Espanha) conferem à legislação matrimonial a característica de aplicabilidade imediata, cancelando o funcionamento das regras de conexão nos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, ao passo que

em outros (como na Bélgica), uma vez efetivada a política do casamento civil igualitário, o Princípio da Ordem Pública passou a servir como barreira infranqueável, impossibilitando remeter a questão à lei estrangeira que proibisse o casamento neutro em gênero¹⁸.

Há, entretanto, exceções à regra da capacidade matrimonial regulada pela *lex domicilii* verificada, por exemplo no §2º do art. 7º, LINDB¹⁹ que permite a realização, no território brasileiro, do casamento de estrangeiros perante a autoridade consular do Estado da nacionalidade comum dos nubentes.

Nesse diapasão, esposa-se entendimento de que duas mulheres argentinas ou dois homens uruguaios poderiam se casar, respectivamente, nos Consulados da Argentina e do Uruguai situados na cidade do Rio de Janeiro, tendo em vista que a identidade de gênero não consta da listagem das causas impeditivas do casamento no direito brasileiro (art. 1521, CC)²⁰.

4 Considerações sobre o critério de escolha da lei reguladora da validade do vínculo

A validade de um ato jurídico significa o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos para que, assim, tal ato produza os efeitos normalmente esperados para aquela espécie jurídica²¹.

Relativamente à validade do vínculo (matrimonial ou de companheirismo) dotado do elemento da estraneidade jurídica, cumpre ao Direito Internacional Privado determinar qual será a legislação materialmente aplicável, isto é, saber qual legislação regulará os requisitos legais a serem obedecidos de forma que o

18 DOLINGER, Jacob. *Direito e amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 287.

19 Art. 7º§ 1º Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. § 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.

20 Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

21 GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 487.

16 DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. t. 1. p. 70.

17 ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. *Os efeitos transnacionais dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo: dignidade, pluralismo e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese (Doutorado em Direito Internacional) Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. p. 40-41.

casamento ou a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo possam produzir todos efeitos que normalmente se esperaria deles.

Portanto, pode-se defender a tese de que o casamento entre um italiano domiciliado em Buenos Aires e um brasileiro com domicílio no Estado norte-americano do Texas, realizado em Buenos Aires, é plenamente válido, na medida em que os requisitos materiais e formais da *lex loci celebrationis* foram atendidos.

Isso porque, como já visto anteriormente, apesar do estatuto pessoal ser regulado, em regra, pela *lex domicilii*, deve-se considerar que para este casamento celebrado no território argentino, a lei material do Texas, inicialmente indicada pelas normas de conexão locais, é manifestamente contrária aos princípios jurídicos expressos na legislação civil argentina que institui o casamento neutro (§2º), ao mesmo tempo em que o §4º do mesmo artigo confere plena validade ao vínculo, se ausentes quaisquer impedimentos estabelecido pela *lex fori* (art. 166, CC)²².

Tome-se agora o exemplo de uma paraguaia domiciliada na cidade de Salvador que também tenham se casado na cidade de Buenos Aires com uma brasileira domiciliada naquele mesmo país, indo este casal se domiciliar no Estado norte-americano do Texas.

Por força da regra conexão adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, § 3º LINDB) o magistrado nacional deveria submeter a validade do referido vínculo à lei material do primeiro domicílio conjugal, lei texana, tendo em vista diversidade de domicílio dos nubentes²³.

22 Art. 166. Son impedimentos para contraer matrimonio:

1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.

2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos.

3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada.

4. La afinidad en línea recta en todos los grados.

5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años.

6. El matrimonio anterior, mientras subsista.

7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.

9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.

23 § 3º. Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de

Assim, apesar da capacidade matrimonial conferida pela norma reguladora do estatuto pessoal (*lex domicilii*) e da regular realização da cerimônia no solo argentino (*lex loci celebrationis*), pelo fato de o casal ter estabelecido seu primeiro domicílio conjugal no Texas, seria este vínculo considerado nulo, por força da aplicação da regra material que desconheça ou mesmo proíba os casamentos entre pessoas do mesmo sexo?

A resposta há de ser negativa.

Saliente-se que, já nos casos de casamentos com diversidade de gêneros, a doutrina abalizada²⁴ e a jurisprudência Supremo Tribunal Federal²⁵ já se posicionaram contrárias à regra do §3º do art. 7º LINDB, na medida em que há denotada desproporcionalidade entre o tratamento verificado para os cônjuges com domicílio diverso (art. 7º *caput*), especialmente porque a validade de um ato presente irá depender de uma decisão futura, o que causa elevada insegurança jurídica.

Por isso, há de defender o entendimento de que, no caso de pessoas do mesmo sexo domiciliadas em países distintos, o magistrado brasileiro deverá lançar mão do princípio *favor matrimonii* e não aplicar a regra do art. 7º, §3º da LINDB para invalidar casamentos que foram regularmente realizados tanto pela lei pessoal dos nubentes quanto pela *lex loci celebrationis*, tendo em vista que esta norma somente seria utilizada para aqueles casos em que os motivos de invalidação do matrimônio ocorreram posteriormente à fixação dos cônjuges no país do primeiro domicílio conjugal.

invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.

24 Na opinião de Jacob Dolinger, a invalidade ab initio do casamento (formalidades e impedimentos matrimoniais) deve ser regulada pela *lex loci celebrationis* e pela lei pessoal dos nubentes, ainda que estes possuam domicílios diversos no momento do casamento. Isto porque, ao se admitir alcance pleno ao referido dispositivo, casamentos válidos pelas leis dos domicílios de ambos os nubentes e pela lei do lugar de sua celebração poderiam perder esta característica, o que vai de encontro ao princípio constitucional de respeito aos direitos validamente adquiridos. DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. t. 1. p.80-84.

25 “ERRO MATERIAL, CUJA CORREÇÃO SE IMPÕE. SENTENÇA ESTRANGEIRA, A QUE SE NEGA HOMOLOGAÇÃO. A NULIDADE DE UM CASAMENTO HÁ DE REGER-SE PELA LEI A QUE ELE OBEDECEU, AO SER CELEBRADO. O PARAGRAFO 3º DO ART. 7º DA LEI DE INTRODUÇÃO RESULTOU DE EQUIVOCO EVIDENTE E NÃO HÁ COMO APLICÁ-LO”. BRASIL Supremo Tribunal Federal. Sentença estrangeira. *SE n. 2085*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. Brasília, 03, de março de 1971. p. 01810.

5 Lei aplicável aos efeitos jurídicos da ordem pessoal

Para fins didáticos, os efeitos decorrentes da parceria civil ou do casamento entre pessoas do mesmo sexo podem ser divididos entre aqueles de ordem pessoal (relações pessoais entre os cônjuges ou parceiros, direito à adoção do nome, etc.) e os de ordem patrimonial (regime de bens, obrigação alimentar, direitos sucessórios, etc..).

O *caput* do art. 7º LINDB estabelece que o estatuto pessoal seja regulado pela *lex domicilii*. Contudo, apesar dos parágrafos tratarem pormenorizadamente dos aspectos intersistemáticos relacionados aos casamentos, não há qualquer regra de conexão específica para as uniões civis de qualquer espécie, mesmo para aquelas entre homem e mulher.

De acordo com o Acórdão na ADI nº 4.277, há que se interpretar o artigo 1.723 do Código Civil brasileiro em vigor à luz das normas constitucionais protetoras da entidade familiar, legitimando assim os relacionamentos homoafetivos com ânimo público e duradouro enquanto uniões estáveis.

Ocorre que, independentemente do gênero dos companheiros, os aspectos intersistemáticos do instituto da união estável ainda não estão regulamentados no ordenamento jurídico brasileiro.

Este é o ideal expresso no Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual, apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê criação de regra de conexão para regular as relações com elementos de estraneidade das entidades familiares homoafetivas por meio da aplicação da lei do lugar do domicílio daquela família:

Art. 18 - A lei do País em que a família homoafetiva tiver domicílio determina as regras do Direito das Famílias.

Para além das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, o referido documento propõe ainda a inclusão de um § 9º no artigo da 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) estabelecendo que os direitos previstos naquele dispositivo “aplicam-se à união estável, independentemente de orientação sexual e identidade de gênero”²⁶.

26 BRASIL. Decreto-Lei 4.657/1942. Disponível em: <<http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.3.%20Legisla%E7%E3o%20infraconstitucional%20a%20ser%20alterada.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2013.

Assim, todas as uniões estáveis estariam sob a égide da lei material daquele país no qual os companheiros tenham estabelecido domicílio em comum acordo, o que efetivamente permitiria a aplicação do direito material estrangeiro em matéria de parceria civil.

A referida proposta é elogiável na medida em que estabelece uma regra de conexão expressa para a realidade de muitas famílias no direito brasileiro.

No entanto, conforme experiência no Direito Internacional Privado Comparado já demonstrou, muito embora o art. 17 da LINDB sirva como barreira à aplicação do direito estrangeiro ofensivo ao ordenamento brasileiro, seria desejável uma ressalva legal determinando que somente haveria remessa à legislação estrangeira que admitisse a união estável com *status* jurídico de entidade familiar e cujos efeitos se adequem aos moldes do artigo 226 e parágrafos da Constituição Federal, por se tratar de ordem pública que também opera no plano intersistemático.

Outra sugestão seria a inclusão de critério legal no caso de ausência de domicílio comum entre os companheiros, caso em que se entende recomendável a lei brasileira (*lex fori*), ou, ainda aquela mais próxima da relação familiar.

As regras de Direito Internacional Privado do ordenamento brasileiro determinam que os efeitos pessoais entre os cônjuges (direito ao nome, graus de parentesco, direitos e deveres recíprocos, filiação, etc..) sejam regulados pela *lex domicilii*.

6 Lei aplicável aos efeitos da ordem patrimonial

Já em termos dos efeitos patrimoniais, a lei aplicável ao regime de bens do casamento será aquela do domicílio comum dos noivos, ou, caso estes possuam domicílio diverso, aplicar-se-á a lei do primeiro domicílio conjugal²⁷.

O *caput* do art. 10 estabelece que a sucessão dos bens será regulada pela lei do último domicílio do *de cuius*, mas convém ressaltar que há norma de proteção especial insculpida no parágrafo 1º e no inciso XXXI, art. 5º da Constituição Federal de 1988 que permite, no caso de bens deixados por estrangeiros no Brasil, escolher (dentre a lei brasileira e a lei do último domicílio do

27 Convém salientar que, a partir de 11/01/2003, com o início da eficácia jurídica do novo Código Civil brasileiro, admite-se a mudança do regime matrimonial de bens por meio do registro de um acordo entre os cônjuges, desde que respeitados os direitos de terceiros, conforme determina o §2º do art. 1639.

autor da herança) aquela que for mais favorável aos direitos do cônjuge ou do filho brasileiro.

Imagine-se, dessa forma, um brasileiro e um argentino que se casaram na Argentina em 2011 pelo regime da separação total de bens e que estavam domiciliados no Uruguai à época do falecimento do cônjuge argentino, em janeiro de 2013, deixando apenas parentes colaterais (irmãos e sobrinhos). A sucessão legítima dos bens deixados pelo falecido no Brasil seria regulada, inicialmente, pelo direito uruguaio, lei do lugar do último domicílio do *de cuius*.

Ocorre que pela lei do Uruguai o cônjuge brasileiro não seria herdeiro necessário (art. 884 e 885, Código Civil)²⁸ do cônjuge argentino, fazendo jus apenas à porção conjugal, cujo valor será o necessário para cobrir as suas despesas (art. 874, CC uruguaio)²⁹. Já pela lei brasileira, o mesmo cônjuge seria considerado herdeiro necessário, fazendo jus à totalidade da herança deixada pelo argentino (art. 1829, III, CC).

Dessa forma, tendo em vista a nacionalidade brasileira do cônjuge sobrevivente, por força do art. 10, §1º LINDB c/c art. 5º inciso XXXI da Constituição Federal de 1988, o juiz brasileiro vai aplicar a lei material brasileira para a sucessão dos bens do cônjuge argentino.

7 Conclusões: o descompasso entre o direito de família e o direito internacional privado brasileiros

As recentes reformas legislativas e jurisprudenciais admitindo a possibilidade constitucional da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo são de grande importância para o Direito de Família interno, podendo ter até introduzido, pelo menos provisoriamente, a neutralidade de gênero no casamento para o ordenamento jurídico Brasileiro repercutiram também,

28 Art. 884. Llámase legítima la parte de bienes que la ley asigna a cierta clase de herederos, independientemente de la voluntad del testador y de que éste no puede privarlos, sin causa justa y probada de desheredación.

Los herederos que tienen legítima se llaman legitimarios o herederos forzosos.

Art. 885. Tienen legítima:

1º. Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales. 2º. Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural. 3º. Los ascendientes legítimos.

29 Art. 874. La porción conyugal es aquella parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación.

de maneira indelével, na seara do Direito Internacional Privado.

O incremento da complexidade das situações familiares intersistemáticas está intrinsecamente associado à legitimação dos direitos das minorias sexuais, o que denota a intensificação da internacionalização das relações familiares transnacionais, consubstanciadas no espaço de liberdade fundamental da liberdade à orientação sexual.

Entretanto, em comparação com o que se percebe nas normativas dos demais Estados, nota-se um descompasso entre as normas materiais do Direito de Família e aquelas constantes nas regras de sobredireito (Direito Internacional Privado) do ordenamento brasileiro.

Tal situação é especialmente agravada pela ausência de reformas necessárias no principal diploma legislativo regulador do Direito Internacional Privado pátrio, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil.

Com efeito, a necessidade por reformas legislativas mais focadas na compatibilização das especificidades do Direito Internacional Privado contemporâneo e a sua inter-relação com as alterações do direito interno (como nas áreas de família e as regras relativas às sucessões) são defendidas também por importantes autores da doutrina do DIP do Brasil³⁰ e na América do Sul³¹.

Apesar das recentes evoluções do direito material pátrio em matéria de família, ainda pesa o fato de que as normas de conexão atuais sequer reconhecem a legitimidade de outros arranjos familiares diferentes do casamento, a despeito da regulamentação interna das uniões estáveis entre homem e mulher já serem reguladas no Código Civil de 2002.

30 ARAUJO, Nadia de; VARGAS, Daniela Trejos. Regime de bens no direito internacional privado brasileiro e seus efeitos na sucessão: análise do RESP 123.633 do STJ. In: DEL'OLMO, Florisbal; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix. *Cidadania e direitos humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 52. No mesmo sentido, JATHAY, Vera Maria Barreira. Novos rumos do direito internacional privado. Um exemplo: a adoção internacional. In: BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmen (Org.). *O Direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.844.

31 ARROYO, Diego P. Fernandez. Quais as novidades no direito internacional privado Latino-Americano? *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 3, p. 258-261, 2006.

Nesse sentido, são, portanto, urgentes e necessárias reformas no Direito Internacional Privado de Família brasileiro, de maneira a torná-lo condizente com as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade dos relacionamentos homoafetivos.

Assim, seriam bem-vindas as reformas sugeridas pelo Projeto de Estatuto da Diversidade Sexual apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil, que efetivamente conferem à regulamentação dos relacionamentos homoafetivos a possibilidade da conexão com outros sistemas jurídicos.

Isso porque, no contexto democrático e pluralista da transnacionalidade, as diversas formas de famílias contemporâneas são potencialmente conectáveis aos diversos ordenamentos jurídicos nacionais, de maneira a projetar seus efeitos jurídicos em diferentes países.

Assim, da mesma forma que as regras materiais do Direito de Família devem realizar e preservar certos valores, também no Direito Internacional Privado aplicado às entidades familiares, a aplicação eventual de uma lei estrangeira significará a opção pela defesa da diversidade, da igualdade e do respeito à fundamental liberdade à orientação sexual dos indivíduos, sem que isso represente qualquer diminuição da sua dignidade ou de seus entes queridos.

Referências

- AGUIRRE, Cecilia Fresnedo de. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho internacional privado. In: ARROYO, Diego; LIMA MARQUES, Claudia. *Derecho internacional privado y derecho internacional Publico: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, ASADIP, 2011. p. 337-344.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; ROSADO, Marilda. A relação entre a globalização e o direito internacional privado. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; KAKU, William Smith; SUSKI, Liana Maria Feix (Org.). *Cidadania e direitos humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 22-35.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de; ROSADO, Marilda. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, v.1, n. 20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1516/1646>>. Acesso em: 23 maio 2012.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. *O reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese (Doutorado em Direito Internacional). Rio de Janeiro: UERJ, 2012.
- ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. The Shakespearan Rose blossoms down the Equator: reflections upon Brazilian Supreme Court's decision recognizing the constitutionality of same-sex civil unions. *Panorama Brazilian Law*, v. 1, p. 101-118, 2013.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DOLINGER, Jacob. *A evolução do princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional: a família no direito internacional privado: casamento e divórcio no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. t. 1.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte especial: direito civil internacional: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.
- DOLINGER, Jacob. *Direito e amor*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação: Por uma concepção integrada de justiça*. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVEZAN, Flávia (Org.) *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167-190.
- JAYME, Erik. O Direito Internacional Privado e a família no umbral do século XXI. In: CONFERÊNCIA DO RIO DE JANEIRO, 15 de março de 2002, PUC-Rio. In: ARAÚJO, Nádía de; MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5-30.
- OPERTTI BADÁN, Didier. Derecho internacional público y derecho internacional privado. hacia un diálogo renovado. In: ARROYO, Diego; LIMAMARQUES, Claudia. *Derecho internacional privado y derecho internacional público: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP, ASADIP, 2011, p. 429-448.
- TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Proteção internacional do
consumidor: necessidade de
harmonização da legislação***

**International protection of
consumers: the need of a
legislation harmonization**

Héctor Valverde Santana

Proteção internacional do consumidor: necessidade de harmonização da legislação*

International protection of consumers: the need of a legislation harmonization

Héctor Valverde Santana**

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a proteção internacional do consumidor e a necessidade de harmonização da legislação interna dos países para equilibrar a relação jurídica estabelecida entre o fornecedor de produtos e serviços e o consumidor, bem como discutir e apresentar as principais contradições existentes nos variados sistemas de tutela material e processual do consumidor. Inicialmente são apresentados os principais pontos da mensagem do Presidente John F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América sobre a importância do consumidor na economia e a necessidade de protegê-lo. Em seguida, discorre-se sobre a proteção do consumidor pela ONU, precisamente quanto ao teor da Resolução n. 39/248, de 16 de abril de 1985, com recomendação aos países, especialmente aos países em desenvolvimento, para a adoção de políticas públicas e leis adequadas a realidade do mercado, tendo como propósito a proteção do consumidor. Finalmente, são examinadas as peculiaridades do Mercosul, da União Européia e o papel das entidades privadas (acadêmicas e não acadêmicas) na proteção internacional dos consumidores. Conclui-se que a proteção do consumidor está vinculada à efetivação de direitos fundamentais, sendo necessária para o equilíbrio entre países no cenário internacional. Os desafios são cada vez maiores em razão do desenvolvimento tecnológico e as mutantes práticas comerciais, demandando, portanto, esforço conjunto dos países nas áreas administrativa, legislativa e judiciária, bem como das entidades privadas para a harmonização da legislação nacional e internacional de proteção do consumidor.

Palavras-chave: Proteção. Consumidor. Internacional. Harmonização. Legislação. Vulnerabilidade.

Abstract

The goal of this paper is to analyze the international consumer protection and the need to harmonize domestic legislation and trade blocs to balance the legal relationship between the provider of products and services and the consumer, as well as discuss and present the main contradictions in the various systems of substantive and procedural protection to the consumer. Initially, the main points of the message of President John F. Kennedy to the Congress of the United States of America on the importance of the consumer in the economy and the need to protect it are presented. Then it discusses consumer protection by the UN, especially the contents of Res. 39/248 of April, 16th 1985, which presents recommendation to countries, especially developing ones, to the

* Artigo convidado

** Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. Diretor de Assuntos Internacionais do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon). Juiz de Direito do Distrito Federal. E-mail: hectorvsantana@gmail.com

adoption of public policies and appropriate legislation to the reality of the market, with the purpose of protecting the consumer. Finally, the peculiarities of Mercosur, the European Union and the role of private entities (academic and non-academic) in the international protection of consumers are examined. It's concluded that consumer protection is linked to the enforcement of fundamental rights, being necessary to the international balance between countries. The challenges are increasing due to technological advances and changing business practices, thus requiring joint effort of the countries in the administrative, legislative and judicial fields, as well as from private entities for the harmonization of national and international legislation on consumer protection.

Keywords: Protection. Consumer. International. Harmonization. Legislation. Vulnerability

1 Introdução

A proteção internacional do consumidor é tema atual e demanda estudo sistemático em razão da crescente globalização e do acentuado desenvolvimento do comércio internacional. Há aproximadamente cinquenta (50) anos foi destacada a necessidade de proteção do consumidor pelo Presidente John F. Kennedy, ganhando o tema espaço no debate econômico, social e político de todo o mundo. Não obstante a advertência quanto à necessidade de proteção do consumidor, os países em desenvolvimento não acompanharam, desde o início do debate, as idéias inovadoras, omitindo na formulação de política pública ou edição de leis que expressassem esta nova visão da realidade do mercado de consumo.

Os países desenvolvidos perceberam a importância da proteção do consumidor e passaram, ainda na década de 1960, a editar leis e determinações administrativas para equilibrar as relações entre fornecedor e consumidor. A Organização das Nações Unidas (ONU) encampa a idéia e, por intermédio do Conselho Econômico e Social, inicia estudos para a elaboração de normas internacionais que servissem de padrão de proteção dos consumidores pelos Estados membros, especialmente para os países em desenvolvimento, onde a questão se mostrava incipiente.

A década de 1990 é marcada pela consolidação da União Européia e, conseqüentemente, o reforço no debate sobre a proteção do consumidor, resultando na edição de variadas diretivas sobre o assunto. O Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi constituído no

início da década de 1990 e não teve uma preocupação inicial com a questão de proteção do consumidor, cujo tema continua indefinido em razão da dificuldade de harmonizar os pontos de vista sobre a extensão da tutela consumerista.

Além de países, de blocos regionais de países e de organismos internacionais que se ocupam da proteção do consumidor no plano internacional, mister destacar o papel das entidades privadas de defesa do consumidor no auxílio da formulação de políticas públicas eficientes e consolidação de princípios jurídicos que orientam a edição de leis nacionais e tratados sobre a questão.

Portanto, o objetivo do presente estudo é verificar a evolução da proteção do consumidor no plano internacional e destacar a necessidade de harmonização da legislação no sentido de promover a segurança jurídica ao consumidor que realiza cada vez mais atos de consumo no exterior, situação acentuada pelo extraordinário desenvolvimento do comércio eletrônico e a crescente mobilidade humana verificada no turismo internacional.

2 Mensagem de John F. Kennedy sobre proteção do consumidor

O marco inicial da proteção organizada do consumidor é o dia 15 de março de 1962, data em que foi apresentada ao Congresso dos Estados Unidos da América a mensagem que havia sido gravada pelo Presidente John F. Kennedy. Cuida-se do primeiro e mais expressivo pronunciamento de um político com liderança mundial sobre a necessidade de proteção do consumidor. Entende-se a preocupação do então Presidente dos Estados Unidos da América, pois havia uma guerra “fria” entre o mundo capitalista, apoiado na livre iniciativa e na economia de mercado, e o bloco comunista, liderado pela extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, marcado pela planificação estatal e cuja economia era baseada na concentração pelo Estado de todos os meios de produção. O sistema capitalista não poderia subsistir com consumidor fraco, considerando seu importante papel no mercado livre de consumo. Portanto, a defesa do consumidor surge como necessidade de afirmação da economia capitalista em face da ameaça comunista e sua economia estatizada.

A mensagem especial do Presidente John F. Kennedy causou grande impacto no cenário mundial e despertou Estados em várias partes do planeta para a necessidade de proteção do consumidor, além de influenciar

decisivamente a discussão do tema pela Organização das Nações Unidas (ONU), especialmente em seu Conselho Econômico e Social. O Presidente John F. Kennedy lembra que “consumidores, por definição, somos todos nós”. Destaca que os consumidores constituem o maior grupo econômico atuante no mercado de consumo, que é influenciado, mas também influencia todas as decisões econômicas, sejam na área pública ou no campo privado, responsável por dois terços (2/3) pelos gastos realizados na economia. A mensagem prossegue afirmando que, apesar da importância do grupo de consumidores, é o único grupo econômico sem organização de seus integrantes e que seus pontos de vista não são considerados no momento da tomada de decisão.

Outro ponto importante ressaltada na referida mensagem, e que influenciou a ordem internacional, foi a obrigação do Estado de fazer a economia servir adequadamente o consumidor. A referida obrigação foi reproduzida no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal brasileira, que impõe ao Estado o dever de promover, na forma da lei, a defesa do consumidor. O Presidente John F. Kennedy considera temas como o desperdício no consumo e a ineficiência dos setores privado e público. Afirma, então, que produtos de baixa qualidade, preços exorbitantes, medicamentos ineficientes e impossibilidade de escolha do consumidor por falta de informação como desperdício de dinheiro e ameaça à saúde e segurança, fazendo advertência de que estes fatos são sérios e podem abalar o interesse nacional.

O documento revela que o desenvolvimento tecnológico, exemplificativamente quanto a alimentos, medicamentos e utensílios domésticos, dificulta a escolha do consumidor e ressalta a inadequação da legislação antiga, bem como indica a necessidade de um novo tratamento legislativo da matéria. Afirma que o *marketing* avança para a impessoalidade e a escolha do consumidor de produtos e serviços é cada vez mais influenciada pela publicidade massificada, uma vez que esta utiliza técnicas de persuasão sofisticadas. Critica, em seguida, que a falta de informação do consumidor é marca no mercado de consumo, pois há incerteza quanto aos padrões mínimos de segurança, qualidade e eficiência de remédio, o montante do pagamento decorrente do consumo de crédito, o valor nutricional dos alimentos, dentre outros.

Finalmente, elenca um rol de atividades governamentais que estão diretamente ligadas ao consumidor, mas enfatiza

a necessidade de outras ações administrativas e legislativas relevantes para o exercício dos direitos do consumidor. A propósito, o Presidente John F. Kennedy enumera quatro (04) grandes eixos de direitos do consumidor: “a) o direito à segurança – ser protegido contra a propaganda de produtos que são prejudiciais à saúde ou à vida; b) o direito de ser informado – ser protegido contra informações e propagandas fraudulentas, enganosas ou ordinárias e ter acesso aos fatos necessários para que seja possível fazer sua escolha; c) o direito de escolher – de ter assegurada, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos a preços competitivos; e naquelas indústrias, onde a competição não funcione de forma livre e a regulamentação do governo é pouco atuante, ter garantida uma qualidade satisfatória e preços justos; d) o direito de ser ouvido – ter garantido que os interesses do consumidor irão receber atenção e consideração especial quando da elaboração de políticas governamentais, além de tratamento justo nos tribunais administrativos do governo.”¹

O dia 15 de março é comemorado como dia mundial de proteção do consumidor em razão da mensagem enviada pelo Presidente John F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América. No Brasil, a Lei n. 10.504, de 08 de julho de 2002, institui o dia 15 de março como o dia nacional do consumidor, com obrigação aos órgãos federais, estaduais e municipais de promoverem festividades, debates, palestras e outros eventos para difundir os direitos do consumidor. A mensagem em comento influenciou a proteção internacional do consumidor, uma vez que a ONU baseou toda regulamentação da matéria no referido pronunciamento, bem como diversos países, a exemplo do Brasil com a edição do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990, e variados blocos regionais de países (União Européia e Mercosul) elaboraram normas seguindo as premissas apresentadas no dia 15 de março de 1962 pelo Presidente John F. Kennedy.

3 ONU e proteção do consumidor

A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) adotou, por consenso, a Resolução n. 39/248, em 16 de abril de 1985, após dois anos de negociação com o Conselho Econômico e Social da

1 Texto em tradução livre extraído do anexo do livro: QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade civil por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 203-216.

própria ONU. A Resolução n. 39/248 é reconhecida como o documento mais importante da proteção internacional do consumidor. A origem do referido texto normativo foi a Resolução n. 1979/74 do Conselho Econômico e Social da ONU, que solicitou ao Secretário Geral da ONU a elaboração de relatório a fim de propor padrões adequados de consumo a serem seguidos pelas nações integrantes da ONU, considerando especialmente os problemas e as necessidades dos países em desenvolvimento. Após a apresentação do relatório sobre a proteção do consumidor pelo Secretário Geral da ONU, o Conselho Social e Econômico da ONU, em 23 de julho de 1981, adotou a Resolução n. 1981/62, que solicitou ao Secretário Geral da ONU providências no sentido de prosseguir às consultas para a elaboração de normas para a proteção dos consumidores.²

O anexo à Resolução n. 39/248 da ONU contém quatro (04) eixos principais: a) objetivos; b) princípios gerais; c) normas; d) cooperação internacional. Os quatro (04) eixos principais do documento em referência foram inicialmente subdivididos em quarenta e seis (46) itens. O capítulo referente aos objetivos da proteção internacional propõe o reconhecimento dos interesses e necessidades dos consumidores de todos os países, com destaque especial aos consumidores dos países em desenvolvimento. Com efeito, à época da adoção da Resolução n. 39/248 da ONU, os países desenvolvidos já haviam editado leis setoriais de proteção dos consumidores, porém nos países em desenvolvimento ainda não havia registro significativo de legislação protetiva da parte vulnerável da relação jurídica de consumo. Há registro, ainda, nas justificativas dos objetivos da proteção internacional do consumidor o reconhecimento da vulnerabilidade do destinatário final de produtos e serviços (consumidor), cuja diferença de força em relação ao fornecedor se apresentava especificamente sobre desequilíbrios econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo.

A proteção da vida, saúde e segurança do consumidor foi destacada nas justificativas dos objetivos gerais de proteção internacional do consumidor, inclusive com a afirmação do direito de acesso a produtos inofensivos, tema relacionado à reparação de danos em decorrência de acidente de consumo (fato do produto ou serviço). A Resolução n. 39/248 da ONU indica, de forma específica, que as normas de proteção internacional

do consumidor têm os seguintes objetivos: “a) auxiliar países a atingir ou manter uma proteção adequada para a sua população consumidora; b) oferecer padrões de produção e distribuição que preencham as necessidades e desejos dos consumidores; c) incentivar altos níveis de conduta ética, para aqueles envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços para os consumidores; d) auxiliar países a diminuir práticas comerciais abusivas usando de todos os meios, tanto em nível nacional como internacional, que estejam prejudicando os consumidores; e) ajudar no desenvolvimento de grupos independentes e consumidores; f) promover a cooperação internacional na área de proteção ao consumidor; e g) incentivar o desenvolvimento das condições de mercado que ofereçam aos consumidores maior escolha, com preços mais baixos.”³

O capítulo II da Resolução n. 39/248 da ONU firma os princípios gerais da proteção do consumidor no plano internacional. Recomenda-se aos governos a elaboração e manutenção de uma política interna protetiva firme do consumidor, observadas as normas da própria Resolução n. 39/248 da ONU. Cada país deve, de acordo com o documento em referência, observar suas prioridades para a proteção dos consumidores, considerando as condições econômicas e sociais e os custos e benefícios para a população. Por fim, a Resolução n. 39/248 da ONU propõe, a partir da adoção dos princípios internacionais de proteção do consumidor, atingir as seguintes necessidades: “a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à saúde e segurança; b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores; c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas de acordo com as necessidades e desejos individuais; d) educar o consumidor; e) criar possibilidades de real ressarcimento ao consumidor; f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos ou organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.”⁴

A parte mais detalhada da Resolução n. 39/248 da ONU é quanto às normas (*guidelines*) gerais de proteção do consumidor (capítulo III), destacando que aquelas se referem tanto a produtos e serviços nacionais quanto aos importados. Entretanto, a par da aplicação das

2 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 752-757.

3 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 752.

4 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 753.

normas (*guidelines*) gerais, o texto em referência afirma a preocupação no sentido de dispensar o devido cuidado para que a proteção do consumidor não se transforme em barreiras ao comércio internacional e óbice ao cumprimento das obrigações comerciais internacionais.

As normas (*guidelines*) de proteção internacional do consumidor são elaboradas a partir da identificação de temas de alta relevância, como a segurança física do consumidor, a proteção dos interesses econômicos do consumidor, adoção de padrões de segurança e qualidade de produtos e serviços, os meios de distribuição de produtos e serviços essenciais aos consumidores, a reparação dos danos sofridos pelos consumidores, a informação e a educação para o consumo, e a áreas específicas como alimento, água e medicamento.

Cumprir destacar que as normas relativas à proteção da segurança do consumidor enfatizam deveres governamentais quanto à adoção de leis que garantam produtos eficientes e seguros, bem como a prestação por parte dos fornecedores de informações adequadas sobre a correta utilização dos produtos pelos consumidores com o propósito de evitar acidente de consumo. A proteção dos interesses econômicos do consumidor assegura a “utilização excelente dos recursos econômicos”, além da exigência da qualidade dos produtos e serviços, informações sobre a comercialização, e proteção contra práticas abusivas do fornecedor, níveis aceitáveis de durabilidade, incentivo à competição leal entre os fornecedores, disponibilidade de peças na pós-venda, proibição de cláusulas abusivas nos contratos de adesão, dentre outras.

As normas relacionadas aos padrões de segurança e qualidade de produtos e serviços recomendam revisão periódica e adaptação aos padrões internacionais de normalização. Há manifesto reforço no dever governamental de tomar medidas que elevem o padrão de segurança e qualidade de produtos e serviços. As normas de distribuição de produtos e serviços essenciais para o consumidor objetivam atender toda população do Estado, com ênfase para a área rural, inclusive com incentivo para a criação de cooperativas de consumidores.

A disciplina normativa da responsabilidade civil do fornecedor tem a pretensão de aumentar as possibilidades de reparação dos danos sofridos pelos consumidores. Há indicação para a disponibilização de acesso à justiça e aos órgãos administrativos para

a solução de controvérsias concernentes à relação de consumo, inclusive pela via informal, com atenção especial aos consumidores de baixa renda. Registre-se a importante recomendação para que as empresas sejam responsáveis pela solução do conflito diretamente com o consumidor, de maneira justa, eficiente e informal.

Os Estados são responsáveis pelo planejamento e execução de programas visando à efetivação dos direitos básicos do consumidor à informação adequada e à educação para o consumo, sempre observando as tradições culturais da população. Os referidos programas governamentais visam capacitar os consumidores a fim de minorar as diferenças entre estes e os fornecedores, propiciar mais liberdade de escolha no ato da contratação de produtos e serviços, considerando ainda os consumidores portadores de necessidades especiais ou com baixo nível de informação ou escolaridade, bem como aqueles que vivem em zonas rurais.

A Resolução n. 39/248 da ONU propõe medidas referentes à área da saúde do consumidor, expressamente quanto à segurança alimentar com adoção de padrões internacionais de controle, inspeção e avaliação; os governos devem desenvolver esforços para melhorar o fornecimento, distribuição e qualidade da água potável; quanto aos medicamentos os governos devem observar os padrões internacionais de adequação, prescrição e regulação do licenciamento, produção e distribuição, dentre outros aspectos da questão.

O capítulo IV da Resolução n. 39/248 da ONU dispõe sobre a cooperação internacional entre os governos, ressaltando a troca de informações sobre a proteção do consumidor, estabelecimento de normas comuns para obtenção de melhores resultados com os recursos disponíveis, o fornecimento de bens essenciais nos quesitos preço e qualidade, conhecimentos das decisões recíprocas sobre produtos considerados nocivos ou perigosos, impedir que ocorra diferença de qualidade de produtos entre países distintos e a preocupação permanente no sentido de que as normas de cooperação não se transformem em barreiras comerciais.

Esclareça-se que a Resolução n. 39/248 da ONU foi modificada pela Resolução n. 1999/7, de 26 de julho de 1999, do Conselho Econômico e Social da ONU, para o fim de incluir disposições relativas ao consumo sustentável das presentes e futuras gerações quanto aos aspectos econômicos, sociais e ambientais.

4 Mercosul e proteção do consumidor

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi constituído pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, composto originalmente pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. O Mercosul tem natureza intergovernamental, reconhecido juridicamente como entidade de direito internacional. A personalidade jurídica do Mercosul somente foi criada pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1995, que por sua vez complementou o Tratado de Assunção (1991).⁵ A Venezuela ingressou formalmente no Mercosul a partir de 31 de julho de 2012. O Mercosul conta, ainda, com Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru como países associados, bem como México e Nova Zelândia como países observadores.

O Tratado de Assunção não fez qualquer referência à proteção do consumidor no Mercosul, porém dispõe sobre a livre circulação de bens e serviços com a eliminação de barreiras aduaneiras ou medidas equivalentes.⁶ Diferentemente da União Européia, que se constitui em entidade supranacional, com parlamento próprio, em que os Estados membros internalizam as diretivas aprovadas pelo parlamento europeu em seus respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, o Mercosul é entidade intergovernamental, que pressupõe a não transferência de parcela de soberania à entidade comum. Assim, no que se refere à proteção do consumidor, a Argentina e o Brasil já dispunham, no início da década de 1990, de leis protetivas dos consumidores, enquanto Paraguai e Uruguai não contavam com leis específicas nesta matéria. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) criou o Comitê Técnico n. 07 com o propósito de realizar estudos a fim de harmonizar a legislação consumerista dos países integrantes do bloco.⁷ O Brasil é representado no Comitê Técnico n. 07 por representantes da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), do Ministério da

Justiça, e por representantes dos Ministérios da Fazenda e das Relações Exteriores. Entretanto, a harmonização das leis protetivas do consumidor sempre encontrou entraves nas discussões técnicas, não obstante os variados e complexos problemas encontrados nos mercados internos dos países integrantes do bloco.⁸

A harmonização das leis nesta matéria encontra resistência porque o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei n. 8.078/1990) é mais avançado em relação às demais leis de proteção do consumidor dos países do Mercosul. Neste sentido, os representantes brasileiros propõem que as normas do regulamento comum de proteção do consumidor no Mercosul observem as ampliações da proteção do consumidor existentes no Brasil. Ocorre que há resistência dos demais países em adotar a ampliação da proteção do consumidor brasileiro. Ao contrário, pretendem que seja reduzida a proteção do consumidor brasileiro em prol do mercado comum do bloco. A discordância reside especialmente em relação a alguns institutos de direito material e também de direito processual da legislação brasileira, a exemplo do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica de consumo e a possibilidade de inversão do ônus da prova, no processo civil, a favor do consumidor, quando presente a alegação verossímil ou a hipossuficiência (técnica, econômica ou informacional) do consumidor. O Uruguai resistiu especialmente quanto ao modelo brasileiro de previsão de nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas previstas nos contratos de consumo, na medida em que naquele país o contrato é elaborado com o auxílio de tabelião, não havendo razão para igualar os sistemas distintos. Não obstante as divergências apontadas, o Comitê Técnico n. 7, após diversos estudos, deliberou no sentido de acolher os aspectos consensuais da proteção do consumidor, que por sua vez foram aprovados pelo Grupo Mercado Comum em 1996.⁹

Alguns efeitos negativos ao Mercosul são identificados a partir dos distintos graus de proteção do consumidor entre os Estados membros. A manutenção da união aduaneira entre os países do bloco depende da igualdade de condições de circulação de produtos e serviços. Os custos de produção são afetados diretamente em razão da existência de distinções no

5 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 381.

6 OLIVEROS, Sheraldine Pinto. *El consumidor en el derecho comparado*. Lima: ARA, 2011. p. 250.

7 Cláudia Lima Marques critica a opção do Comitê Técnico n. 7, nestes termos: “Que o método escolhido pelo CT n. 7 da Comissão de Comércio do Mercosul, de unificar, ao invés de harmonizar ou aproximar as normas de defesa do consumidor, é um método falho e inútil, que revoga normas de proteção dos indivíduos já existentes no Brasil.” MARQUES, Cláudia Lima. Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 26, p. 53-76, abr./jun. 1998.

8 BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 415-416.

9 BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 416-418.

sistema de proteção dos consumidores dos diferentes Estados membros, comprometendo a base do princípio da livre concorrência. Há manifesto prejuízo dos produtos e serviços oriundos do Mercosul em relação ao mercado internacional, especialmente quanto à adoção de um alto padrão de qualidade que poderia conduzir toda produção do bloco a efetiva competição em todos os setores da economia mundial. A ausência da concretização do bloco frustra o objetivo de toda a população do Mercosul no sentido de melhorar a qualidade de vida e contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais. Finalmente, o comércio transfronteiriço resta prejudicado à míngua de harmonia na legislação de proteção do consumidor dos países componentes do Mercosul.¹⁰

5 União Européia e proteção do consumidor

A primeira e principal preocupação da Comunidade Econômica Européia (CEE) foi a própria formação e a consolidação do bloco de Estados. O Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, não fez referência expressa à proteção do consumidor, mas tão somente houve indicação indireta ao dispor sobre a política agrícola e à concorrência empresarial. A proteção do consumidor foi tema secundário na escala de prioridades da Comunidade Econômica Européia (CEE) desde a sua formação. A questão da proteção do consumidor ganha relevo quando são identificados obstáculos aos interesses comerciais dos Estados membros envolvidos. A partir da década de 1970 é que a tutela do consumidor ganha relativa importância na Comunidade Econômica Européia (CEE), considerando as expressivas transformações no sistema de produção e distribuição de produtos. O benefício imediato do consumidor europeu foi a livre circulação de produtos e a formação de um mercado comum. O consumidor não era visto como sujeito vulnerável da relação estabelecida com o fornecedor, mas, ao contrário, baseada na visão liberal, era considerado como mero beneficiário passivo dos avanços introduzidos pela formação de um bloco de Estados, uma vez que estes isoladamente se mostravam frágeis diante dos Estados Unidos da América e da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.¹¹

10 FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 182-183.

11 FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 99-100.

A Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCE)¹² teve importante papel no desenvolvimento da proteção do consumidor, porquanto fixou princípios específicos da matéria e, certamente, contribuiu para a elaboração de normas internas coerentes com as necessidades dos vários Estados membros integrantes do bloco. A jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCE), ao apreciar caso concreto relativo à Bélgica, que por sua vez demandava certificação de um produto (scotch whisky) de livre circulação na França, considerou tal exigência como um entrave ao comércio entre Estados membros (MEERQ). Outro caso foi apresentado pela Comissão Européia contra a França à Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCE), que continuou aplicando a noção de MEERQ para o fim de considerar indevida a restrição de publicidade de bebidas alcoólicas, pois os produtos importados estavam em desvantagem em relação aos produtos nacionais e que por isso já eram suficientemente conhecidos dos consumidores. O caso mais expressivo da Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCE) sobre a livre circulação de produtos foi conhecido como “Cassis de Dijon”. A Alemanha proibiu a importação do licor “Cassis de Dijon” sob a alegação de que a bebida, de acordo com as leis internas, deveria ter no mínimo 25% de teor alcoólico, mas que a bebida importada continha apenas 15%, razão pela qual a Corte de Justiça da Comunidade Européia (CJCE) considerou que a decisão alemã representou uma posição correspondente a limitação quantitativa de comercialização de produtos importados.¹³

O Tratado de Maastricht (1992) possibilitou a adoção de medidas para cooperação judiciária em matéria civil,¹⁴ bem como a proteção do consumidor

12 Vanessa Oliveira Batista esclarece que: “O Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (TJCE) e os Tribunais dos Estados-Membros têm reconhecido a autonomia e a individualidade das normas comunitárias. O Direito Comunitário distingue-se, pois, tanto da ordem jurídica internacional quanto da ordem jurídica interna por sua *origem* (criado por tratados internacionais); *finalidade* (objetiva a criação de uma autoridade institucional própria que subordine as soberanias – e interesses – dos Estados-Membros para alcançar sua integração social e econômica); *destinatários* (Estados-Membros da União e instituições comunitárias, ou particulares sujeitos à jurisdição comunitária); e *órgãos* (para se aplicar e interpretar o Direito Comunitário há um Tribunal de 1ª instância e o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia).

BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: DelRey, 1998. p. 47.

13 FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 110-116.

14 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional*

ganhou destaque na formação do bloco europeu, especificamente com a disposição do Título IX (A proteção dos consumidores) prevendo um “elevado nível de proteção dos consumidores” pela adoção de medidas relacionadas ao mercado interior e a disciplina complementar quanto à proteção da saúde, segurança, interesses econômicos e a garantia de informações adequadas sobre os produtos e serviços. Em razão do desenho institucional de União Européia, a proteção do consumidor submete-se ao princípio da subsidiariedade, ou seja, a União Européia somente intervirá casuisticamente quando o Estado membro não solucionar adequadamente a questão. O Tratado de Amsterdã (1997) é a consolidação da formação da União Européia. Houve reforço e ampliação da política da União Européia sobre a proteção do consumidor em vários aspectos, especialmente quanto ao direito à informação adequada e a educação para o consumo, bem como disciplinou o inter-relacionamento dos Estados membros na proteção do consumidor com outras políticas públicas estabelecidas na União Européia. Na linha da construção do direito do consumidor na União Européia, várias diretivas foram editadas visando a harmonização do direito comunitário. As diretivas da União Européia versam sobre informação do preço, publicidade enganosa, pacotes turísticos, crédito ao consumo, *timeshare*, segurança de produtos, dados pessoais, comércio eletrônico, dentre outros assuntos.¹⁵

6 Entidades privadas e proteção internacional do consumidor

As entidades privadas têm protagonizado diversas ações positivas na proteção internacional do consumidor. Cumpre ressaltar que as entidades privadas que têm por objeto institucional a proteção dos direitos de consumidores podem ser acadêmicas, vinculadas ao estudo do direito do consumidor, especificamente quantos aos princípios ou regras jurídicas, e as entidades não acadêmicas, que representam os consumidores como segmento da sociedade civil, na linha de atuação de ativismo político. As entidades privadas de proteção do consumidor atuam em tema essencialmente relacionado à terceira geração dos

direitos humanos¹⁶, classificados como direitos de solidariedade, relacionado à qualidade de vida.

A essência da proteção do consumidor está direcionada à tutela coletiva de direito, de natureza transindividual, demandando uma perspectiva inovadora tanto do direito material quanto do direito processual, e superando a clássica visão do mero direito individual entre partes privadas ou públicas e atrelado exclusivamente, no que tange à sua proteção, à ação do Estado. O século XXI está marcado por profundas transformações em relação aos séculos antecedentes, mais detidamente quanto aos destinos da coletividade, estes necessariamente atrelados aos denominados “movimentos sociais” e suas interferências nas ações e políticas desenvolvidas pelo Estado. Nesta linha de raciocínio, as entidades privadas desempenham cada vez mais um papel expressivo na proteção internacional do consumidor.

Registre-se o importante papel desempenhado pela *Consumer International (CI)* na proteção do consumidor no plano internacional. Trata-se de entidade privada independente, sem fins lucrativos, fundada em 1960, com sede em Londres, e subedes em todos os continentes, que reúne mais de duzentos e quarenta (240) entidades de defesa do consumidor em cento e vinte (120) países. A *Consumer international (CI)* tem a perspectiva de garantir aos consumidores o direito à liberdade de escolha, mediante a devida informação, de produtos e serviços seguros e sustentáveis, bem como de assegurar o respeito aos direitos individuais e coletivos. A entidade federativa em referência se propõe a auxiliar internacionalmente na proteção dos consumidores, sempre tendo por base a efetivação dos direitos dos consumidores e trabalhando em conjunto com as entidades afiliadas. A atuação da *Consumer International (CI)* tem por base oito (oito) princípios básicos, a saber: a) direito à satisfação das necessidades básicas do consumidor; b) direito a produtos e serviços seguros; c) direito à informação; d) direito de escolha; e) direito de ser ouvido; f) direito à reparação dos

16 Valério de Oliveira Mazzuoli esclarece sobre a natureza constitucional das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, nestes termos: “...se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar certos direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando, assim, o seu “bloco de constitucionalidade”.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 361.

privado. Curitiba: Juruá, 2012. p. 70.

15 FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102-104.

danos; g) direito a educação para o consumo; h) direito ao meio ambiente sadio e sustentável.¹⁷

A *International Law Association* (ILA) é uma organização não governamental, fundada em Bruxelas, no ano de 1873, com sede em Londres, que tem como objetivo a promoção de estudos e desenvolvimento do direito internacional público e privado, contando com mais de três mil e quinhentos (3.500) associados em diversos países. Cuida-se de uma das mais importantes entidades de direito do mundo, cuja deliberações são consideradas como fonte de direito internacional. A *International Law Association* promoveu em Sófia (Bulgária), entre os dias 26 a 30 de agosto de 2012, o 75º Congresso de Direito Internacional. Após quatro (04) anos de aprofundados estudos do Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores, presidido pela Profa. Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, composto por juristas de quatorze (14) países, a assembléia geral deliberou pela aprovação da resolução n. 04/2012, firmando entendimento pela imprescindibilidade da proteção do consumidor no direito internacional, bem como aprovou os princípios básicos para orientação na elaboração da legislação e para a regulação da proteção do consumidor no plano internacional, assim enunciados: “A proteção do consumidor deve se guiar pelos seguintes princípios: 1. (Princípio da vulnerabilidade) Os consumidores são vulneráveis frente aos contratos de massa e padronizados, em especial no que concerne à informação e ao poder de negociação; 2. (Princípio da proteção mais favorável ao consumidor): É desejável, em Direito Internacional Privado, desenvolver *Standards* e aplicar normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção mais favorável ao consumidor; 3. (Princípio da justiça contratual) As regras e o regulamento dos contratos de consumo devem ser efetivos e assegurar transparência e justiça contratual; 4. (Princípio do crédito responsável) Crédito responsável impõe responsabilidade a todos os envolvidos no fornecimento de crédito ao consumidor, inclusive fornecedores, corretores, agentes e consultores; 5. (Princípio da participação dos grupos e associações de consumidores) Grupos e associações de consumidores

17 CONSUMER INTERNATIONAL. *Consumer rights*. Londres, 2013. Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights/#.UpZNcph-VWk>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

devem participar ativamente na elaboração e na regulação da proteção do consumidor.”¹⁸

Finalmente, considerando o crescente turismo internacional e o grande volume de dinheiro que envolve este setor de serviço, registre-se o importante papel desempenhado pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) na busca da proteção do consumidor turista, principalmente quanto ao consumidor turista internacional. Nesta linha de atuação, o Brasilcon promoveu seminário jurídico internacional na cidade de Lima – Perú, no ano de 2012, visando o debate relacionado à proteção do consumidor-turista internacional. A ação específica do Brasilcon se justifica porque o consumidor-turista internacional é hipervulnerável diante das diferenças organizacionais e culturais de seus países de origem, pela falta de informação quanto aos órgãos administrativos e jurisdicionais de proteção do consumidor e as barreiras lingüísticas.¹⁹

7 Conclusão

A proteção do consumidor é questão essencial para o regular funcionamento do mercado. A identificação dos direitos do consumidor é tema relativamente recente na história do direito, tendo como marco inicial a mensagem do Presidente John F. Kennedy ao Congresso dos Estados Unidos da América, em 15 de março de 1962, chamando atenção para o dever do Estado de proteger o consumidor e a necessidade de atualização da legislação protetiva. A partir deste fato histórico, a discussão foi estabelecida na ONU, que por sua vez fixou as linhas gerais da proteção internacional do consumidor pela Resolução n. 39/248, de 16 de abril de 1985, inclusive com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado.

Não obstante o reconhecimento da importância e o poderio econômico do consumidor, a sua proteção ainda é dispersa e assimétrica, conseqüência da dificuldade de organização social com vínculo comum na condição de consumidor. Desta forma, o grupo social dos

18 INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Londres, 2013. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm>. Acesso em: 28 nov. 2013.

19 INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR (Brasilcon). *Atuação internacional*. Brasília 2013. Disponível em: <<http://brasilcon.org.br/atuaaointernacional/Wo rkshop+sobre+a+Prote%C3%A7%C3%A3o+Internacional+do+Consumidor>>. Acesso em: 01. dez. 2013.

consumidores não encontra resposta compatível à sua expressão na formulação das leis e políticas públicas.

A constitucionalização dos direitos do consumidor por diversos países nas últimas décadas, inclusive elevando-os à categoria de direitos fundamentais, é considerada como fator positivo para a harmonização da tutela do sujeito no plano internacional. Entretanto, o desenvolvimento tecnológico e as inovadoras práticas comerciais, especialmente das grandes empresas multinacionais, conduzem a uma relação de consumo cada vez mais impessoal, acentuando a vulnerabilidade do consumidor, exigindo cada vez mais a atuação dos Estados na regulação, fiscalização e sancionamento dos fornecedores em caso de violação de direitos subjetivos do consumidor.

A proteção internacional do consumidor demanda esforço comum dos países no sentido de reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado e a afirmação de direitos básicos como o direito a proteção da vida, saúde e segurança contra produtos e serviços nocivos e perigosos, o direito a informação adequada e clara sobre todas as características e riscos dos produtos e serviços, o direito contra a publicidade massificada e ilícita (enganosa e abusiva), o direito de escolha de produtos de qualidade, com preços justos e seguros, o direito de ser ouvido, consistente na outorga de canais administrativos e judiciários estruturados e de baixo custo para as reclamações, e o direito a reparação dos danos materiais e morais, independentemente da prova da culpa do fornecedor. Questão desafiadora é elevar o nível de proteção dos consumidores, mais especificamente nos países em desenvolvimento, sempre levando em conta a diversidade cultural e econômica.

O Mercosul não desenvolveu satisfatoriamente o nível de proteção dos consumidores, uma das principais razões da dificuldade de integração econômica. A harmonização é uma exigência para que o Mercosul alcance o seu propósito de criar uma livre circulação de bens e pessoas, mas que esbarra na resistência injustificada de alguns países em ampliar a proteção do consumidor. Lembre-se que não há economia forte com o consumidor fragilizado, motivo pelo qual o Mercosul não alcançará os seus objetivos previstos no Tratado de Assunção sem a garantia dos direitos básicos assegurados ao consumidor pela ONU, União Européia, outros blocos, países e movimentos sociais e acadêmicos.

A União Européia não previu inicialmente qualquer proteção do consumidor, mas com o desenvolvimento do processo de consolidação do bloco, houve mudança no sentido de reconhecer a defesa do consumidor como fator de impulso da economia da região. Atualmente a União Européia conta com diversas diretivas relacionadas à proteção do consumidor e que contribuem para harmonização da relação de consumo e promovem o desenvolvimento da economia.

Finalmente, as entidades privadas desempenham importante papel no cenário internacional de defesa do consumidor, na atuação como órgãos consultivos de organismos internacionais, como é o caso da *Consumer International* (CI) junto à ONU, ou na atividade de pressão sobre os governos dos países para que editem leis ajustadas aos princípios internacionais do direito do consumidor. Portanto, a uniformização é um ideal, porém a harmonização é possível com melhor compreensão pelos Estados e empresas sobre o positivo impacto social e econômico que a proteção internacional do consumidor pode proporcionar a todos.

Referências

- BATISTA, Vanessa Oliveira. *União Européia: livre circulação de pessoas e direito de asilo*. Belo Horizonte: DelRey, 1998.
- BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 1999.
- CONSUMER INTERNATIONAL. *Consumer rights*. Londres, 2013. Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights/#.UpZNcph-VWk>>. Acesso em: 28 nov. 2013.
- FELLOUS, Beyla Esther. *Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE POLÍTICA E DIREITO DO CONSUMIDOR. *Atuação internacional*. Brasília. 2013. Disponível em: <<http://brasilcon.org.br/atuacaointernacional/Workshop+sobre+a+Prote%C3%A7%C3%A3o+Internacional+do+Consumidor>>. Acesso em: 01. dez. 2013.
- INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Londres. 2013. Disponível em: <http://www.ila-hq.org/en/about_us/index.cfm>. Acesso em: 28 nov. 2013.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor – crítica ao projeto de protocolo de defesa do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, v. 26, p. 53-76, abr./jun. 1998.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

OLIVEROS, Sheraldine Pinto. *El consumidor en el derecho comparado*. Lima: ARA, 2011.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade civil por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

A construção de padrões internacionais por agentes privados e a modificação de legislação nacional: alteração do padrão de contabilidade para empresários no Brasil

The construction of international standards for private agents and the change in national legislation: modifying the accounting standard for companies in Brazil

Cleise Nascimento Martins Costa

A construção de padrões internacionais por agentes privados e a modificação de legislação nacional: alteração do padrão de contabilidade para empresários no Brasil*

The construction of international standards for private agents and the change in national legislation: modifying the accounting standard for companies in Brazil

Cleíse Nascimento Martins Costa**

Resumo

O Brasil adotou as Normas Internacionais de Contabilidade, mais comumente conhecido *como International Financial Reporting Standards* (IFRS) a partir de 2008, com a promulgação da Lei n.º 11.638, de 28 de dezembro de 2007. A principal mudança introduzida pela convergência com as normas internacionais refere-se a mudanças nas práticas contábeis adotadas no Brasil, que passa a ser baseada na interpretação dos pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) afastando a aplicação das regras nacionais, como no passado recente. Por meio do estudo das regras adotadas pelo CPC vislumbra-se verificar a modificação do padrão instituído a partir da realidade local, as Micro e Pequenas Empresas possuíam um tratamento diferenciado quanto a obrigação de escrituração contábil, e este padrão sofre substancial modificação a partir da adoção dos padrões internacionais de escrituração.

Palavras-chave: Convergência contábil. Normas internacionais de contabilidade. International Financial Reporting Standards. Direito internacional.

Abstract

Brazil adopted the International Accounting Standards, more commonly known as International Financial Reporting Standards (IFRS) from 2008, with the enactment of Law No. 11,638, of December 28, 2007. The main change introduced by convergence with the standards International refers to changes in accounting practices adopted in Brazil, which happens to be based on the interpretation of the pronouncements of the Accounting pronouncements Committee (CPC) away from the application of national rules, as in the recent past. Through the study of the rules adopted by the CPC, this article is going to verify the changes in the pattern established from the local reality. The conclusion is that Small Business had differential obligation of accounting, and substantial changes from international accounting standards was established by the international standard.

Key-words: Accountant convergence. International accounting standards. International financial reporting standards. International law

*Recebido em 10.02.2014
Aceito em 15.05.2014

*Professora do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Mestra e Doutoranda em Direito. E-mail: cleisemartins@gmail.com

1 Introdução

No contexto de complexa interação na formação de normas, nota-se a alteração da tradicional teoria de formação da norma. O Estado possui a prerrogativa da produção de normas no âmbito interno, todavia, é uma modificação dos padrões na produção das normas internas, na medida em que, nota-se que padrões internacionais, não estabelecidos em tratados, ou seja, fora do âmbito do consentimento estatal, passam a ser incorporados ao ordenamento jurídico interno.

Este processo identificado insere-se no contexto de expansão da influencia do direito internacional, e preocupação acerca dos padrões adotados pela majoritária teoria do direito internacional, onde são desconsideradas as ingerências dos atores privados na formação do direito interno.

O que se propõe na presente análise é analisar a modificação do padrão contábil para Micro e Pequenas Empresas no Brasil. Tal situação torna-se relevante para a presente análise visto que, recentemente no Brasil, o padrão de contabilidade para empresário foi modificado em virtude da adoção dos padrões internacionais de contabilidade, produzidos pelo Conselho de Normas Internacionais de Contabilidade (IASB) que é a organização internacional que publica e atualiza as International Financial Reporting Standards (IFRS), que são padrões internacionais de contabilidade.

Conselho de Normas Internacionais de Contabilidade (IASB) é um órgão independente emissor de pronunciamentos contábeis. É supervisionado por uma junta de curadores (IFRS Foundation Trustees) e presta contas ao Conselho de Monitoramento (Monitoring Board) constituído por autoridades representativas do mercado de valores mobiliários, e ex-membros de órgãos governamentais dos Estados.

Tal fato se deu pela atuação do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) que adotou os pronunciamentos emitidos nos últimos anos pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), os quais tiveram como base as normas internacionais. A princípio, a adoção pelo CFC torna obrigatória a regra para todos os contadores do país. A presente análise não se propõe a estabelecer uma análise valorativa do novos padrões, o problema enfrentado refere-se a constatação acerca influencia de atores privados na esfera internacional e a ingerência dos padrões internacionais, por eles elaborados, no direito empresarial nacional.

2 Contexto de expansão do direito internacional e os padrões nacionais de contabilidade.

O moderno direito internacional pretende estabelecer um contraste que revele a solução de questões econômicas, sociais, culturais, técnicas, visando regular questões referentes à desenvolvimento, direitos humanos, comunicação, meio ambiente, educação, trabalho, ciência e tecnologia, alimentação, saúde recursos naturais e energia. Em suma, a expansão do direito internacional gira em torno de elementos que, histórica e essencialmente, sempre estiveram sob a égide da soberania interna do Estado.¹

Pode ser vislumbrado determinado enfraquecimento da soberania do Estado em determinadas áreas na medida em que há expansão do direito internacional, que passa a regular temas de modo que parte das escolhas nacionais são feitas em escala internacional.² A criação de regimes jurídicos internacionais para regulação de campos da vida social se estende por uma imensa quantidade de assuntos que antes era regida, exclusivamente, pelo direito doméstico.³

1 As origens do Direito Internacional remontam à paz de Westfália no século XVII e ao princípio a ela subjacente, de que os Estados europeus formariam um sistema único, fundado no Direito Internacional e no equilíbrio de poder – um direito exercido entre os Estados e não acima deles. O desenvolvimento conceitual e doutrinário desse direito deve-se, principalmente, à expansão do capitalismo mercantil entre os séculos XVIII e XIX, à multiplicação dos Estados independentes, às consequências das guerras napoleônicas e à disposição dos países hegemônicos de regular, juridicamente, as relações com outras nações. Assimetria de poder existente à época impedia o Direito Internacional de disciplinar a força utilizada na competição imperialista pelo controle dos recursos naturais e nas disputas militares por áreas geograficamente estratégicas. Assim, após o Congresso de Viena, no século XIX, os esforços para manutenção do equilíbrio sistêmico da época conferiram ao Direito internacional moderno seus principais traços. Dessa forma, em primeiro lugar, o Direito Internacional é marcado pela descentralização de jurisdição, pela heterogeneidade de seus sujeitos e pela complexidade de seu objeto. Em segundo lugar é um direito expresso por meio de acordos, de tratados e de convenções que estabelecem, mantêm e modificam uma complexa cadeia de relações políticas, econômicas, sociais e militares, o que, conseqüentemente, exige sofisticada ação diplomática para implementar essas regras. Em terceiro lugar, o direito internacional é altamente politizado, tendo em vista que seus princípios e normas são considerados como instrumentos de interesses particulares das nações, que variam de acordo com a dimensão de suas economias, de suas reservas naturais e de suas forças militares. COMBACAU, Jean. *Le droit international: bric-à-brac ou système. Archives de philosophie Du droit*, Paris, Sirey, n. 31, p. 88, 1986.

2 DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de La ordre juridique international: cours general de droit international public*. Leiden/Boston: Académie de Droit International de la Haye, 2003. p. 116.

3 Para mais detalhes ver: BADIE, Bertrand; SMOUTS, Marie-Claude. *La retournement du monde*. Fondation National des Sciences

Paralelamente a esse desenvolvimento normativo em esfera internacional, onde o Estado possui um papel ainda relevante, nota-se que em determinados campos mais técnicos e cujo interesse privado é predominante, o Estado não é mais protagonista na produção de normas. Verifica-se a existência de um conjunto de normas que avança de modo autônomo e paralelo às normas produzidas pelos Estados, e que podem consistir na produção de ordenamentos jurídicos globais. Caracterizados justamente pela sua relativa independência dos ordenamentos nacionais, pela sua capacidade de auto reprodução e de coordenação em escala mundial. A produção normativa em bases não políticas possui uma lógica estritamente mercantilista, esses sistemas concorrem cada vez mais com a política internacional e com os sistemas jurídicos nacionais.⁴

Assim, cabe citar que é assumida a existência de regimes jurídicos com lógica autônoma, os quais, no entanto, buscam a interação entre o internacional e o nacional, e caracterizam a condição fragmentada do direito internacional. Ao se considerar que existe uma condição fragmentada do direito internacional é necessário visualizar a estrutura dessa fragmentação. A fragmentação jurídica é apenas resultado da fragmentação da sociedade global, Todavia, é interessante analisar como os vários regimes jurídicos contidos no direito internacional se expandem a ponto de influenciar a formação de interesses nacionais.⁵

A mundialização induz à internacionalização dos sistemas normativos e de comportamentos judiciários nacionais e à nacionalização do direito e dos procedimentos internacionais. Considera-se que o direito ser internacionalizado significa interação entre ordenamentos, que pode ser definida, por meio de três processos muito estudados do direito

da integração: coordenação⁶, harmonização⁷ e uniformização^{8/ 9/10}

O principal ponto de discussão é pautado na assertiva de que todo processo de trocas entre normas, jurisprudência e, por vezes, políticas públicas e decisões administrativas, podem está à margem da construção do direito estatal.

A construção do direito no âmbito internacional implica necessariamente na visualização de que os atores privados, como as empresas transnacionais, possuem força normativa, no entanto, estão alheios à

6 A coordenação pode ser entendida a partir da ideia de interação jurídica, seja entre mesmos níveis (internacional-internacional) ou entre níveis diferentes (internacional-nacional). O processo de coordenação é marcado, principalmente, pela interação de jurisprudências (intercruzamento judiciário) e de normas (intercruzamento normativo).³⁶ A interação entre normas e jurisprudência é mais conhecida no direito internacional como o processo de fertilização cruzada que surge como denominação da padronização de conceitos e decisões que emergem como consequência à proliferação de Tribunais e Cortes internacionais no âmbito de um direito internacional descentralizado que não prevê estrutura judicial integrada. DELMAS-MARTY, Mirelle. *Le force imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Editions du Seuil, 2006. p.35.

7 A harmonização é considerada forma de integração que não impõe a conformidade estrita das regras nacionais com os padrões internacionais. É um processo para integrar o nacional e o internacional no qual nota-se uma relação vertical, ou seja, há instauração de uma relação hierárquica entre os níveis mundiais, regionais e o nível nacional. Essa relação hierárquica decorre do objetivo de integração normativa e judiciária que a caracteriza. No entanto, esse processo exclui a composição ou recomposição na forma de um código unificado em escala mundial ou regional preservando certo grau da identidade nacional. DELMAS-MARTY, Mirelle. *Le force imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Editions du Seuil, février 2006. p. 35.

8 A unificação repousa sobre o princípio da identidade, no qual as práticas nacionais devem ser idênticas à regra comum. Teoricamente seria a integração perfeita ao ignorar a margem nacional de apreciação, uma vez que ao excluir as diferenças é alcançada a ordem jurídica, regional ou mundial, sob o modelo de hierarquia e de coerência da ordem jurídica nacional. Apesar de ser o reduto da segurança jurídica, a unificação é difícil de ser aceita em áreas mais divergentes. A adoção de uma regra única corre o risco de tornar-se um modo tangencial de impor um sistema hegemônico. DELMAS-MARTY, Mirelle. *Le force imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Editions du Seuil, 2006. p. 104. Ver também: ROULAND, N. *Anthropologie juridique*. PUF, 1998. E ainda SACCO, Rodolfo. L'idée de droit commun par circulation de modèle et par stratification. In: Ruiz-Fabri, Helene; DELMAS-MARTY, Mirelle (Org). *Variations autour d'un droit commun*. p.195-199.

9 Não significa que existam somente essas formas de interações jurídicas.

10 BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes*. Disponível: em: <[http://xa.yimg.com/kq/groups/19791041/384304764/name/Laurence\[1\].pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/19791041/384304764/name/Laurence[1].pdf)>. p.3-4.>. Acesso em: 07 jun. 2010.

Politique, 1995. p. 45-55.

4 TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot. 1997; e, TEUBNER, Gunther. *Unitas Mutiplex: corporate governance in group enterprises*.

5 TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*. v. 25, n. 999, Summer 2004.

regulação dos Estados e decorrência da pluralidade de jurisdições em que se encontram. A partir destes pontos, visualiza-se um conjunto de princípios, instituições e regras provenientes de diversas fontes, que sustenta as estruturas legais e a atividade específica da coletividade dos operadores do comércio internacional.

Um caso que pode demonstrar o movimento acima descrito é a incorporação dos padrões contábeis para empresários ao ordenamento jurídico brasileiro. O Brasil passou a adotar as Normas Internacionais de Contabilidade, mais comumente conhecidas como International Financial Reporting Standards (IFRS), a partir de 2008, com a promulgação da Lei 11.638, de 28 de dezembro de 2007. A principal mudança instituída pela convergência às normas internacionais refere-se à alteração da prática contábil brasileira, que passa a estar muito mais baseada na interpretação dos pronunciamentos do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC) do que na aplicação de regras nacionais, como no passado recente. Tal fato possui implicações acentuadas para a qualidade da informação contábil para o profissional da contabilidade, e principalmente para investidores e analistas do mercado financeiro.

Neste contexto, destaca-se a aprovação de uma resolução do Conselho Federal de Contabilidade do Brasil, a Resolução nº 1.418/12, a qual aprova a ITG 1000, que instituiu o modelo contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, questiona-se a adoção de padrões contábeis internacionais. As pequenas e médias empresas têm grande dificuldade em informatizar seus processos e tratá-los de forma integrada. Geralmente, usam tabelas e planilhas eletrônicas, armazenadas em locais diferentes e dissociadas umas das outras. O código civil traz a obrigatoriedade da existência de um sistema de contabilidade por parte, como regra, de todo e qualquer empresário e sociedade empresária.

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.¹¹

Destaca-se que, a escrituração contábil, além de ser uma exigência da legislação comercial e fiscal, é

11 BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

uma imposição da legislação societária e falimentar. Conforme se pode notar pelos dispositivos legais a seguir: A Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76)¹² define:

Art. 177 - A escrituração da companhia será mantida com observância aos preceitos da legislação comercial e desta lei, e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais, segundo o regime de competência.

§2º A companhia observará exclusivamente em livros ou registros auxiliares, sem qualquer modificação da escrituração mercantil e das demonstrações reguladas nesta Lei, as disposições da lei tributária, ou de legislação especial sobre a atividade que constitui seu objeto, que prescrevam, conduzam ou incentivem a utilização de métodos ou critérios contábeis diferentes ou determinem registros, lançamentos ou ajustes ou a elaboração de outras demonstrações financeiras. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

A Lei de Falências (Lei nº 11.101), que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, estabelece no art. 51, inciso II e no art. 163 § 6º, inciso II, que a petição inicial de recuperação judicial e extrajudicial será instruída com as demonstrações contábeis relativas aos três últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária.¹³

Art. 51 A petição inicial de recuperação judicial será instruída com:

II – as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de:

a) balanço patrimonial;

12 BRASIL. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

13 BRASIL. *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

- b) demonstraco de resultados acumulados;
- c) demonstraco do resultado desde o último exercício social;
- d) relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projecco;
- e

Art. 163 § 6o Para a homologaco do plano de que trata este artigo, além dos documentos previstos no caput do art. 162 desta Lei, o devedor deverá juntar:

II – as demonstraces contábeis relativas ao último exercício social e as levantadas especialmente para instruir o pedido, na forma do inciso II do caput do art. 51 desta Lei;

Além dos fundamentos legais citados, a escrituraco contábil pode servir de base para: distribuir lucros, compensar prejuízos, elaborar as demonstraces financeiras (contábeis), provar, em juízo, sua situaco patrimonial, em questões que possam existir com herdeiros e sucessores do sócio falecido, requerer concordata, por insolvência financeira, provar a sócios que se retiram da sociedade a verdadeira situaco patrimonial da empresa, para fins de restituico de capital ou venda de participacão societária, entre outros.

Em um contexto de tratamento favorável às MPes, a Lei Complementar n123, de 14 de dezembro de 2006, dispôs que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte devem seguir um procedimento de escrituraco contábil simplificado. Assim, em dezembro de 2007, o Conselho Federal de Contabilidade editou a Norma Brasileira de Contabilidade – NBC T 19.13, a qual estabeleceu os procedimentos da Escrituraco Contábil Simplificada.

No entanto, em 2009 a NBC T 19.13 foi revogada, pois houve uma modificaco das normas sobre escrituraco contábil por meio da Lei n. 11.638/11, e as MPes passaram a ser normatizadas pela NBC TG 1000 – Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas, aprovada pela Resoluco CFC n 1.255, editada no mesmo ano, e que impunha obrigaes sem diferenciao em razão do porte das empresas.

Com a necessidade de estabelecer tratamento contábil diferenciado para as MPes, foi aprovada a ITG 1000. A ITG 1000 visa desobrigar esse conjunto de empresas da adoco da Norma Brasileira de Contabilidade Técnica Geral - NBC TG 1000 - Contabilidade para

MPes (equivale a norma internacional para PME), consentindo-lhes adotar um modelo mais simplificado para a escrituraco e elaboraco de demonstraces contábeis.

Cumpra ressaltar que, para o fisco, a escrituraco  meio destinado a alcançar resultado de interesse da tributaco (arrecadacão), enquanto, para a Contabilidade, a escrituraco tem por finalidade registrar, preservar e garantir a verdade econômico-financeira da entidade. A escrituraco , portanto, obrigatória, em qualquer empresa, e o  por força de lei. A dispensa da escrituraco contábil completa refere-se apenas  legislaco do Imposto de Renda, não estando a empresa desobrigada da escrituraco exigida pela legislaco comercial, societária e falimentar.¹⁴

No caso de ME e EPP optantes pelo Simples Nacional os registros e controles das operaes e prestaes deverão ser realizadas nos seguintes livros:

- Livro caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentaco financeira e tributária;
- Livro registro de inventário, no qual deverão contar registrados os estoques existentes no término de cada ano calendário, quando contribuinte do ICMS;
- Livro registro de entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado  escrituraco dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens, ou aquisices de serviços de transporte e de comunicaco, efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS;
- Livro de registro dos serviços prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS.
- Livro de registro de serviços tomados, destinado ao registro dos serviços tomados sujeitos ao ISS;
- Livro de registro de entrada e saída de selo de controle, caso exigível pela legislaco do IPI;
- Livro de registro de impressão de documentos fiscais, pelo estabelecimento gráfico para registro dos impressos que confeccionar para terceiros ou para uso próprio;

14 LEMBI, Claudenir; REIS, Luciano. *A importância e obrigatoriedade da escrituraco contábil perante a legislaco comercial, fiscal e profissional*. Disponível em: <<http://www.crcpr.org.br/new/content/publicacao/revista/revista134/escrituracao.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

- Livros específicos pelos contribuintes que comercializem combustíveis;

Caso a empresa optante pelo Simples Nacional possua escrituração completa, com Livro Diário e Livro Razão, a escrituração do Livro Caixa é suprimida.

3 Micro e pequenas empresas: tratamento diferenciado.

As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional devem manter um sistema completo de escrituração contábil, podendo, opcionalmente, adotar modelo simplificado regulamentado pelo Comitê Gestor, conforme o art. 27¹⁵ da Lei Geral:

Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor.

Conforme o artigo 27 do Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa, o Comitê Gestor do Simples Nacional é órgão competente para regulamentar a escrituração contábil das Micro e Pequenas Empresas. A Resolução CGSN nº 28/08 regulamentou o artigo 27 da Lei Geral e também conferiu poderes ao Conselho Federal de Contabilidade para editar resoluções disciplinando o significado de Contabilidade Simplificada, em conformidade com as disposições previstas no Código Civil Brasileiro. Veja-se a transcrição que segue¹⁶:

Art. 2º Fica acrescido o art. 13-A na Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007, com a seguinte redação:

15 BRASIL. Ministério da Fazenda. *Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007*. Dispõe sobre as obrigações acessórias relativas às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional). Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Resolucao/2007/CGSN/Resol10.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2014

16 BRASIL. Ministério da Fazenda. *Resolução CGSN Nº 28, de 21 de janeiro de 2008*. Altera a Resolução CGSN nº 10, de 28 de junho de 2007, que dispõe sobre as obrigações acessórias relativas às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional). Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Resolucao/2007/CGSN/Resol10.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2014. (grifo nosso)

Art. 13-A. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, atendendo-se às disposições previstas no Código Civil e nas Normas Brasileiras de Contabilidade editadas pelo Conselho Federal de Contabilidade.

As normas, interpretações e comunicados técnicos elaborados pelo CFC devem ser aplicados às demonstrações contábeis para fins gerais e outros relatórios financeiros de todas as empresas com fins lucrativos. As demonstrações contábeis para fins gerais são dirigidas às necessidades comuns de vasta gama de usuários externos à entidade, por exemplo, sócios, acionistas, credores, empregados e o público em geral. O objetivo das demonstrações contábeis é oferecer informação sobre a posição financeira (balanço patrimonial), o desempenho (demonstração do resultado) e fluxos de caixa da entidade, que seja útil aos usuários para a tomada de decisões econômicas.

O Comitê de Pronunciamentos Contábeis emite Pronunciamentos, Interpretações e Orientações sempre em convergência com as IFRS emitidas pelo IASB, o Conselho Federal de Contabilidade homologa tais pronunciamentos do CPC por meio de Resolução aprovando a respectiva NBC TG – Norma Brasileira de Contabilidade – Técnica Geral. Cada CPC gera uma NBC TG com o mesmo número.¹⁷

3.1 Escrituração contábil simplificada - NBC T 19.13.

Dentro da competência conferida ao Conselho Federal de Contabilidade foi elaborada a NBC T 19.13 (Norma Brasileira de Contabilidade Técnica), a qual restou aprovada pela Resolução nº 1.115/07.

A NBC T 19.13 aplicava-se às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, optantes ou não pelo Simples Nacional, desde que fossem caracterizadas como tal no termos da Lei Geral (LC nº 123/06). Ou seja, a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte que perdessem a condição de receber os benefícios concedidos pela referida LC nº 123/06 deveriam

17 DELOITTE Publicações. *Demonstrações financeiras Exercício de 2013*. O aperfeiçoamento das regras contábeis brasileiras. Disponível em: <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Brazil/Local%20Assets/Documents/Servi%C3%A7os/GuiaDF_%202013.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

proceder contabilmente como as demais empresas de regime normal, ou seja, Lucro Real ou Lucro Presumido.

A NBC T 19.13 determinava que a microempresa e a empresa de pequeno porte deveriam elaborar, ao final de cada exercício social, o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado. E era facultada a elaboração da Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados, da Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, da Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos e das Notas Explicativas¹⁸ e o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado deveriam ser transcritos no Livro Diário, assinados por profissional de contabilidade legalmente habilitado e pelo empresário.

As receitas, despesas e custos eram escriturados contabilmente com base na sua competência. Nos casos em que havia opção pelo pagamento de tributos e contribuições com base na receita recebida, a microempresa e empresa de pequeno porte devem efetuar ajustes a partir dos valores contabilizados, com vistas ao cálculo dos valores a serem recolhidos.

As microempresas e a empresas de pequeno porte elaboravam, ao final de cada exercício social, o Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado, lhes sendo facultada a elaboração da Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados, da Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, da Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos e das Notas Explicativas. O Balanço Patrimonial e a Demonstração do Resultado eram transcritos no Livro Diário, assinados por profissional de contabilidade legalmente habilitado e pelo empresário.

O procedimento de escrituração contábil estipulado pela NBC TG 19.13 era simples e praticamente sem burocracia, todavia, com adoção dos padrões internacionais, a partir da Lei 11.638/2007¹⁹, houve a

18 Descrição resumida das operações da entidade e suas principais atividades.

19 A referida Lei alterou e revogou dispositivos da Lei no 6.404/1976 e estendeu às sociedades de grande porte disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras. A Lei 11638/07 gerou mudanças na Lei das Sociedades por Ações (Lei 6404/76) que vigorava há 30 anos na contabilidade brasileira, para que a mesma se adeque aos padrões internacionais com maior transparência e qualidade das informações contábeis. Essas alterações envolvem vários tipos societários e a adoção das normas da Lei 11.638/07 deve ser feita não só pelas empresas de Sociedades Anônimas (S/A), mas também por todas as empresas obrigadas a seguir a Lei das S/A, o que inclui além das S/A, as empresas Limitadas (LTDA) tributadas pelo Lucro Real (Decreto 1.598/77) e também as empresas de grande porte.

necessidade de modificação das exigências tendo em vistas as adequações internacionais.

3.2 Padrões contábeis e convergência com os padrões internacionais: NBC TG 1000

Na década de 60, a contabilidade passa a ter um papel preponderante no âmbito de expansão do mercado de capitais norte americano, passando então a ter a capacidade de fornecer informações que sejam úteis ao processo de decisório dos usuários. Em um contexto de mercados globalizados, emerge a preocupação acerca da construção contabilidade internacional, cuja finalidade precípua é incentivar os investimentos estrangeiros, a partir da unificação das normas contábeis, e facilitar a compreensão das informações divulgadas no mercado, o objetivo seria reduzir as dúvidas de natureza contábil, diminuindo as incertezas inerentes ao processo decisório de investimento. Os padrões internacionais da contabilidade possuem como fundamentos a maior a transparência, clareza e compreensão das informações financeiras das empresas.²⁰

O *International Accounting Standards Board* (IASB) é uma entidade do setor privado, independente, com sede em Londres, Grã-Bretanha, constituída por mais de 140 entidades profissionais de todo o mundo, incluindo o Brasil representada pelo Instituto Brasileiro de Contadores - IBRACON e o Conselho Federal de Contabilidade - CFC. Relativamente a sua estrutura, o IASB é vinculado à Fundação para o Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade, com sede em Delaware, Estados Unidos da América. Atualmente, edita as normas internacionais de contabilidade e lidera o processo de convergência dos padrões contábeis, é reconhecido por parte de profissionais da área, acadêmicos e usuários das informações contábeis.

O IASB institui as Normas Internacionais de Contabilidade, as *International Financial Reporting Standards* – IFRS, que pretendem ser aplicadas a todas as empresas. Essas normas foram recepcionadas no Brasil, combinando com a criação do CPC – Comitê de Procedimentos Contábeis. No Brasil, a Lei 11.638/07 (IFRS FULL) foi publicada com o objetivo de alinhar

20 ANTUNES, Jeronimo; ANTUNES, Guilherme; PENTEADO, Isis. *A convergência contábil brasileira e a adoção das normas Internacionais de contabilidade: o ifrs-1*. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/Semead/10semead/sistema/resultado/trabalhosPDF/30.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2013.

os Procedimentos da Contabilidade Brasileira ao padrão internacional de Normas Contábeis, e a partir do exercício iniciado em 1º de janeiro de 2010, as pequenas e médias empresas passaram a ter a obrigação de elaborar suas demonstrações contábeis de acordo com as determinações da NBC TG 1000, aprovada pela Resolução CFC nº 1.255/09 do Conselho Federal de Contabilidade. Todavia, a referida norma do CFC não fazia diferenciação entre médias empresas, pequenas e microempresas.²¹

O intuito da Resolução é a convergência com as Normas Internacionais de Contabilidade²² emitidas pelo IASB (Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade), de uma forma mais simplificada. O CFC passou então a adotar o conceito estabelecido pelo IASB considerando pequenas e médias empresas como empresas que:

(a) não têm obrigação pública de prestação de contas²³; e

(b) elaboram demonstrações contábeis para fins gerais para usuários externos. Exemplos de usuários externos incluem proprietários que não estão envolvidos na administração do negócio, credores existentes e potenciais, e agências de avaliação de crédito.

O Comitê de Normas Internacionais de Contabilidade considera empresas pequenas e médias as sociedades fechadas e sociedades que não sejam requeridas a fazer prestação pública de suas contas, assim como, aquelas que possuam ativo total até R\$ 240 milhões ou com receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 300 milhões. Tais conceitos são divergentes dos utilizados na legislação brasileira.²⁴

21 MAIOR, Verônica Souto. *ITG 1000: Modelo contábil simplificado para*

microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em: <<http://www.sescapce.org.br/web/i/arquivos/1357933784.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

22 As normas IFRS são adotadas por 81 países, incluindo os membros da União Europeia no tocante às normas referentes às pequenas e médias empresas (NBC TG 1000) dos 80 países, somente 30 adotaram as regras internacionais.

23 Uma empresa tem obrigação pública de prestação de contas se: (a) seus instrumentos de dívida ou patrimoniais são negociados em mercado de ações ou estiverem no processo de emissão de tais instrumentos para negociação em mercado aberto (em bolsa de valores nacional ou estrangeira ou em mercado de balcão, incluindo mercados locais ou regionais); ou (b) possuir ativos em condição fiduciária perante um grupo amplo de terceiros como um de seus principais negócios. Esse é o caso típico de bancos, cooperativas de crédito, companhias de seguro, corretoras de seguro, fundos mútuos e bancos de investimento.

24 MAIOR, Verônica Souto. *ITG 1000: Modelo contábil simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte*. Disponível em: <<http://www.sescapce.org.br/web/i/arquivos/1357933784.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

As 35 Seções da NBC 1000 trazem diversas novidades nas práticas contábeis adotadas no Brasil, que devem ser cumpridas por essas empresas. O conjunto completo de demonstrações contábeis da entidade deve incluir todas as seguintes demonstrações:

a) Balanço patrimonial ao final do período;

b) Demonstração do resultado do período de divulgação;

c) Demonstração do resultado abrangente do período de divulgação.²⁵ A demonstração do resultado abrangente pode ser apresentada em quadro demonstrativo próprio ou dentro das mutações do patrimônio líquido. A demonstração do resultado abrangente, quando apresentada separadamente, começa com o resultado do período e se completa com os itens dos outros resultados abrangentes;

d) Demonstração das mutações do patrimônio líquido para o período de divulgação²⁶;

e) Demonstração dos fluxos de caixa para o período de divulgação;

f) Notas explicativas, compreendendo o resumo das políticas contábeis significativas e outras informações explanatórias.

Assim, conforme a NBC TG 1000, as demonstrações contábeis devem representar apropriadamente a posição patrimonial e financeira (balanço patrimonial), o desempenho (demonstração do resultado e demonstração do resultado abrangente) e os fluxos de caixa da entidade. A apresentação adequada exige a representação confiável dos efeitos das transações, outros eventos e condições de acordo com as definições e critérios de reconhecimento para ativos, passivos, receitas e despesas.

O objetivo do Conselho Federal de Contabilidade é a adoção plena da NBC TG 1000. De acordo com

www.sescapce.org.br/web/i/arquivos/1357933784.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2013.

25 Se a entidade não possui nenhum item de outro resultado abrangente em nenhum dos períodos para os quais as demonstrações contábeis são apresentadas, ela pode apresentar apenas a demonstração do resultado.

26 Se as únicas alterações no patrimônio líquido durante os períodos para os quais as demonstrações contábeis são apresentadas derivarem do resultado, de distribuição de lucro, de correção de erros de períodos anteriores e de mudanças de políticas contábeis, a entidade pode apresentar uma única demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados no lugar da demonstração do resultado abrangente e da demonstração das mutações do patrimônio líquido (ver o item 6.4).

a referida Norma, o CFC analisou o processo de implementação da NBC TG 1000 pelas pequenas e médias empresas no Brasil, desde a sua edição, em 2010, até o presente momento, e com base em vários aspectos, entre eles, merecem destaque: as iniciativas promovidas pelo IASB, que preveem ciclos de revisão das normas editadas e a flexibilização, por parte do CFC, da adoção da referida NBC para as entidades definidas como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio da edição da ITG 1000, modelo contábil alternativo.²⁷

Porém, com foco em adequar os padrões internacionais à realidade brasileira foi elaborado um padrão de procedimentos simplificados à luz da NBC T 1000, a ITG 1000.

3.3 Novo paradigma para escrituração contábil para microempresas e empresas de pequeno porte - ITG 1000.

A ITG 1000 se propõe a estabelecer critérios e procedimentos simplificados a serem observados pelas microempresas e empresas de pequeno porte, na medida em que as MPEs optarem pela adoção da ITG 1000 passam então a seguir suas normas e não mais as da NBC TG 1000. A NBC TG 1000 – Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas passou a ter sua adoção obrigatória a partir dos exercícios iniciados em 1º de janeiro de 2010 para todas as empresas definidas como “Pequenas e Médias Empresas”, alcançando, inclusive, as microempresas e empresas de pequeno porte.²⁸

ANBCTG1000, como já mencionado anteriormente, possui 35 seções que definem o tratamento contábil para diversos tipos de eventos econômicos. Porém, várias seções estabelecem o tratamento contábil de transações e fenômenos que geralmente não ocorrem, ou não se fazem presentes, nas microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras.²⁹

27 NORMA BRASILEIRA DE CONTABILIDADE. *CTG 1000*: adoção plena da NBC TG 1000. Disponível em: <<http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/09/CTG-1000.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

28 MAIOR, Verônica Souto. *ITG 1000: Modelo contábil simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte*. Disponível em: <<http://www.sescapce.org.br/web/i/arquivos/1357933784.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

29 FILHO, Benedito. *ITG 1000: o impacto na contabilidade para ME e EPP*. Disponível em: <<http://www.convecon.com.br/download/ITG1000.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

Assim, a ITG 1000 foi elaborada pelo CFC com o objetivo de propiciar um tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, visando à simplificação da escrituração e da geração de demonstrações contábeis, levando em consideração a realidade quanto ao porte, volume de negócios e de transações realizadas por esse conjunto de entidades. Ressalta-se, entretanto, que tal simplificação não enseja, sob quaisquer circunstâncias ou hipótese, o entendimento de que este grupo de empresas esteja desobrigado à manutenção de escrituração contábil.³⁰

A sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada ou o empresário a que se refere o Art. 966 da Lei nº 10.406/02, que tenha auferido, no ano calendário anterior, receita bruta anual até os limites previstos nos incisos I e II do Art. 3º da Lei Complementar nº 123/06³¹:

I - microempresa, receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 360.000,00 e

II - empresa de pequeno porte receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.

A sua contabilidade deverá ser feita de acordo com a ITG 2000³², que se refere à escrituração contábil e é o padrão a ser seguido por todos os tipos de empresários. E as demonstrações contábeis/financeiras de acordo com a ITG 1000, que é o Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.³³

A ITG 1000 alcança eventos e transações básicas, reestrutura o plano de contas e as demonstrações contábeis e cria novas obrigações para MPEs. Assim, demandará a reformulação de controles internos e planos de contas, o incremento de sistemas eletrônicos,

30

31 MAIOR, Verônica Souto. *ITG 1000: Modelo contábil simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte*. Disponível em: <<http://www.sescapce.org.br/web/i/arquivos/1357933784.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

32 A ITG 2000 é aplicável à todas empresas, independentemente de sua natureza ou de seu porte. Esta norma emitida pelo CFC estabelece critérios e procedimentos a serem adotados pela entidade para a escrituração contábil de seus fatos patrimoniais, por meio de qualquer processo, bem como a guarda e a manutenção da documentação e de arquivos contábeis e a responsabilidade do profissional da contabilidade.

33 FILHO, Benedito. *ITG 1000: o impacto na contabilidade para ME e EPP*. Disponível em: <<http://www.convecon.com.br/download/ITG1000.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

o auxílio de consultorias externas e o treinamento especializado da mão de obra.³⁴

As principais mudanças promovidas pela ITG 1000 são:

a) As receitas, as despesas e os custos do período da entidade devem ser escriturados contabilmente, de acordo com o regime de competência.

b) Os lançamentos contábeis no Livro Diário devem ser feitos diariamente, ou ao final de cada mês, desde que tenham como suporte os livros ou outros registros auxiliares escriturados em conformidade com a ITG 2000 – Escrituração Contábil, aprovada pela Resolução CFC nº 1.330/11.

c) Para transações ou eventos materiais que não estejam cobertos por esta interpretação, a entidade deve utilizar como referência os requisitos apropriados estabelecidos na ITG 2000 – Escrituração Contábil e na NBC TG 1000 – Contabilidade para Pequenas e Médias. Ou seja, possui como normas subsidiárias a ITG-2000 e a NBC TG 1000. Eventos e transações não tratados pela ITG 1000 terão aplicação subsidiária das IFRS contidas na ITG-2000 – Escrituração Contábil e na NBC TG 1000 – Contabilidade para Pequenas e Médias Empresas. Tais normas possuem maior complexidade e reforçam a burocracia e os transtornos delas decorrentes.

d) O profissional da Contabilidade deve obter Carta de Responsabilidade da administração da entidade para a qual presta serviços cujo intuito é salvaguardar a sua responsabilidade pela realização da escrituração contábil do período-base encerrado, segregando-a e

distinguindo-a das responsabilidades da administração da entidade.

e) A entidade deve elaborar o Balanço Patrimonial, a Demonstração do Resultado e as Notas Explicativas ao final de cada exercício social. Quando houver necessidade, a entidade deve elaborá-los em períodos intermediários. No âmbito da NBC T 19.13 não havia exigência de Balanço Patrimonial comparativo e exigência de evidenciação do movimento, a partir da ITG 1000 há necessidade do Balanço Patrimonial comparativo e com evidenciação do movimento o que exigirá adequação dos sistemas contábeis utilizados. No âmbito da NBC T 19.13 as Notas Explicativas eram opcionais.

f) O custo dos estoques deve ser calculado considerando os custos individuais dos itens, sempre que possível. Caso não seja possível, o custo dos estoques deve ser calculado por meio do uso do método “Primeiro que Entra, Primeiro que Sai” (PEPS) ou o método do custo médio ponderado. Há a necessidade do controle dos itens imobilizados, o que determina que haja o seu controle permanente impondo maior detalhamento do plano de contas. No mesmo sentido, exige-se permanente acompanhamento do preço de mercado e a sua comparação com o custo de aquisição dos itens para revenda, almoxarifado ou produção.

Para melhor visualização do que será alterado, destaca-se ainda o seguinte quadro apontando as principais alterações a partir da adoção ITG 1000 em relação à NBC T 19.13:

34 BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC n.º 1.418/12*. Aprova a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/forum/topicos/88692/resolucao-cfc-no-141812-itg-1000/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

Tabela 1

	EXIGENCIAS DA ITG 1000	EXIGENCIAS DA NBC T 19.13
Administração	Carta de Responsabilidade da Administração cujo intuito é salvaguardar o contador e distinguir possíveis ônus em decorrência de má administração.	Não havia previsão na norma.
Demonstrações Contábeis	Balanço Patrimonial comparativo e com evidenciação do movimento	Balanço Patrimonial NÃO comparativo e sem exigência de evidenciação do movimento.
	Demonstração de Resultados comparativa e com evidenciação do movimento	Demonstração do Resultado NÃO comparativo e sem exigência de evidenciação do movimento.
	Demonstração de Fluxos de Caixa (opcional)	Não existia Demonstração de Fluxos de Caixa - DFC. Era facultativo a apresentação da Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados - DLPA, Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido - DMPL e das Demonstrações das Origens e Aplicações dos Recursos - DOAR.
	Notas Explicativas com declarações sobre o uso da ITG 1000 e de normas subsidiárias, com narrativas sobre políticas contábeis, contingências passivas e detalhes sobre itens que não constam das demais demonstrações. Divulgação da Conciliação do Imobilizado, considerando adições, baixas, depreciação e outros movimentos.	Notas Explicativas eram opcionais.
Plano de Contas	Conforme o modelo da ITG 1000	O Plano de Contas era conforme modelo estabelecido pela NBC T 19.13. Era mais simplificado, com quatro níveis de contas
Avaliação de Estoques	Registro pelo menor valor entre o custo e o valor de venda líquido (valor justo).	Não havia previsão na norma.
	Produtos acabados serão registrados pelo valor de venda, deduzido das despesas necessárias à futura comercialização.	Não havia previsão na norma.
	Produtos em elaboração devem ser registrados pelo valor de venda deduzido do custo para término da produção e das despesas para a futura comercialização.	Não havia previsão na norma.

A Carta de Responsabilidade tem por objetivo distinguir as responsabilidades dos profissionais da contabilidade da dos administradores das microempresas e empresas de pequeno porte.³⁵ A ITG 1000 recomenda a realização

35 BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC n.º 1.418/12*. Aprova a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: < <http://www.contabeis.com.br/forum/topicos/88692/resolucao-cfc-no-141812-itg-1000/> >.

de lançamentos diários, porém, permite que as microempresas e as empresas de pequeno porte façam os seus lançamentos contábeis somente ao final de cada mês. Para tanto, precisam manter a escrituração regular dos Livros e registros auxiliares em conformidade com as normas e a legislação fiscal vigentes.³⁶

A ITG 1000 ainda estabelece que as microempresas e empresas de pequeno porte devem elaborar e divulgar o Balanço Patrimonial, a Demonstração do Resultado e as Notas Explicativas. O item 27 da ITG 1000 determina a elaboração e a divulgação do conjunto completo de Demonstrações Contábeis, incluindo Balanço Patrimonial, Demonstração do Resultado, Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, Demonstração dos Fluxos de Caixa, Demonstração dos Resultados Abrangentes, além das Notas Explicativas.³⁷

3.4 Sped contábil: escrituração digital.

Conforme o disposto no art. 32, inciso III, da Lei n.8934 /94³⁸, o Registro perante as juntas comerciais compreende a autenticação dos instrumentos de escrituração das empresas mercantis registradas e dos agentes auxiliares do comércio, na forma de lei própria. Assim sendo, é de competência da junta comercial o registro da escrituração contábil dos empresários e sociedade empresárias no Brasil.

No entanto, atualmente, existe a Escrituração Contábil Digital (ECD), de competência da Receita Federal. A ECD, também denominado como SPED contábil, é parte integrante do projeto SPED e tem por objetivo a substituição da escrituração em papel pela escrituração transmitida via arquivo, ou seja, corresponde à obrigação de transmitir, em versão digital, os seguintes livros:

I - livro Diário e seus auxiliares, se houver;

II - livro Razão e seus auxiliares, se houver;

III - livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.

Segundo a Instrução Normativa RFB nº 787/07, estão obrigadas a adotar a ECD:

I - em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2008, as sociedades empresárias sujeitas a acompanhamento econômico-tributário diferenciado, nos termos da Portaria RFB nº 11.211, de 7 de novembro de 2007, e sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real.

II - em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2009, as demais sociedades empresárias sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real.

A partir do ano-calendário 2009, estão obrigadas ao Sped Contábil todas as sociedades empresárias tributadas pelo lucro real. Para as outras sociedades empresárias a ECD é facultativa. Dessa forma, percebe-se que as MPEs ainda não estão sujeitas à Escrituração Contábil Digital.³⁹ Na ECD, o empresário, a partir do seu sistema de contabilidade, gera um arquivo digital, podendo ser definido como “Livro Diário Digital”, “Escrituração Contábil Digital – ECD”, ou “Escrituração Contábil em forma eletrônica”.

Ao receber a ECD, o Sped extrai um resumo (requerimento, Termo de Abertura e Termo de Encerramento) e o disponibiliza para a Junta Comercial competente. O objetivo é que os termos lavrados pela Junta Comercial, inclusive o de Autenticação, sejam transmitidos automaticamente à empresa durante a consulta acerca do andamento dos trabalhos.⁴⁰

Conforme já ressaltado, as MPEs ainda não estão sujeitas à este tipo de escrituração. No entanto, vislumbra-se uma alteração de todo procedimento de escrituração contábil no Brasil, o novo procedimento passa a ter como parâmetros os requisitos exigidos pela autoridade competente para editar normas sobre contabilidade, o Conselho Federal de Contabilidade.

39 BRASIL. Receita Federal. Sistema Público de Escrituração Digital. *O que é*. Disponível em: <<http://www1.receita.fazenda.gov.br/sistemas/sped-fiscal/o-que-e.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

40 BRASIL. Receita Federal. Sistema Público de Escrituração Digital. *O que é*. Disponível em: <<http://www1.receita.fazenda.gov.br/sistemas/sped-fiscal/o-que-e.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

Acesso em: 06 jun. 2014.

36 BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC n.º 1.418/12*. Aprova a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/forum/topicos/88692/resolucao-cfc-no-141812-itg-1000/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

37 BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC n.º 1.418/12*. Aprova a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/forum/topicos/88692/resolucao-cfc-no-141812-itg-1000/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

38 Lei Ordinária 8.934/1994. Publicada no D.O. DE 21/11/1994.

Desse modo, nota-se que o padrão de escrituração contábil poderá ser cobrado pela Receita Federal, uma vez que existe uma integração entre Receita, CFC e Juntas Comerciais, havendo assim, a utilização dos padrões contábeis instituídos pelo CFC no âmbito do SPED contábil.

4 Posições acerca da adoção da ITG 1000

Primeiramente, cabe ressaltar que a adoção das normas, a princípio, gerará uma ampliação de custos, pois haverá aumento de valor dos honorários do Contador, em razão da necessidade de adaptar o sistema, plano de contas, histórico de operações a cada empresa para cada empresa. Atualmente, o serviço de Contabilidade, muitas vezes, é prestado sem qualquer personalização e também sem qualquer utilidade para o administrador. Ademais, a realidade do micro e pequeno empresário brasileiro não contempla a contratação de contador para elaboração dos livros obrigatórios, estes empresários utilizam-se de tabelas e planilhas eletrônicas, armazenadas em locais diferentes e dissociadas umas das outras. Ou seja, haverá necessariamente uma adaptação aos novos padrões impostos pelas regras da ITG 1000.

A ITG 1000 exige que o Contador formalize sua relação com a empresa por meio de um contrato de Prestação de Serviços e anexe ao contrato uma Carta de Responsabilidade da Administração, por meio da qual, o administrador declara que as informações fornecidas ao Contador são fidedignas; os controles internos adotados pela empresa são adequados; não realizou nenhum tipo de operação ilegal; todos os documentos fornecidos estão revestidos de total idoneidade; os estoques foram avaliados, contados e levantados fisicamente; não houve fraude envolvendo administração ou empregados; não houve violação de leis, normas ou regulamentos. Tal exigência demandará do contabilista grande capacidade de persuasão para convencer o administrador a assinar a referida carta.

O levantamento de todos os dados exigidos para escrituração contábil deverá ser feito pelo administrador ou pessoa nomeada por ele, em geral, um funcionário, para estabelecer o elo entre a empresa e o prestador do serviço contábil. Será necessário reformular os controles internos e planos de contas, incrementar os sistemas eletrônicos, com o auxílio de consultorias externas e o treinamento especializado da mão de obra.

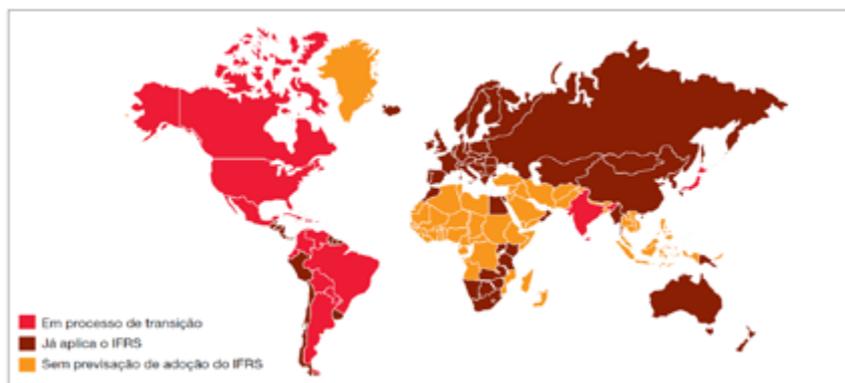
Nota-se que, de fato, a ITG 1000 passou a ser uma opção mais complexa. A microempresa ou a empresa de pequeno porte que não adotar a ITG 1000 terá que se submeter aos dispositivos da NBC TG 1000 ou das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnicas Gerais completas, as quais têm uma complexidade ainda maior e um número de obrigações ainda superiores.

A escrituração contábil tal qual é proposta pela ITG 1000, com obviedade modifica o sistema de escrituração, o que traz uma adequação necessária e, por consequência, gera a oneração do empresário. Por outro lado, potencializa a tentativa de inserção das MPEs em um ambiente internacionalizado. A justificativa para adoção dos padrões internacionais é a existência de potenciais credores e agências de avaliação de crédito, assim como desenvolver um conjunto único de normas contábeis globais, compreensíveis e exequíveis que exijam informações transparentes e comparáveis em demonstrações financeiras e outros relatórios financeiros, para ajudar os participantes nos mercados de capital do mundo e outros usuários a tomarem decisões econômicas.⁴¹

Grande parte dos Estados do mundo vem adotando os padrões internacionais, conforme pode ser visualizado pelo mapa a seguir:

Quadro 1

41 Dois terços dos países do G20 e quase metade das companhias da Global Fortune 500 divulgam suas demonstrações financeiras adotando as IFRSs.



Fonte: IFRS e CPCs - A nova contabilidade brasileira, *PWC*.

No entanto, é necessário destacar alguns pontos controversos sobre a adoção desses parâmetros no âmbito nacional, por meio da ITG 1000.

Cumpra ressaltar que o principal papel da contabilidade é o de apoio gerencial e societário dos empresários, não se prestando à função de ser mero instrumento fiscal pelos órgãos de controle e fiscalização, e a exigência da escrituração contábil não pode ser utilizada como instrumento punitivo, prejudicando gravemente a vida dos pequenos empresários brasileiros.

Ademais, é possível questionar a competência do Conselho Federal de Contabilidade para exigir a adoção compulsória das Normas Internacionais por empresas e instituições brasileiras que sequer foram alcançadas pela Lei 11.638/2007, vez que a lei trata de sociedades de grande porte. Não existe nenhuma lei especial que determine expressamente que a autoridade fazendária possa examinar a aplicação das aludidas normas nominadas como internacionais de contabilidade, mesmo porque a escrituração contábil deve ser apresentada frente à Junta Comercial competente pelo registro empresarial, a Receita somente atua como um órgão intermediário a quem são remetidas as informações. Ademais, não existe lei que atribua a qualquer órgão o direito de realizar o referido exame com tal fim específico.

No tocante à atividade fiscalizatória dos Conselhos de Contabilidade, a alínea “c” do artigo 10 do Decreto-lei nº 9.295/46 não autoriza a entrega de livros contábeis aos fiscais do CRC. Esse dispositivo refere-se à competência dos Conselhos Regionais para fiscalizar

o exercício da profissão de contador visando a impedir e punir infrações relacionadas à profissão contábil. A empresa, inclusive, pode impedir a entrega dos livros contábeis aos fiscais do CRC, pois, os livros são propriedades privadas. E, excetuadas as hipóteses de fiscalização fazendária, como dispõe o artigo 1.193 do Código Civil, e de autorização judicial, essa propriedade privada não pode ser violada. Assim, diante deste questionamento, indaga-se quem será multado se os livros contábeis não estiverem escriturados segundo as Normas Internacionais de Contabilidade, a micro ou pequena empresa ou o contabilista?

Outro ponto a ser enfrentado, é o contabilista poder ser punido conforme os artigos 27 a 35 do Decreto-Lei 9.295/1946, entretanto, nenhum desses artigos prevê punição do contabilista em razão do descumprimento da Lei 11.638/2007 na contabilidade de micro e pequenas empresas, vez que a referida Lei não tem incidência perante as MPEs.

Haverá ainda uma ampliação considerável da capacidade de indução ao cumprimento das normas contábeis. Atualmente, a Receita Federal não dispõe de mecanismos automáticos que indiquem quais micro e pequenas empresas realizam contabilidade. É preciso que o fiscal se dirija a cada empresa. Com a ITG 1000 será possível incorporar a contabilidade ao SPED. Ainda que não haja uma data específica para tanto, com a exigência da contabilidade eletrônica, a Receita Federal poderá identificar com precisão e autuar automaticamente todas as empresas que não cumprem as exigências contábeis. Logo, a fiscalização orientadora é imprescindível para a indução ao cumprimento de forma menos traumática.

5 Conclusão

A adoção da ITG 1000 pode ser questionada a partir sua operacionalização, sobretudo, no tocante à atividade de fiscalização do cumprimento da norma, tanto em relação aos Conselhos como à própria Receita Federal. No que se refere às determinações da ITG 1000, vislumbra-se a convergência com os padrões internacionais podendo ser benéfica à possibilidade de inserção das MPEs no mercado internacional, especialmente às Pequenas Empresas, que possuem uma maior articulação negocial.

Os procedimentos para cumprir as regras de escrituração contábil estão sendo alterados, a realidade de um sistema de escrituração digital confere efetividade às exigências de escrituração contábil. Por meio do ECD as informações solicitadas aos empresários, que por enquanto somente é exigido daqueles empresários tributados pelo lucro real, são pautadas pelas normas do Conselho Federal de Contabilidade.

A adequação dos padrões contábeis insere os microempresários e empresários de pequeno porte em um movimento de internacionalização de empresas. Todavia, neste contexto, a imputação de um ônus às MPEs não parece justa, sobretudo quando há possibilidade deste ônus ser acrescido de sanções desarrazoadas em decorrência da adaptação dos padrões de escrituração contábil.

De qualquer modo, como não se exige informações que já não sejam obrigatórias atualmente, apenas se altera o modo de informar os livros obrigatórios, não há impedimentos legais para a implementação da ITG 1000 e da sua posterior exigência via SPED.

Ressalta-se que a convergência aos padrões contábeis internacionais, por meio da adoção da ITG 1000, e a possibilidade da cobrança da adequação por parte das MPEs, trará o ônus de adequação da atual realidade dos empresários às novas exigências. As MPEs que não faziam a escrituração contábil conforme os referidos padrões terão a necessidade de contratar serviços de contabilistas, tanto para atualização como para manutenção de sua escrituração contábil.

As Normas Internacionais de Contabilidade, emitidas pelo Comitê Internacional de Contabilidade (IASB), constituem, hoje, uma fonte de referência para as práticas contábeis mundiais. Pelo fato de representarem um conjunto de normas constantemente atualizadas com as atuais exigências do mercado

mundial, as Normas Internacionais (IFRS) têm sido aceitas, gradativamente, em diversos países, como suas próprias práticas contábeis ou com algumas adaptações. O que se verifica é que as normas contábeis brasileiras vêm sendo revisadas no sentido de obter uma convergência com os pronunciamentos emitidos pelo IASB.

Referências

ANTUNES, Jeronimo; ANTUNES, Guilherme; PENTEADO, Isis. *A convergência contábil brasileira e a adoção das normas Internacionais de contabilidade: o ifrs-1*. Disponível em: <<http://www.ead.fea.usp.br/Semead/10semead/sistema/resultado/trabalhosPDF/30.pdf>>.

BADIE, Bertrand, SMOUTS, Marie-Claude. *La retournement du monde*. Fondation National des Sciences Politique, 1995.

BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. *Resolução CFC n.º 1.418/12*. Aprova a ITG 1000 – Modelo Contábil para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/forum/topicos/88692/resolucao-cfc-no-141812-itg-1000/>>. Acesso em: 06 jun. 2014.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

BRASIL. *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014

BRASIL. *Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm>. Acesso em: 2 jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Resolução CGSN n.º 10, de 28 de junho de 2007*. Dispõe sobre as obrigações acessórias relativas às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições (Simples Nacional). Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Resolucao/2007/CGSN/Resol10.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

BRASIL. Receita Federal. Sistema Público de Escrituração Digital. *O que é*. Disponível em: <<http://www1.receita.fazenda.gov.br/sistemas/sped-fiscal/o-que-e.htm>>. Acesso em: 08 jan. 2014.

COMBACAU, Jean. Le droit international: bric-à-brac ou système. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. *A internacionalização do diálogo dos juízes*. Disponível em: <[http://xa.yimg.com/kq/groups/19791041/384304764/name/Laurence\[1\].pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/19791041/384304764/name/Laurence[1].pdf)>.

DELOITTE Publicações. *Demonstrações financeiras Exercício de 2013: o aperfeiçoamento das regras contábeis brasileiras*. Disponível em: <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Brazil/Local%20Assets/Documents/Servi%C3%A7os/GuiaDF_%202013.pdf>.

DELMAS-MARTY, Mirelle. *Le force imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Editions du Seuil, 2006.

DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de La ordre juridique international: cours general de droit international public*. Leiden/Boston: Académie de Droit International de la Haye, 2003.

LEMBI, Claudenir; REIS, Luciano. *A importância e obrigatoriedade da escrituração contábil perante a legislação comercial, fiscal e profissional*. Disponível em: <<http://www.crcpr.org.br/new/content/publicacao/revista/revista134/escrituracao.htm>>.

www.crcpr.org.br/new/content/publicacao/revista/revista134/escrituracao.htm>.

MAIOR, Verônica Souto. *ITG 1000: Modelo contábil simplificado para*

microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em: <<http://www.sescapce.org.br/web/i/arquivos/1357933784.pdf>>.

ROULAND, N. *Anthropologie juridique*. PUF, 1998.

SACCO, Rodolfo. L'idée de droit commun par circulation de modèle et par stratification. In: RUIZ-FABRI, Helene; DELMAS-MARTY, Mirelle. *Variations autour d'un droit commun*.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther; FILHO, Benedito. *ITG 1000: o impacto na contabilidade para ME e EPP*. Disponível em: <<http://www.convecon.com.br/download/ITG1000.pdf>>.

TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, n. 999, Summer 2004.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

The debate on companies' liability for international environmental damages: a comparison between the jurisdictional rules of the European Union and the United States

O debate sobre a responsabilidade de empresas por danos ambientais internacionais: uma comparação entre as regras de competência jurisdicional dos Estados Unidos e da União Europeia

Carina Costa de Oliveira

The debate on companies' liability for international environmental damages: a comparison between the jurisdictional rules of the European Union and the United States*

O debate sobre a responsabilidade de empresas por danos ambientais internacionais: uma comparação entre as regras de competência jurisdicional dos Estados Unidos e da União Europeia

Carina Costa de Oliveira**

Resumo

A reparação de danos ambientais internacionais requer a utilização de instrumentos de direito internacional público e privado. Considerando que a reparação de danos ambientais é dificilmente alcançada por meio do direito internacional público, os métodos do direito internacional privado podem ser utilizados de modo complementar. Por exemplo, as regras sobre competência jurisdicional, quando elaboradas com foco na proteção ambiental, podem contribuir para que um litígio seja julgado pelo tribunal que será substancialmente e processualmente capaz de resolver a controvérsia. Dois contextos são especificamente relevantes para a análise dessas normas de competência relacionadas à matéria ambiental: Estados Unidos e União Europeia (UE). Ns dois âmbitos estão localizadas as sedes de grandes multinacionais potencialmente causadoras de danos ambientais internacionais. Mesmo que a União Europeia seja mais atuante nas negociações internacionais ambientais que os Estados Unidos, a primeira é mais limitada juridicamente para julgar controvérsias ambientais envolvendo danos causados por empresas europeias em Estados não membros da UE. Os Estados Unidos possuem competência universal para julgar empresas americanas que tenham cometido danos em outros Estados por meio do *Alien's Tort Act (ATCA)*. Apesar de prever esse instrumento, os últimos casos como Chevron no Equador têm demonstrado a insuficiência desse meio para garantir a reparação de danos ambientais às vítimas não americanas. Mesmo assim, os dois contextos possuem exemplos relevantes de previsões normativas ligadas às normas de competência que podem contribuir para uma melhor proteção ambiental.

Palavras chaves: Reparação de danos ambientais. Direito internacional privado. Competência jurisdicional. Responsabilidade. Competência universal. Proteção ambiental.

Abstract

The reparation of environmental damages in international law concerns public and private international law. Because efficient reparation of environmental damages is hardly achieved only by public international law, private international law methods can be used to fill the gaps of the former law field. For instance, the norms on jurisdictional competence, if focused on environmental protection, may contribute to choosing a tribunal which may be procedurally and substantially best

* Recebido em 07.04.2014
Aceito em 17.05.2014

** Professor at Brasilia University Law
Faculty. PhD Paris II- Panthéon Assas.
E-mail: carina2318@yahoo.com.br

placed to settle an environmental dispute. Two contexts are specifically relevant for this analysis: the European Union and the United States. The most representative multinationals which are potentially able to cause international environmental damages are established in these regions. Even if the European Union is more involved in the international negotiations than the United States, the former is more limited judicially to judge environmental cases concerning damages caused by European companies in States outside the European Union. The United States of America has a universal competence to judge the American companies through the *Alien's Tort Act* (ATCA). This being said, whether it is at the European Union's or at the United States' level, the existing legal means do not allow to reach a satisfactory reparation of the environmental damages. At that level, the law appears as being extremely incomplete. However, these two frameworks give examples of what can be accomplished to reach a better coordination of the jurisdictions in a perspective that would further aim at the environmental protection.

Keywords: Reparation of environmental damages. Private international law. Jurisdictional competence. Liability. Universal competence. Environmental protection.

1 Introduction

The complexity of the environmental man-made disasters¹ make the perspective of effectively preventing and repairing the damages in the national, regional and international context, using the public international law, less likely. The issue of hydrocarbons spills in the Mexican gulf at the border of France and Spain, in Equator, Nigeria, and Indonesia, caused by well-known Companies such as BP, Exxon Valdez, Shell underline the incomplete treatment of the damages reparation through the public international law, as the cases are barely brought to international courts, and the compensations are far from repairing the negative consequences for the environment that result from these damages.

The use of numerous techniques is necessary for the control of non-State actors, such as the companies that are responsible for a great part of the environmental

damages. Their capacity of relocation, economic and legal circulation in several States reduces the probability of a control over their activities. There are very few environmental conventions directly dealing with such companies. The examples that exist, like the Convention on the Damages Caused by the Hydrocarbons, concern companies in a limited way. Within the framework of this convention, only the national courts remain competent if a damage is caused by a pollution they are liable for².

Within this framework, private international law which is a complement to public international law appears as a possible method to compensate this deficiency³. In this sense, one of the usable methods is the regulation on conflicts of jurisdiction and rules which determine the aptitude of the courts of the forum State to identify the disputes consisting of one foreign element, by the rules of international jurisdiction⁴. Considering that the States are free to extend or restrain the competence of their courts, the classical sense of the dispute, does not necessarily lead to a harmonious functioning of the international network of the state of jurisdiction⁵. In contrast, when it comes to designate the competent court to judge an international case concerning a general interest⁶, such as the repair of an environmental damage, the interest of regulating these relations must go beyond a designation of competence.

The international jurisdictional competence must be conducted to assure a good administration of justice⁷ and consequently, this must have a substantial function that enables the judge to identify if the national legislation of the forum State can exercise a normative

2 For instance, the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, entered into force on 10 October 1967, Art. VI.

3 About this topic see: OLIVEIRA, C. C. *La réparation des dommages environnementaux en droit international: contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*. Saarbrücken: Universitaires Européennes, 2012.

4 BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit international privé*, 7. éd. Paris: L.G.D.J., 1983. t. 2. p. 442; NIBOYET, M. L.; LA PRADELLE, G. G. *Droit international privé*. Paris: LGDJ, 2007. p. 284; BUREAU, D.; MUIR-WATT, H. *Droit international privé to: partie générale*. Paris: PUF, 2010. t. 1. p. 137.

5 BATIFFOL, H. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz, 2002.

6 USUNIER, L. *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris: Economica, 2008. p. 285.

7 CJUE, *EDate Advertising mbH c. Olivier Martinez, Robert Martinez c. MGN Limited*, Joined cases, C-509/09 et C-161/10, 25 October 2011, para. 48; CJUE, *Zuid-Chemie c / Philippos Minnerlenfabriek*, C-189/08, 16 July 2009, para. 24.

1 CARON, D. D.; LEBEN, C. (Éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001; BALLARINO. *Questions de droit international privé et dommages catastrophiques*, R.C.A.D.I., 1990. p. 302.

control over the settlement of the international dispute⁸. The procedural questions must follow the same process. This substantial function exists among other things, within the framework of *common law* States and within the framework of the regional integration, like the European Union, but is unfortunately still inexistent within the international framework.

A few environmental treaties provide for rules on conflicts of jurisdiction. On the other hand, these rules do not have the substantial function to designate a court which could better repair an environmental damage. Two goals can be pointed out regarding the use of these rules: giving the priority to another court to judge the case or facilitate the coordination of the procedures of the diverse jurisdictions. As regards to the first statement, the priority becomes evident when it is given to: a) courts which would be the more appropriate to judge the case⁹; b) the enforcement of the treaties which are already effective¹⁰; c) courts which have already been seized to settle the dispute¹¹; d) a court that already has the exclusive competence to decide¹²; d) a treaty that has rooms for forthcoming development of the rules¹³.

The rules on the conflicts of jurisdictions and their coordination within the regional and international framework can be efficient since the national courts better fit the judgment of the environmental damages and can be advisable to judge the case.

An example is that the victims of these international environmental damages can, within a coordination framework, file a lawsuit before the court that could be the more appropriate to analyze the proofs or to

guarantee the more efficient procedures that could deal with the property of the counsel. This is important, considering the impossibility of the victims to file a complaint before an international court – which causes them to rely on the national courts. On the other hand, this admissibility of the victims and this coordination between the courts, within the national framework, has not yet been established. Each State uses its own rules to receive the requests made by the foreigners or to cooperate with the other courts.

At the international level, the Hague Conference has envisioned an international harmonization of the rules of the conflicts of jurisdictions centering on the civil responsibility of the environmental damages. On the other hand, no tangible document has seen the light of day so far, which is regrettable since a treaty would be an essential legal instrument guaranteeing the access to justice in the cross-border situations¹⁴. The existing document has been realized within the framework of the permanent bureau of the conference, in February of 2010, and states the importance attached to a Convention or a law regarding, firstly, the applicable law, and secondly, the competence of the court¹⁵.

Regarding the provisions within the framework of the European Union and the United States, the policies are different. Even if the European Union is more involved in the international negotiations than the United States, the former is more limited judicially to judge environmental cases concerning damages caused by European companies in States outside the European Union. The United States of America has a universal competence to judge the American companies through the *Alien's Tort Act* (ATCA). This system allows the victims of damages endured outside the United States and caused by American companies to sue the latter before the former's jurisdictions.

This being said, whether it is at the European Union's or at the United States' level, the existing legal means do not allow to reach a satisfactory reparation of the environmental damages. At that level, the law

8 USUNIER, L. *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris: Economica, 2008. p. 89.

9 United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, entered into force on the 16 November 1994, art. 282.

10 The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES), Washington, 03 March 1973, entered into force on the 1st July 1975, art. XIV.2-4; International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 29 November 1969, entered into force on the 19 June 1975, Art. XII.

11 The Convention on conciliation and arbitration within the CSCE (Conference on Security and Co-operation in Europe, Stockholm, 15 December 1992, Art. 19.1.

12 Vienne Convention on Civil Liability for Nuclear Damage, 21 May 1963, Art. 1 e), Art. XI.1-3; International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 29 November 1969, entered into force on the 19 June 1975, Art. IX 1-3.

13 WOLFRUM, R.; MATZ, N. *Conflicts in International environmental law*. Berlin, 2003. p. 121. Example: art. 211 para. 1 UNCLOS.

14 Concerning the incidence of public international law in this context see: BUREAU, D.; MUIR-WATT, H. *Droit international privé*. Paris: PUR, 2010. t. 1. p. 67.

15 The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, «Should the Hague Conference revisit the scope and nature of possible work in the field of civil liability for environmental damage?», paragraph 10. Available at: <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd12f.pdf>>. See at the 10 September 2013.

appears as being extremely incomplete since the judicial possibility to establish an environmental damage is one thing, but its effective reparation is another – and the first is incomplete without the second.

These two frameworks, European and American, give examples of what can be accomplished to reach a better coordination of the jurisdictions in a perspective that would further aim at the environmental protection. For that reason, the analysis will be more rigorous. Two problems must be analyzed regarding the liability of the companies for environmental damages: the existence of rules applicable to the relationship between the courts and claimants or defendants from other States, (I) and the possibility of making the parent-companies liable for the damages caused by the subsidiary companies established in foreign countries (II).

2 Rules applicable to the relationship between the national courts and claimants or defendants from other States

In the United States, there are provisions in the judicial system to start proceedings against the American multinationals responsible for damages in foreign countries (1). As far as the European Union system is concerned, it does not include any means regarding this. (2).

2.1 The Aliens Tort Act: a judicial system for the victims of the subsidiaries established in foreign countries

The *Alien's Tort Claims Act* is a tool of universal jurisdiction¹⁶ which enables American courts to judge the damages committed by public agents or private American entities abroad. This action contributes to the debate on the denial of justice that unfolds in this context, although the discussions rather deal with human rights. However, what emerges is the need to analyze this tool and its significance in the context of environmental damage.

The ATCA was adopted in 1789 to allow for the universal jurisdiction of the United States' tribunals as regards to the civil redress in the event of an infringement of an international norm which it ratified¹⁷.

16 For an opinion against the universal competence of the instrument see: WATT, H. M. L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis: territorialité, diplomatie judiciaire, ou économie politique ? *Revue critique de droit international privé*, p. 595, juil. 2013.

17 § 1350. Alien's Action for Tort - the District Courts shall

It is a civil jurisdiction, explicitly, a procedure that can be settled resulting in the granting of compensations to the victims by the authors of the damages. This law does not create any substantial right¹⁸.

The norm remained unused for a long time before being reactivated in 1980 in the *Filartiga c. Pena-Irala*¹⁹ case. In the latter case, a Paraguayan doctor, Joel Filartiga, whose son had been tortured to death by the police of his country, used this law to file a lawsuit with his daughter against one of the individuals behind these atrocities²⁰. Other cases in connection with the human rights²¹ have been brought to the United States' courts after this one. In 1995, in order to judge the chief of the Serbian war, Radovan Karadzic²², the Supreme Court has considered that the ATCA applies to the public agents but also to the private agents. In the "Unocal" case²³, a different interpretation considered that applying the ATCA to a company should occur if the complicity of the American company in State action had been proved²⁴. In this case, the Californian

have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States». Available at: <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28/uscode28_00001350_00000000.html>. Accessed on: 21 mar. 2010. See: MUIR-WATT, H. Comparer l'efficience des droits? In: LEGRAND, P. *Comparer les droits, résolution*. Paris: PUF, 2009. p. 433-457; NORBERG, N. Entreprises multinationales et lois extra-territoriales: l'interaction entre le droit américain et le droit international. *Revue de science criminelle*, p. 739, 2005.

18 In the *Sarei c. Rio Tinto* case and in the *Sosa case*, the Supreme Court affirmed that the ATCA is « a jurisdictional statute that does not create a cause of action and has noted the availability of exhaustion in an "appropriate case." *Sarei c. Rio Tinto*, PLC 16449 2008, p. 16460.

19 Court of Appeals, Second Circuit, *Filartiga c. Pena-Irala*, 30 July 1980. Available at: <<http://www.icrc.org/ihlnat.nsf/67408a74a589868841256497002b02e4/27721c1b47e7ca90c1256d18002a2565!OpenDocument>>. Accessed on March, 21, 2011.

20 WILLIAN, B. *Face aux crimes du marche: quelles armes juridiques pour les citoyens?* Paris: La découverte, 2010. p. 36.

21 Concerning the ATS application in the context of human rights see: HADI, G. In: *Re South African Apartheid Litigation and Beyond: Corporate Liability for Aiding and Abetting under the Alien Tort Statute*. *German Yearbook of International Law*, v. 53, 2010.

22 Court of Appeals, Second Circuit, *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232, 64 USLW 2231. Available at: <<http://www.uniset.ca/other/cs5/70F3d232.html>>. Accessed on: 21 mar. 2011.

23 Available at: <<http://www.elaw.org/system/files/Unocal.case.pdf>>. Accessed on: 21 mar. 2011. About this topic see: SCHUTTER, O. Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme. *AFDI*, v. 52, 2006.

24 Para. 17, p. 39 « Viewing the evidence in the light most favorable to Plaintiffs, we conclude that there are genuine issues of material fact whether Unocal's conduct met the *actus reus* and *mens*

Court of Appeal has established that the responsibility of the American companies apply to the same terms in the United States and outside the national territory²⁵. In April 2013, in the *Kiobel v Royal Dutch Petroleum Co.* case, the Supreme Court decided that the ATCA was only applicable in the case where there is a sufficient link between the case in point and the United States – this was not recorded in the case in point²⁶. There are opinions asserting that the *Kiobel* decision questions the universal impact of the ATCA by declaring the Judge of the forum incompetent due to the foreign origin of the facts²⁷.

Regarding the questions related to environmental damages, there were less results as regards to the liability of the companies. The cases *Sarei c Rio Tinto*²⁸ and *Texaco* show the power that the *forum non conveniens*²⁹ still holds within the American framework to dismiss

rea requirements for liability under the ATCA for aiding and abetting murder and rape. Accordingly, we reverse the District Court's grant of Unocal's motion for summary judgment on Plaintiffs' murder and rape claims under the ATCA. By contrast, the record does not contain sufficient evidence to support Plaintiffs' claims of torture. We therefore affirm the District Court's grant of Unocal's motion for summary judgment on Plaintiffs' torture claims ». Available at: <<http://www.elaw.org/system/files/Unocal.case.pdf>>. Accessed on: 21 mar. 2011.

25 Page 20, para 3. Available at: <<http://www.elaw.org/system/files/Unocal.case.pdf>>. Accessed on: 21mar. 2011.

26 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010). Available at: <<http://ccrjustice.org/ourcases/current-cases/kiobel>>. Accessed on: 10 oct. 2013. About the topic see: ENGLE, Eric. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability under the Alien Torts Statute*. *Houston journal of international law*, v. 34, n. 3, p. 499-517, 2012; DETTA, Jeffrey A. Van. Some Legal Considerations For E.U.-Based MNEs Contemplating High-Risk Foreign Direct Investments in the Energy Sector After *Kobel v. Royal Dutch Petroleum and Chevron Corporation v. Naranjo*. *South Carolina Journal of International Law & Business*, Spring, 9, 161, 2013.

27 WATT, H. M. *L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis : territorialité, diplomatie judiciaire, ou économie politique ?* *Revue critique de droit international privé*, p. 595, juil. 2013.

28 *Rio Tinto* was sued in many cases. In each case different legal problems were discussed. 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*, PLC, 456 F.3d 1069, 2006. Available at: <<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2006/08/07/0256256.pdf>>. Accessed on: 5 Apr. 2011. United-States, *9th Circuit, Sarei c. Rio Tinto, PLC*, 2007, 12 April 2007. Available at: <<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2007/04/11/0256256.pdf>>. Accessed on: 5 apr. 2011. United-States, *9th Circuit, Sarei c. Rio Tinto*, 550 F. 3d 822, 2008. Available at: <<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2008/12/16/0256256.pdf>>. Accessed on: 5 apr. 2011.

29 Regarding this theory, the tribunal is able to accept or to deny its jurisdictional competence due to the fact that it is not the most appropriate tribunal to judge the case.

the competence of the American judge in the judgment of the cases initiated by the foreign victims.

Rio Tinto is part of an Australian mining group which operated in the mines based in Southern Pacific islands. According to the plaintiffs, since 1972's, *Rio Tinto* has moved villages, caused damages to the tropical rainforest, to the rivers and was responsible for air pollution³⁰. In 1990, a civil war broke out in *Bougainville*³¹. During the war, the mine was been sabotaged by the population and, was closed as a result. The government used the military force to try to protect the mine. In March of 2002, the parliament formalized a peace agreement and the civil war ended.

In November 2000, the plaintiffs applied to the *District Court for the Northern District of California*, to request, among other things, the compensation for the damages that implicated the life, the health and the environment³². According to the victims, the environmental damage was the result of the building and the exploitation of the mine. The district court considered that the case was inadmissible, because it dealt with political questions³³. As for the environmental damages, the court considered that they were not intended for the ATCA, because they were not part of a universal law recognized by all the nations, and in particular, by the *Montego Bay Convention on the law of the sea*³⁴.

The Court of Appeal confirmed and invalidated a few interpretations of the first instance³⁵. Regarding the environmental damages, the court confirmed that they could not be taken into account within the framework of the ATCA since the rights put forward were not

30 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*. PLC, 456 F.3d 1069, 2006.

31 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*. PLC, 456 F.3d 1069, 2006. p. 4126.

32 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*, PLC, 456 F.3d 1069, 2006, p. 4127, «The plaintiffs filed suit in federal district court seeking compensatory, punitive and exemplary damages, as well as equitable and injunctive relief on environmental contamination and medical monitoring claims, and attorney's fees and costs. They also seek disgorgement of all profits earned from the mine».

33 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*, PLC, 456 F.3d 1069, 2006.

34 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*, PLC, 456 F.3d 1069, 2006, para. 16, «Further, assuming that UNCLoS reflects customary international law norms actionable under the ATCA, it is not yet clear whether “the international community recognizes the norm[s] as one[s] from which no derogation is permitted.” Without more, we cannot conclude that the UNCLoS norms are also *jus cogens* norms

35 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*, PLC, 456 F.3d 1069, 2006, Conclusion.

recognized by all the nations³⁶. On the other hand, it refused the *District court* position which stated that the UNCLOS convention could not be used within the framework of the ATCA. According to the court, this convention could be considered as an agreement protected by the procedure of the ATCA³⁷.

The defenders argued that the plaintiff must use all the possible measures in the State where the damage occurred. Regarding this argument, the decision promoted the idea that the plaintiffs did not need to use all the judicial possibilities that exist in Papua-New-Guinea, since measures contrary to the victims interests could result from national norms and from a less satisfactory and incomplete jurisprudence³⁸.

This decision shows the reluctance to consider the environmental damages caused overseas as admissible in the United-States. Considering that, normally, several environmental conventions are not ratified by the United States, there is a barrier to the possibility that they be considered as a right for all the nations. The Court of Appeal claimed that the unique treaty that could be protected by the ATCA procedure was the UNCLOS, which is tantamount to disregarding more than 300 treaties that have been ratified by several States. It is important to point out that the existence of the treaty has been at least envisioned, which shows the possibility to use public international law as an argument for the State's legal commitment, if such a treaty has been ratified. Here, the argument dealing with the necessity to use all the possible measures in the State where the damage has occurred prior to filing a lawsuit before the tribunals of another State

has not been retained. The decision has declined the competence of the American courts to judge the case.

Another case illustrates the use of the doctrine of *forum non conveniens* by the American courts: the Aguinda case. In 1967, the Texaco Petroleum company, subsidiary of Texaco Inc, started to exploit oil in Equator, forming a consortium with the national company Petroecuador. Until 1990, year when the contract ended, Texaco, erected a huge oil pipeline that crossed the Amazonian forest. At the same time, it spilled tons of toxic products and wastes in the Amazon Forest, without providing any control over the environmental pollution³⁹. In November 1993, the victims applied to the New York court accusing the oil company Texaco. According to the inhabitants of the affected Amazonian region, Texaco used methods that had been abandoned or forbidden in other countries due to their negative impacts on the environment⁴⁰. In May 2003, the Court of Appeal of the second district confirmed the decision of the New York court and claimed that the *forum non conveniens* was applicable to the case linked to the ATCA⁴¹. The case was transferred to the Ecuadorian justice.

On October 21, 2003, the trial started before the superior court of justice of the city of Nueva Loja⁴², near the Colombian border. This trial, which for the first time, involved an American company in a case of pollution in a foreign country, was estimated to 6 billion in damages. The superior court of Nueva Loja emphasized the difficulty to judge the multinational companies that are protected by the legal system⁴³.

36 Para. 16.

37 PLC 4125, « [...] We also vacate for reconsideration the district court's dismissal of the plaintiffs' United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) claim under the act of state doctrine, and its dismissal of the racial discrimination and UNCLOS claims under the international comity doctrine. [...] The Court found that the plaintiffs had stated cognizable ATCA claims for racial discrimination, crimes against humanity and violations of the laws of war, but that of the environmental claims, only the violation of the United Nations Convention on the Law of the Sea- UNCLOS was cognizable under the ATCA ».

38 9th Circuit, *Sarei c. Rio Tinto*, 550 F.3d 822, 2008. Disponible sur: <<http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2008/12/16/0256256.pdf>>. Consulté le 5 avr. 2011, «In fact, it may well be one of the least appropriate cases in which to do so. Because, given their fears of retaliation, it is clear that plaintiffs would not need to exhaust their remedies in Papua New Guinea even under the TVPA, this is not an "appropriate case" to determine whether we should apply an exhaustion analysis in ATS cases ».

39 WILLIAN, B. *Face aux crimes du marché: quelles armes juridiques pour les citoyens?*, Paris, La découverte, 2010. p. 43.

40 WILLIAN, B. *Face aux crimes du marché: quelles armes juridiques pour les citoyens?* Paris: La découverte, 2010. p. 44.

41 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC.*, 2000, 303 F.3d 470, 11 March 2002, Decision rendered on the 16th August 2002, p. 3, para. 9. Available at: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/303/470/505740/>>. Accessed on: 18 apr. 2011.

42 Colombie, Provincial Court of Sucumbios, Nueva Loja, *Maria Aguinda et al., c. Company Chevron Corporation*, 14 feb. 2011, case no. 2003-0002. Available at :<<http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-judgment-Aguinda-v-ChevronTexaco.pdf>>. Accessed on: 5th apr. 2011. Also available at: <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/decision-chevron-texaco-en-ecuador-14-febrero-2011.pdf>>.

43 Page 19 of the decision: «Por eso se va afianzando la doctrina que permite que los jueces puedan rasgar el velo de la persona jurídica y adoptar medidas respecto de los hombres y de las relaciones encubiertas tras él, de manera que se limiten los beneficios otorgados por el ordenamiento jurídico, pensados para favorecer el

According to the decision, the level of dependence between the subsidiary and the parent-company is the factor that could demonstrate whether the first company was only a smokescreen for the second. The criteria used in the case is the following one: if the capital of the subsidiary is insufficient for the costs of the project, if there are constant authorizations to transfer funds to support the investments, then, there is a clue showing that the control of the activities was exercised by the parent-company⁴⁴. However, a problem remains: obtaining the execution of the decision made by the Ecuadorian judge in the United States. And to do so, the American judge must accept that a decision adopted by a judge from another State may have judicial impacts on the American territory; this is far from being achieved⁴⁵.

In the analyzed cases, the ATCA appears as a limited tool considering the interpretations given within the environmental damages framework. The Rio Tinto case added yet another criteria to analyze the judgments pronounced in the United States: the obligation of the plaintiff to use the measures available in the State where the damage occurred. Even if this criteria has not been accepted, the possibility that such an interpretation would erect further obstacles regarding the jurisdiction of the forum State in the United States still remains. But from a different perspective, the American context is even more opened than the European framework.

2.2 The absence of a judicial tool within the European Union framework

When a multinational is – through a subsidiary – at the origin of a pollution in a State outside the European Union, there is no provision dealing with the possibility of the victims of this third-party State to fill a claim for damages in Europe against the parent company. Within this context, where the competence to receive cases from foreign victims is very restricted, or almost absent, it is useful to analyze the rules of European competence intended for that matter.

desarrollo económico general, no solo de empresarios honestos, sino de toda sociedad; sin embargo, abusando de la división o separación patrimonial y de responsabilidad se ha utilizado el velo societario para fines perversos, que no guardan relación con su objeto”. Available at: <<http://chevrontoxico.com/assets/docs/2011-02-14-judgment-Aguinda-v-ChevronTexaco.pdf>>. Accessed on: 29 apr. 2011.

44 Page 20 of the decision.

45 WILLIAN, B. *Face aux crimes du marché: quelles armes juridiques pour les citoyens?* Paris: La découverte, 2010. p. 45.

The European Union has gone through a process of standardization of the rules on conflict of jurisdictions, that consequently became a backdrop for the study of the way the coordination of several jurisdictional competences has been established. The development of the criteria has been realized on the foundation of the Brussels Convention which was used as a basis for the Regulation 44/2000, as well as that of the Lugano Convention⁴⁶. Even if a specific rule dealing with the environment has not been provided for, the existence of rules related to the competence to judge the non-contractual obligations already supplies measures enabling a coordination – which is useful in a context of environmental damage.

Within the framework of the Brussels Convention⁴⁷, the specific rule, as regards to non-contractual damages, establishes that the court of the causal event is competent to judge the case⁴⁸. This special rule had given rise to doubts on the proliferation of competent courts – which could only harm the uniformity in the decisions⁴⁹. However, the effect of this competition between courts has been considered positive as far as an equilibrium could be created between the plaintiffs and the defenders⁵⁰. The Lugano Convention of 1988 has not made any change to that rule.

The Regulation 44/2000 may be seen as making provisions for an exorbitant competence⁵¹ since it considers everything existing outside the European Union. The provisions of article 2 of the regulation 44 gives competence to the European courts to judge all those who are domiciled on their territory, whatever

46 Lugano Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, 16 September 1988. Available at :< <http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/fr/c-textes/lug-idx.htm>>. Accessed on the 17th September 2013.

47 About the history of the Brussels Convention see: GAUDEMET-TALLON, H. *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*. 4. éd. Paris: LGDJ, 2010. p. 3-13.

48 CJCE, *Bier c/Mines de potasse d'Alsace*, **C-21/76**, November 30, 1976, *JDI*, 1977, p. 728, obs. A Huet; *Rev. crit. Dip*, 1977, p. 563, note P. Bourel.

49 HALPERN, J. Exorbitant Jurisdiction” and the Brussels Convention: Toward a theory of restraint. In: REISMAN, W. M. (Ed.), *Jurisdiction in international law*, Ashgate, Aldershot, p. 487, 1999.

50 HALPERN, J. Exorbitant Jurisdiction” and the Brussels Convention: Toward a theory of restraint. In: REISMAN, W. M. (Ed.), *Jurisdiction in international law*, Ashgate, Aldershot, p. 488, 1999.

51 See: HALPERN (J). Exorbitant Jurisdiction” and the Brussels Convention: Toward a theory of restraint. In: REISMAN, W. M. (Ed.), *Jurisdiction in international law*, Ashgate, Aldershot, p. 490, 1999.

their nationality. When a defendant has no domicile on the territory of the European State, the competence belongs to each member State, and is settled by the law of this State according to article 4.1 of the regulation. Accordingly, the damages that occurred outside the European Union are not concerned; this does not associate third-party States to the harmonization of the rules, nor does it allow the suing of the subsidiaries of the European companies established in these States within the European framework.

In this context, the domicile of the plaintiff has no importance within the framework of the settlement: the courts of the member States of the European Union are competent even if the plaintiff is domiciled in a third-party State⁵². This restrains a better judicial cooperation with the other countries⁵³. Even if this rule is based on the rules of the national States, which represents the policy chosen by the integration⁵⁴, this provision cannot bring any valuable solution in terms of judicial protection of the environment⁵⁵. The way this restriction inflicted to the third-party States can influence the reparation of the environmental damages must be, consequently, analyzed.

These rules of European competence seem to have another consequence as far as the environmental protection is concerned: to enable that the European multinationals are not sued within the European framework. This must be analyzed in the American and in the European context.

2.3 The possibility to judge the liability of the parent companies regarding the environmental damages caused by the subsidiaries established overseas

In the United States, it is possible to envision the liability of the parent companies regarding the

52 Unless it is a rule of exclusive jurisdiction or a jurisdictional clause See: CJUE, *Group Josi Reinsurance Company Sa c. Universal General Insurance Comapany (UGIC)*, C-412/98, 13 July 2000.

53 MUIR-WATT, H. Conclusion. In: VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (Ed.). *Forum shopping in the European Judicial Area*, Oxford, p. 149, 2007.

54 See the Opinion of the Court 1/03 of 7 February 2006 on the Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. See also: NIBOYET, M. L. LA PRADELLE, G.G. *Droit international privé*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2009. p. 358-359.

55 Articles 14 and 15 of the French Civil Code; article 23 of the German Civil Procedure code. See: HALPERN, J. "Exorbitant Jurisdiction" and the Brussels Convention: Toward a theory of restraint. In: REISMAN, W. M. (Ed.). *Jurisdiction in international law*, Ashgate, Aldershot, p. 481, 1999.

environmental damages caused by the subsidiaries established overseas, even if this is achieved with limits, whereas within the framework of the European Union, these limits are even more evident.

3 The United States and the possibility to judge the liability of the parent companies for environmental damages committed overseas by the subsidiaries

In the United States, the competence to judge the cases brought by foreigners against the American parent-companies is provided by law, but has a limited impact. When it comes to environmental damages, the retained criteria to accept a request made by foreign victims are examined by the judges who can declare the *forum non conveniens*. In accordance with this theory, the court can declare its judicial competence on the grounds that it is or not an appropriate court to judge this case. The different solutions provided by the cases *Bhopal*⁵⁶, *Aguinda*⁵⁷, *Amoco Cadiz*⁵⁸ highlight the importance of the interpretations given to the competence of the forum State, here the United States. An analysis of the definition of the *forum non conveniens* in the United States must be followed by a study of the criteria's application and their implementation within the environmental damages framework.

The *forum non conveniens* is a theory allowing a court to dismiss a case when another court might be more appropriate for the judgment. The nature of this theory is procedural and the court has the sole discretion to accept or not a procedure in the forum State⁵⁹. According to an author, this point is not, *per*

56 Court of Appeals, Second Circuit, *Bhopal*, 809 F. 2d 195, 204, 24 Nov. 1986, decision of the 14 January 1987. Available at: <<http://openjurist.org/809/f2d/195/united-states-court-of-appeals-second-circuit>>. Accessed on: 16 Feb. 2011.

57 District Court for the Southern District of New York, *Maria Aguinda c. Texaco*, 1996, 2001. Available at: <http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/docs/aquinda_v_texaco_oao2.pdf>. Accessed on: 5th apr. 2011.

58 Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Amoco Cadiz*, 954 F.2d 1279, 24 January 1992, decision of the 12 June 1991. Available at: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/954/1279/128596/>>. Accessed on the 02 March 2011.

59 United-States Supreme Court, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 18 Dec. 1946, decision of the 10 March 1947: Wisely, it has not been attempted to catalogue the circumstances which will justify or require either grant or denial of remedy. The doctrine leaves much to the discretion of the court to which plaintiff resorts, and experience has not shown a judicial tendency to renounce one's own jurisdiction so strong as to result in many abuses. Available at: <<http://supreme.justia.com/us/330/501/case.html>>. Accessed on

se, in contradiction with the idea of legal certainty, considering that the basis on which this discretion will be exercised is clear for the parties⁶⁰. It is a rule of law regarding a preexisting competence. The aim of this rule is to facilitate the administration of justice for every specific case, since the courts are supposed to analyze all the factual and contextual aspects of the case. On the other hand, it is possible to note, that the lack of use of precise criteria when it comes to judging environmental damages represents a legal uncertainty⁶¹.

It can also be stressed that postponing the case due to the *forum non conveniens* of the forum State must remain exceptional. The principle adopted is that of a presumption in favor of the forum State chosen by the claimant, unless the defendant gives the proof of the inappropriate nature of the forum State⁶². The admissibility of the *forum non conveniens* within the internal context of the United States was stated in the case *International Shoe Co. v. Washington*⁶³. In order for the defendant to be better protected from an abuse of the claimant who could sue his adversary in the forum State far from his domicile, the former is always considered as the weakest. It is for that reason that the Supreme Court⁶⁴ has admitted the *forum non conveniens* in

American law, which enables the determined tribunal to decline the exercise of its competence, if it appears as particularly inappropriate for the defenders⁶⁵. In addition, we should study the way the courts determine which tribunals will be the more appropriate to judge the case, and which criteria can be derived from this analysis⁶⁶.

Concerning the environmental damages, the principal cases *Bhopal* and *Aguinda* show that the concept of the *forum non conveniens* has been used by the American judges to dismiss their competence on claims for compensation for the environmental damages. The concept seems to have been employed in an exceptional and reasonable way, since the criteria used to justify the competence of the foreign court towards the American court have not been justified. On the

the 17th Sep. 2011.

60 MAYER, P. Forum non conveniens et application uniforme des règles de compétence. In: VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (Éd.). *Forum shopping in the European Judicial Area*, Oxford, p. 138, 2007.

61 For an analysis of *forum non conveniens* see: USUNIER, L. *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris: Economica, 2008. p. 381-386.

62 United-States Supreme Court, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 18 Dec. 1946, decision of the 10 March 1947, p. 508. United-States Supreme Court, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235, 8 Dec. 1982. Available at: <<http://supreme.justia.com/us/454/235/>>. Accessed on: 23 nov. 2011. For an opposite decision see: Court of Appeals, Second Circuit, *Bhopal*, 809 F. 2d 195, 204, 24 nov. 1986, decision of the 14 Jan. 1987. See: MASSÉNAT (V.M.), *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, Paris: L.G.D.J., 2007. p. 196.

63 United-States Supreme Court, *International Shoe CO. c. Washington*, 326 U.S. 310, 3 Dec. 1945, «Historically the jurisdiction of courts to render judgment in personam is grounded on their de facto power over the defendant's person. Hence his presence within the territorial jurisdiction of court was prerequisite to its rendition of a judgment personally binding him. *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714, 733. But now that the *casus ad respondendum* has given way to personal service of summons or other form of notice, due process requires only that in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend 'traditional notions of fair play and substantial justice'. Available at: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=326&invol=310>>. Accessed on the 15 Feb. 2011.

64 United-States Supreme Court, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330

U.S. 501, 18 Dec. 1946, decision of the 10th March 1947, p. 507, «The principle of *forum non conveniens* is simply that a court may resist imposition upon its jurisdiction even when jurisdiction is authorized by the letter of a general venue statute. These statutes are drawn with a necessary generality, and usually give a plaintiff a choice of courts, so that he may be quite sure of some place in which to pursue his remedy. But the open door may admit those who seek not simply justice, but perhaps justice blended with some harassment. A plaintiff sometimes is under temptation to resort to a strategy of forcing the trial at a most inconvenient place for an adversary, even at some inconvenience to himself ». Available at: <<http://supreme.justia.com/us/330/501/case.html>>. Accessed on: 16 Feb. 2011.

65 MASSÉNAT, V. M. *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, Paris: L.G.D.J., 2007. p. 195.

66 See: United-States Supreme Court *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, p. 508 et 509, « Important considerations are the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action, and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious, and inexpensive. There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained. The court will weigh relative advantages and obstacles to fair trial. It is often said that the plaintiff may not, by choice of an inconvenient forum, "vex," "harass," or "oppress" the defendant by inflicting upon him expense or trouble not necessary to his own right to pursue his remedy. But, unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff's choice of forum should rarely be disturbed. Factors of public interest also have place in applying the doctrine. Administrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach, rather than in remote parts of the country where they can learn of it by report only. There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case, rather than having a court in some other forum untangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself ».

other hand, in the *Amoco Cadiz* case, the competence to judge a damage that occurred in France has been accepted by the American courts. The difference in the latter case is that the arguments of the French victims have been rather substantial, whilst in the first cases, the arguments were strongly based on the procedure, so that it was important to analyze how the American courts adopt reasonable decisions on their competence when faced to the jurisdiction of the other courts.

The accident of Bhopal occurred on December 3, 1984. It was caused by poisonous gases produced by the factory of the Union Carbide India Limited (UCIL) located in Bhopal, India⁶⁷. Several people died and many still suffer the physical consequences of this pollution. The Indian government published the Bhopal act to formalize its competence to represent the victims of the damage. The American courts were chosen by the victims but declared that they were incompetent to judge a case that occurred in another State, the latter having more connections with the event.

The victims claimed that the Indian forum could not be competent since the Indian system was not capable of judging such a complex case, as the delays of the procedure were too long⁶⁸. The laws in India appeared as being inefficient since there are no codifications in tort law, neither in class action⁶⁹. A decision of the Indian forum could not be executed in an appropriate form in the United States⁷⁰. As for the private interests claimed by the defendant, it is possible to mention the following arguments: the principal proofs were in India⁷¹; the persons who were working in Bhopal were in India; the persons who controlled the company were in India⁷².

The final decision⁷³ rendered in 1987, has confirmed the 1986 judgment of the First Instance tribunal. It has considered that the forum tribunal was competent to judge since: a) the Indian system has material and procedural resources for a legal decision to be

adopted⁷⁴; b) the principal activities of the company were developed in India. Regarding the question of the public interests of India and the United States, the decision was adopted in favor of an interpretation according to which India had approved the activities of the company⁷⁵. The decision has, moreover, claimed that the interest of India, which was to create contingency and protective standards for the citizens, was stronger than the interest of the United States to control the exportations of the American companies in connection with their production of potentially pollutant technologies. Besides, the Indian State had granted tax benefits to incite the companies to invest in India. In that case, the American court considered that judging this case would go beyond its competences and, as a result, the interest of India was stronger than that of the United States.⁷⁶

After that decision, another case was brought before Indian courts in 1987, the *Mehta c. Union of India* case⁷⁷. In this judgment, the theory of piercing the social veil, which is part of the Indian jurisprudence, was applied. The responsibility of the parent-company has been admitted due to the statement of the existence of a real control over the subsidiary, which had based its activities in Bhopal. The control of the executive and of the management of the Indian subsidiary has been subject to extensive analysis considering that they were holding 50,9 % of the actions. However, the execution of the decision was difficult, because the victims have not managed to obtain any compensation from the parent-company. From this judgment, an agreement was adopted which only compensates 15% of the

67 See: <<http://www.bhopal.com/incident-response-and-settlement>>. Accessed on: 26 apr. 2011.

68 *Bhopal*, page 12 of the decision.

69 *Bhopal*, page 17 and 20 of the decision.

70 *Bhopal*, page 22 of the decision.

71 *Bhopal*, page 25 of the decision.

72 *Bhopal*, page 27 of the decision.

73 Court of Appeals, Second Circuit, *Bhopal*, 809 F. 2d 195, 204, the 24th Nov. 1986, decision of the 14th Jan. 1987. Available at: <<http://openjurist.org/809/f2d/195/united-states-court-of-appeals-second-circuit>>. Accessed on the 16 fév. 2011.

74 *Bhopal*, page 23 of the decision.

75 *Bhopal*, page 52 of the decision.

76 *Bhopal*, page 57 of the decision, « The Indian interest in creating standards of care, enforcing them or even extending them, and of protecting its citizens from ill-use is significantly stronger than the local interest in deterring multinationals from exporting allegedly dangerous technology. The supposed “blackmail” effect of dismissal by which plaintiffs are troubled is not a significant interest of the American population, either. Surely, there will be no relaxing of regulatory standards by the responsible legislators of the United States as a response to lower standards abroad. Other concerns that bald fear of potential liability such as convenience or tax benefits, bear on decisions regarding where to locate a plant. Moreover, the purported public interest of seizing this chance to create new law is no real interest at all. This Court would exceed its authority were it to rule otherwise when restraint was in order ».

77 Supreme Court of Índia, *M.C. Mehta and Anr c. Union Of India & Ors*, AIR, SC 965, 1086, 20 Dec 1987. Available at: <<http://www.indiankanoon.org/doc/1486949/>>. Accessed on the 23rd Nov. 2011.

damages, that represented an amount of 470 millions of dollars. This example points out the challenge that faces the execution of this decision when the company that must pay compensation for the damage is located in a State that has not judged the case – the United States in this specific case.

Other actions have been initiated in the United States, in particular in 1989, in Texas, in order to obtain reparation⁷⁸. The victims contested that the Indian government was their representative in accordance with the *Bhopal Act* which gave the government the power to represent the victims⁷⁹. The First Instance Tribunal and the Court of Appeal decided that the American courts were not competent to judge decisions made by the Indian government⁸⁰. Moreover, several civil and criminal suits followed, but without many results for the victims⁸¹. Only a decision of 2008 *Sabu c. Union Carbide*⁸² has considered that the victims could not have access to American procedures⁸³, which is not tantamount to an acceptance of the substantial arguments.

78 Court of Appeals, Second Circuit, 984 F.2d 582, 61 USLW 2457, decision of the 26th Jan. 1993.

79 Court of Appeals, Second Circuit, 984 F.2d 582, 61 USLW 2457, decision of the 26th Jan. 1993, para. 8, « India passed the Bhopal Act to “secure that claims arising out of, or connected with, the Bhopal gas leak disaster are dealt with speedily, effectively, equitably and to the best advantage of the claimants.” Preamble to Bhopal Act. To effectuate the swift and just resolution of claims, section 3 of the Act delegates to the Indian Government “the exclusive right to, represent, and act in place of (whether within or outside India) every person who has made, or is entitled to make, a claim for all purposes connected with such claim in the same manner and to the same effect as such person».

80 Court of Appeals, Second Circuit, 984 F.2d 582, 61 USLW 2457, decision of the 26th Jan. 1993, para. 13, « Any challenge appellants may have to the settlement must be made through the legislative or judicial channels that are available in India. We hold that when a recognized democracy determines that the interests of the victims of a mass tort that occurred within its borders will be best served if the foreign government exclusively represents the victims in courts around the world, we will not pass judgment on that determination, and we will permit only the foreign government access to our courts to litigate those claims, subject of course to our own requirements for standing. This conclusion is especially compelling in a case such as this where almost all of the victims are Indian citizens».

81 See: <<http://www.earthrights.org/legal/sahu-v-union-carbide>>. Accessed on: 26th apr. 2011.

82 Court of Appeals, Second Circuit, *Sabu c. Union Carbide Manhattan*, 06-5694.

83 Court of Appeals, Second Circuit, *Sabu c. Union Carbide Manhattan*, 06-5694, « A three-judge panel of the New York City-based 2nd U.S. Circuit Court of Appeals found that a federal trial court in Manhattan should have given the

Indeed, the American tribunals' competence to judge the reparation of damages is not recognized, even after several attempts from the Indian government and the victims of damages.

In a similar sense, the *Aguinda* case⁸⁴ also demonstrates the reluctance of the American courts to judge the damages committed by the American multinationals. Thus, a subsidiary of the oil company Texaco, has been responsible for environmental damages due to oil exploitation with a lack of waste management – since 1964. In November 1993, the Ecuadorians, started two *class actions* against the parent-company Texaco in the *Southern District* of New York⁸⁵. In 1994, the Peruvians also started a *class action* against Texaco before the same court⁸⁶. The two plaintiffs complained that between 1964 and 1992, the activities of Texaco had polluted the forests and the rivers in Equator and Peru. Their principal argument was that the operations of Texaco had been designed, controlled, conceptualized and directed from the United States⁸⁷. The plaintiffs were asking reparation for the damages based on the theories such as due diligence, the public and private nuisance, the strict responsibility and the violation of the ATCA. Moreover, they were asking

plaintiffs more opportunity for discovery rather than granting the defendants' summary judgment motion. In addition to Union Carbide, the defendants in the 2004 litigation include Warren Anderson, a former chief executive officer for the company. The 2004 litigation reportedly was filed after a 1999 case making similar allegations was dismissed». Available at: <http://www.abajournal.com/news/article/us_appeals_court_oks_suit_over_alleged_union_carbide_water_pollution_india/>. Accessed on the 26th April 2011.

84 District Court for the Southern District of New York, *Maria Aguinda c. Texaco*. 1996, 2001, p. 1, para 1. Available at: <http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/docs/aquinda_v_texaco_oao2.pdf>. Accessed on: 5th apr. 2011.

85 District Court for the Southern District of New York, *Maria Aguinda c. Texaco*. 1996, 2001, p. 1, para 1. Available at: <http://www.texaco.com/sitelets/ecuador/docs/aquinda_v_texaco_oao2.pdf>. Accessed on: 5th apr. 2011.

86 See: Court of Appeals, Second Circuit, *Jota c. Texaco, Inc.*, nos.97-9102, 97-9104, 97-9108, decision of the 5th Oct. 1998. Available at: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1281761.html>>. Accessed on: 17th sept. 2011. United-States, *Court of Appeals, Second Circuit, Jota c. Texaco, Inc.*, nos.97-9102, 97-9104, 97-9108, decision of the 5th Oct. 1998. Available at: <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1281761.html>>. Accessed on: 17th sept. 2011.

87 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC.*, 2000, 303 F.3d 470, 11 March 2002, decision of the 16th Aug. 2002, para. 2. Available at: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/303/470/505740/>>. Accessed on: 18th apr. 2011.

reparations for environmental damages, namely: cleaning the contaminated places, the creation of an access to drinkable water and the re-establishing of the conditions of fishing and hunting. The creation of a fund for the environmental protection has also been requested⁸⁸.

The plaintiffs argued that the competent forum State was the Ecuadorian forum and that the doctrine of the *forum non conveniens* should be applied⁸⁹. They claimed that the Ecuadorian forum was the most capable of judging because the victims, the proofs and the indispensable parties for the case, like Petro-Ecuador, were in Equator, and that the judgment outside Equator would be a violation of the sovereignty of Equator⁹⁰. The District Tribunal considered the arguments of the defendant and affirmed the competence of Equator to judge the case on the sole condition - which was by the way fulfilled-, that Texaco accepts to be summoned before an Ecuadorian court.

The plaintiffs appealed to ask the reconsideration of the *forum non conveniens*⁹¹. Their arguments were justified by private and public interests, which pointed towards the competence of the American jurisdiction. According to them, there were no sufficient proofs to back up the judgment of the parent-company in the United States⁹². On May 30, 2001, the court has, on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*, verified if another alternative could exist to judge this case.

The court then claimed that for the question of the more adequate forum to be settled, two degrees of

analysis were necessary: 1) the court should analyze if another adequate forum State existed; 2) in this case, the interests and the factors linked to the private and public interests of the parties who wanted to have the case judged in a special forum should be weighed⁹³. Whether the defendant could be sued by other courts is an element which should as well checked and established. If the Ecuadorian forum did not have procedures capable to receive a foreign defendant, then the Ecuadorian court may not be adequate⁹⁴. The court judged, despite the arguments brought by the victims who were highlighting all the procedural and material deficiencies of the Ecuadorian forum, that Equator was an adequate forum in law.

The competence of the American courts to judge whether a foreign court is more competent to judge internal cases is not reasonable. There will still be a court that will be more competent to judge a concrete case. The question that is set, is to give the victim the choice of the court that could bring the best result to the concrete case. When the victims decide to go towards another court, they have motives to move to another State's jurisdiction, considering that it would be easier for them to file a claim before their court of origin. Each court should be competent to analyze its competence to judge the case that has been submitted to it⁹⁵.

To better define the positive perspective related to the forum's competence in the judgment of damages that occurred in another State, it is interesting to examine the *Amoco Cadiz* case. The French plaintiffs preferred, here, to deal with the United States, as the latter had not

88 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC., 2000*, 303 F.3d 470, du 11 March 2002, decision of the 16 Aug. 2002, p. 3, para. 2. Available at: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/303/470/505740/>>. Accessed on the 18th april 2011.

89 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC., 2000*, 303 F.3d 470, 11 March 2002, decision of the 16 aug. 2002, p. 3, para. 9. Available at: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/303/470/505740/>>. Accessed on: 18th apr. 2011.

90 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC., 2000*, 303 F.3d 470, 11 March 2002, decision of the 16th Aug. 2002, p. 3, para. 9.

91 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC., 2000*, 303 F.3d 470, p. 4, para. 12.

92 District Court for the Southern District of New York, *Maria Aguinda c. Texaco*, 1996, 2001, p. 2, para. 2. Nonetheless, the plaintiffs, after taking numerous depositions and obtaining responses to no fewer than 81 document requests and 143 interrogatories, were unable to adduce material competent evidence of meaningful Texaco involvement in the misconduct complained of to the point that plaintiffs essentially stipulated as much.

93 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC., 2000*, 303 F.3d 470, p. 7, para. 24, « Ordinarily, the requirement of an adequate alternative forum "will be satisfied when the defendant is 'amenable to process' in the other jurisdiction. In rare circumstances, however, where the remedy offered by the other forum is clearly unsatisfactory, the other forum may not be an adequate alternative ».

94 Court of Appeals, Second Circuit, *Maria Aguinda et autres c. TEXACO, INC., 2000*, 303 F.3d 470, p. 7, para. 22, «After determining the degree of deference owed to a plaintiff's choice of forum, a district court engages in a two-step inquiry. First, the court must consider whether an adequate alternative forum exists. If so, it must "then balance a series of factors involving the private interests of the parties in maintaining the litigation in the competing fora and any public interests at stake ». See also: Court of Appeals, Second Circuit, *Wina c. Royal Dutch Petroleum Co.*, 226 F.3d88, decision of the 14th Sep. 2000. Available at: < <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/226/88/540109/>>. Accessed on the 23th Nov. 2011.

95 JOUBERT, N. *La Notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris: Litec, 2008. p. 5.

ratified the convention on the civil responsibility linked to the damages caused by pollution, which limits the responsibility of the polluter. In that case, the *Second Conflicts Restatement* was applied since it confers to the United States, the competence to judge a party that has committed or that is accused of having committed an act in the State where the extra-contractual damage has occurred⁹⁶.

In this case, an American company was sued in the United States for damages caused to the French victims on the French territory. The object of the dispute was an oil tanker, ordered and built in Spain, but registered in Liberia. The owner company, the Amoco Transport Cy, was subjected to Liberian law, and was itself, a subsidiary of a chemical oil group, the Standard Oil Cy. The head office of this Indiana Company, and its activity were based in Chicago. The standard oil Cy had another subsidiary, the Amoco International oil Cy. The latter was a company incorporated in Delaware, with its head office and principal place of activities located in Chicago Illinois. It has been in charge of the order and reception of the Amoco Cadiz. The ship was insured in Great Britain, and had an Italian captain at the time of the disaster. The Shell group was the owner of the cargo at this time⁹⁷.

Beyond the obvious complexity of the case, which lasted 14 years, the American judges have considered themselves as competent. The Northern District of Illinois, division East, made a first decision in January of 1988, and ruled in favor of compensations for cleaning operations, for the cost of the purchased material, the use of the public edifices, the rehabilitation of the coast and the ports, but not for the losses of the biomass⁹⁸. The decision of January 24, 1992, emitted by the United States Court of Appeal for the Seventh District confirmed the decision of the District Court⁹⁹. The responsibility of the parent-company has been justified by the contribution that Amoco had brought to the situation of the ship, since it had refused to abide to the recommendation of the manufacturer regarding

the proper maintenance of the equipment of the ship. Its responsibility was established due to its neglect or its lack of attention that caused the degradation of the Amoco Cadiz¹⁰⁰. The judge has noted this interference in the technical piloting of the ship¹⁰¹.

In this context, the doctrine of the *forum non conveniens* and the rules of the States on the specific competences in the case of pollution lead to uncertainties which do not bring any precise answers to the degradations caused by the pollutions¹⁰². The analysis on the contact points with the United states, as well as the factors that are considered, provide possibilities for the flexibility of the criteria of incorporation. On the other hand, the individual analysis leads to an uncertainty for the plaintiffs who are trying to file a lawsuit in the United States.

As it was possible to observe, the criteria used by the courts can be divided between private and public, as well as procedural and substantial. The facility to bring evidence, to interrogate the victims or to be able to execute the decision is an example of the first criteria. And the general interest which is to respect the sovereignty of the other States, or the interest of each State to adopt social and environmental standards as regards to the environment will be fundamental in the judgment of the case.

In the case related to environmental damages, the private criteria that characterize the trial and legally binding factors have a direct influence on the result of the judgment. However, the judicial system must be adapted to this administration of evidence, among other things, by the realization of witnesses' investigations – procedure to which the Romano-Germanic legal systems are not used to¹⁰³.

In the analyzed cases, the *forum non conveniens* does not seem to have been used in an exceptional way. There

96 Restatement, para. 26 (1), 1971. See about the topic: JUENGER (F.K.), « Environmental Damage. In: MCLACHLAN, C.; NYGH, P. *Transnational tort litigation : jurisdictional principles*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

97 RAULIN (A.), «L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz», *JDI*, 1, 1993, p. 43.

98 KISS, A.; BEURIER, J. P. *Droit international de l'environnement*. 3. ed. Paris: Pedone, 2004. p. 432.

99 RAULIN, A. L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz, *JDI*, 1, 1993, p. 44.

100 RAULIN, A. L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz, *JDI*, 1, 1993. p. 52; MUCHLINSKI, P. T. *Multinational enterprises and the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 310-311.

101 PONTAVICE, E. D. L'apport du procès de l'Amoco-Cadiz. *Droit de l'environnement marin: développements récents*, Société française pour le droit de l'environnement, actes du colloque du 26 et 27 de novembre 1987 à la Faculté de droit et sciences économiques de Brest. Paris: Economica, 1988. p. 273-289.

102 JUENGER, F.K. Environmental Damage. In: MCLACHLAN, C.; NYGH, P. *Transnational tort litigation: jurisdictional principles*. Oxford, Clarendon Press, 1996.

103 MAYER, P. Forum non conveniens et application uniforme des règles de compétence. In: VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (Ed.). *Forum shopping in the European Judicial Area*. Oxford, 2007. p. 140.

has been no presumption in favor of the victims, which should be taken into account in better proportions. The fact that the victims were relocated or had left their initial forum State to fill a lawsuit in a different forum State is made for a good reason. This relocation induced several judicial and financial difficulties, since we are dealing with judicial systems that are normally very different. This is not emphasized by the courts in their decisions. If the victims state that their initial court has no procedural and substantial tools that will enable the case to be judged properly, then, this must be presumed true.

This is what stands out from the *Bhopal* and *Aguinda* case since, even if the national courts of the victims which judged the case after the American ones had declared their competence, the decision has not been, or will not be easily executed in the United States.

It appears, in this case, that the *forum non conveniens*, may be a way to dismiss the competence of the judges to examine a case brought by a foreign victim. A solution would be to adopt, within a new legal framework, the notion of the German law, *Inlandsbeziehung*, instead of the *forum non conveniens*. The goal of this German concept is to check if the dispute has a sufficient link with the legislation of the forum State, without taking into account the competence of the other courts. The fact that the court of the forum State can verify if the foreign court is more appropriate to judge the case, creates an unreasonable barrier for the victims¹⁰⁴.

The arguments, accepted by the United States as per the *Amoco Cadiz* decision, have been substantial in the sense that they have analyzed the notion of control of the parent-company over its subsidiaries. The second *Restatement* has been used regarding the possibility to judge the extra-contractual damages. In this case, the arguments of procedures regarding the difficulty that the national courts of the victims had to judge the cases have proved to be weak. This confirms the arguments that consider the control of the parent-company over the activities of the subsidiary. Even if the solutions in the United States do not guarantee a responsibility of the parent-companies, the European provisions are even more limited.

4 The limits of the liability of the parent-companies for damages caused outside the European Union

The European norms are limited regarding the liability of the European parent-companies for the pollution outside the European Union. The European forum may be the more appropriate to judge the case since the execution may be more efficient in the forum of the parent-company. The analysis of the provisions of the regulation of the home office of the legal person must be done by observing if the European courts could be competent to judge the parent-companies, regarding the damages caused by the subsidiaries which would be controlled within the European Union framework.

The article 60 of the regulation number 44 provides for a material rule regarding the home office of the legal person. The rule gives the applicant the choice of domicile of the corporation, either its registered office or central administration or principal place of business. The article 22 stipulates:

[...] In terms of validity, nullity or the dissolution of companies or legal persons having their seat in the territory of a Member State, or validity of decisions of their organs, the courts of that Member State. To determine the head office's seat, the court shall apply its rules of private international law."

When it comes to an environmental damage, a company may likely be asked the reparation of damage. In the case where the subsidiary of a European company would have committed damage in Brazil, it would be considered Brazilian. But if a link of direction, of control between the two companies can be proved, it could be considered as domiciled in France, for example. Notwithstanding, this interpretation has not been envisaged yet.

However, the need to consider this subsidiary as controlled by the parent-company would not be necessary if common rules existed on the capacity of the defendants of third party States to fill a lawsuit in the EU. Proposals exist on the possibility, especially within the « green book » framework of the commission concerning the revision of the Brussels Regulation¹⁰⁵. One of them concerns "the extension of the rules of competence stated in the settlement of the disputes

105 Commission's Green Paper on the review of the Brussels I Regulation, COM(2010) 748 final 2010/0383 (COD), Bruxelles, 14 Dec. 2010. Available at: <[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0748_/com_com\(2010\)0748_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0748_/com_com(2010)0748_fr.pdf)>. Accessed on: 12th sep. 2013.

104 JOUBERT, N. *La Notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris: Litec, 2008. p. 5.

involving defendants from third-party countries - including the case where a same action is pending in or outside the Union”¹⁰⁶.

This context shows a few specific provisions¹⁰⁷: 1) it is expected that non-EU defendant may be sued where he has personal property, provided that the value of the property is not disproportionate to that of the debt and that the dispute has a sufficient connection with the Member State of the court seized; 2) the jurisdictions of a State Member would be able to recognize a dispute when the latter has a sufficient link with this State Member and when no other instance guaranteeing the right to an equitable trial is available (jurisdiction by necessity)¹⁰⁸.

But, as these changes have not occurred yet, it is important to note what are the arguments used by the State Members of the European Union to assess the liability of the parent-companies, of the subsidiaries, and the branches in particular. The possibility to extend to a subsidiary the given interpretation regarding the branches has been developed in a few cases in application of article 55 of the regulatory framework. The *Somafer* decision¹⁰⁹ in particular, has interpreted the notion of branch subsidiary. According to the CJUE, the branch subsidiary can be determined by:

[...] the commitments taken by the center of the operations in the name of the parent-company, and that must be executed in the contracting State where the center of the operations is established, as well as the disputes in connection with the non-contractual obligations that would find their origin into the activities that the subsidiary branch, agency or any other establishment [...] has taken on to the place where it is established on behalf of the parent-company.¹¹⁰

In this context, the cases examine contracts between the secondary establishment and third parties, as well as criminal or quasi-criminal obligations which could

bind the secondary establishment. The plaintiff can fill a lawsuit against a subsidiary based on their place of residence.

An autonomous interpretation of the idea of subsidiary can be found in the judgment *Schotte*¹¹¹. The court has indicated that the article 55 can eventually be applied to a secondary establishment which has a legal personality if it is characterized by a submission to the direction and control of the principal establishment and if it appears as a “decentralized extension” of the latter¹¹². The case concerned a dispute opposing a German company, SAR Schotte GmbH, to a French company, Parfums Rothschild SARL¹¹³. The German company should have delivered perfumery items to the second company. The French company had complained that the products were defective. Yet, the deliveries of the products had been made to the company Rothschild GmbH, whose head office is based in Düsseldorf¹¹⁴. Schotte had assigned Rothschild GmbH before the Court of First Instance in Germany. For its part, Rothschild GmbH argued that the debtor was actually Rothschild SARL. Afterwards, with the acceptance of the German court Schotte sued the French company¹¹⁵.

The company Parfums Rothschild SARL has maintained that the German jurisdiction was not competent. On the other hand, according to article 5.5, Schotte argued that a defendant could be sued into a contracting state other than the one of their domicile. Rothschild GmbH should be considered « a branch » of Parfums Rothschild SARL in the sense of this provision.

The German Court has declared itself incompetent, considering that Rothschild GmbH could not be considered as an agency of the establishment, as it was a subsidiary. After a prejudicial question asked to the court of appeal regarding this question, the CJUE has extended the application of this provision to a subsidiary having a legal personality. The conditions retained were that the subsidiary had the same name and had the same common direction and that besides,

106 Ibidem, p. 5.

107 Ibidem, p. 8.

108 LAHLOU, Y. ; MATOUSEKOVA, M. *Chronique de droit international privé appliqué aux affaires*, RDAI/IBIJ, n. 5, 2009.

109 CJUE, **Somafer SA contre Saar-Ferngas AG**, C - 33/78, 22 novembre 1978. Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61978J0033:FR:HTML>>. Accessed on: 11th feb. 2011.

110 **Somafer SA contre Saar-Ferngas AG**, C - 33/78, para. 13.

111 CJUE, *SAR Schotte GmbH v Parfums Rothschild SARL*, C-218/86, 9 déc. 1987. Available at: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986J0218:EN:HTML>>. Accessed on: 17th sep. 2011.

112 CJUE, C-218/86, 9 Dec. 1987, paragraphs 15, 16 et 17.

113 CJUE, C-218/86, 9 Dec. 1987, para. 2.

114 CJUE, C-218/86, 9 Dec. 1987, para. 3.

115 CJCE, C-218/86, 9 Dec. 1987, para. 4.

the businesses were conducted on behalf of the parent-company¹¹⁶.

It is unfortunate that these interpretations are not extended to third countries. There is not even a solution provided for in the regulation. Some possibilities considered by other systems, as in the American system regarding the admissibility of actions brought by foreign companies, corroborate that interpretations are more favorable to requests from third countries.

5 Conclusion

Regarding the liability of the multinational companies for the environmental damages caused by their subsidiary, it can be noted that the tools present in the context of the rules of competence in the United States are more opened to third-party States than in the European Union. On the other hand, despite being more opened, the American tools are still very limited to be able to contribute to the efficient reparation of the environmental damages. On this basis, it is important to reflect on the necessity of a better formulation of the criteria to limit the application of the theories like the *forum non conveniens* and on the importance of treating the matter within the international framework.

The lack of criteria allowing the analysis of the *forum non conveniens* by the American courts allows decisions on the competence adopted by American courts to be grounded on the existence of other competent courts. As it has already been stated, this argument is not reasonable given that the criteria used to identify which court is more appropriate to judge the case vary according to whom compares them. It would be reasonable, for instance, to assume that the victims have chosen the court that would be the more appropriate

116 CJCE, C-218/86, 9 Dec. 1987, para.13, « Il convient d'observer que la question posée vise le cas où deux sociétés portent le même nom et disposent d'une direction commune et où l'une d'entre elles, tout en n'étant pas une succursale ou une agence dépourvue d'autonomie vis-à-vis de l'autre, conclut néanmoins des affaires pour le compte de l'autre, et agit ainsi en tant que son prolongement dans les relations commerciales».

to judge the case. If the victim claims and proves that their court of origin has neither tools of procedure, nor substantial tools able to judge the case properly, this fact must be assumed as being true. This point can be observed in the case *Bhopal* and the case *Aguinda*, where the judges have considered that the most appropriate forum was the one where the damage took place. This was done in accordance with the *forum non conveniens* principle. The displacement of the victims has not even been considered worthy.

Besides, the coordination of the international judicial competence can reduce the possibility of a conflict between the jurisdictions that would be potentially competent to settle a dispute. Regarding the environmental damages, several factors can contribute to the efficient settlement of disputes and damage reparations by the forum: the place where the evidence can be found, the assets of the defendants or the procedures that can guarantee conservative measures, among other things. Two measures can be envisaged for the judicial competence to be coordinated: a regional or international standardization or a harmonization between the competence of the various courts, or the provision at national level, of rules that could be able to settle the disputes. In the first case, the States Members of the European Union have standardized the rules of conflicts of jurisdiction, whilst the national provisions have been implemented in the United States.

To depend on the national legislation and on the interpretations of every judge can lead to injustices, as it had been seen in the context of the environmental damages caused by the American subsidiaries. It is for that reason that the provision of the rules on the conflicts of jurisdiction should be international. An eventual international convention could provide for the grounds of jurisdiction in cases related to environmental damages matter. This exists, as it has been stated in the introduction, but not in a critical way - considering the substantial results that the rule could bring in favor of a reparation of the international environmental damages.

References

- BALLARINO. Questions de droit international privé et dommages catastrophiques, *R.C.A.D.I.*, 1990.
- BATIFFOL, H. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz, 2002.
- BATIFFOL, H.; LAGARDE, P. *Droit international privé*, 7. éd. Paris: L.G.D.J., 1983. t. 2.
- BUREAU, D.; MUIR-WATT, H. *Droit international privé to: partie générale*. Paris: PUF, 2010. t. 1.
- CARON, D. D.; LEBEN, C. (Éd.), *Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles*. The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- DETTA, Jeffrey A. Van. Some Legal Considerations For E.U.-Based MNEs Contemplating High-Risk Foreign Direct Investments in the Energy Sector After *Kobel v. Royal Dutch Petroleum and Chevron Corporation v. Naranjo*. *South Carolina Journal of International Law & Business*, Spring, 9, 161, 2013.
- ENGLE, Eric. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability under the Alien Torts Statute*. *Houston journal of international law*, v. 34, n. 3, p. 499-517, 2012
- GAUDEMET-TALLON, H. *Compétence et exécution des jugements en Europe: règlement 44/2001, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*. 4. éd. Paris: LGDJ, 2010.
- HADL, G. In: *Re South African Apartheid Litigation and Beyond: Corporate Liability for Aiding and Abetting under the Alien Tort Statute*. *German Yearbook of International Law*, v. 53, 2010.
- HALPERN, J. "Exorbitant Jurisdiction" and the Brussels Convention: Toward a theory of restraint. In: REISMAN, W. M. (Ed.), *Jurisdiction in international law*, Ashgate, Aldershot, p. 487, 1999.
- JOUBERT, N. *La Notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris: Litec, 2008.
- JUENGER (F.K.), "Environmental Damage". In: MCLACHLAN, C.; NYGH, P. *Transnational tort litigation: jurisdictional principles*. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- KISS, A.; BEURIER, J. P. *Droit international de l'environnement*. 3. ed. Paris: Pedone, 2004. p. 432.
- LAHLOU, Y. ; MATOUSEKOVA, M. Chronique de droit international privé appliqué aux affaires, *RDAI/IBLJ*, n. 5, 2009.
- MASSÉNAT (V.M.), *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, Paris: L.G.D.J., 2007.
- MAYER, P. Forum non conveniens et application uniforme des règles de compétence. In: VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (Éd.). *Forum shopping in the European Judicial Area*, Oxford, p. 138, 2007.
- MUCHLINSKI, P. T. *Multinational enterprises and the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MUIR-WATT, H. Comparer l'efficacité des droits? In: LEGRAND, P. *Comparer les droits, résolument*. Paris: PUF, 2009. p. 433-457
- MUIR-WATT, H. Conclusion. In: VAREILLES-SOMMIÈRES, P. (Éd.). *Forum shopping in the European Judicial Area*, Oxford, p. 149, 2007.
- MUIR-WATT, H. M. L'Alien Tort Statute devant la Cour Suprême des Etats-Unis: territorialité, diplomatie judiciaire, ou économie politique ? *Revue critique de droit international privé*, p. 595, juil. 2013.
- NIBOYET, M. L. LA PRADELLE, G.G. *Droit international privé*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2009.
- NORBERG, N. Entreprises multinationales et lois extra-territoriales: l'interaction entre le droit américain et le droit international. *Revue de science criminelle*, p. 739, 2005.
- OLIVEIRA, C. C. *La réparation des dommages environnementaux en droit international: contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*. Saarbrücken: Universitaires Européennes, 2012.
- PONTAVICE, E. D. L'apport du procès de l'Amoco-Cadiz. *Droit de l'environnement marin: développements récents*, Société française pour le droit de l'environnement, actes du colloque du 26 et 27 de novembre 1987 à la Faculté de droit et sciences économiques de Brest. Paris: Economica, 1988. p. 273-289.
- RAULIN (A.), «L'Épopée judiciaire de l'Amoco Cadiz», *JDI*, 1, 1993, p. 43.
- SCHUTTER, O. Les affaires *Total* et *Unocal* : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme. *AFDI*, v. 52, 2006.
- USUNIER, L. *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Paris: Economica, 2008.
- WILLIAN, B. *Face aux crimes du marché: quelles armes juridiques pour les citoyens?* Paris: La découverte, 2010.
- WOLFRUM, R.; MATZ, N. *Conflicts in International environmental law*. Berlin, 2003.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Desenvolvimento e aplicação da
teoria dos vínculos mais estreitos
no direito internacional privado:
por uma rediscussão do método de
solução do conflito de leis***

**The development and application
of the theory of better choice
of law: a new approach to
the application of private
international law**

Jamile Bergamaschine Mata Diz
Rodrigo Vaslin Diniz

Desenvolvimento e aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos no direito internacional privado: por uma rediscussão do método de solução do conflito de leis*

The development and application of the theory of better choice of law: a new approach to the application of private international law

Jamile Bergamaschine Mata Diz**

Rodrigo Vaslin Diniz***

Resumo

O presente trabalho visa analisar como a teoria dos vínculos mais estreitos, denominada por alguns de princípio da proximidade, representa uma nova abordagem para a aplicação do Direito Internacional Privado mediante a criação de mecanismos vinculados à proximidade entre lei e fato. Para tanto, imperioso se fez perscrutar sua natureza jurídica e origem histórica, analisando não só sua aplicabilidade nos Estados Unidos, como também na Europa e América Latina. Nesse diapasão, frisou-se a apreciação, prioritariamente, da Convenção de Roma, assinada em 1980, e da Convenção Interamericana de 1994, pactuada no México, pois se tratam de marcos teórico e legislativo para a expansão do princípio da proximidade, tanto para o espectro europeu de conflito de leis quanto para o espaço latino-americano. Assim, o objetivo principal do trabalho será analisar o desenvolvimento progressivo na codificação e aplicação da teoria pelos sistemas jurídicos internos, buscando delimitar os aspectos principais que influenciaram para a formação dessa teoria e sua compatibilidade e/ou inovação em relação aos mecanismos tradicionais para a solução (aparente) de conflitos de leis no espaço. A partir da definição da natureza jurídica da mencionada teoria, em que estabelecemos os pressupostos para uma nova abordagem do método tradicional concebido a partir do chamado conflito de leis, debruçamo-nos sobre a origem e o desenvolvimento da teoria no âmbito judicial para posteriormente analisarmos a codificação progressiva que a teoria alcançou nos instrumentos internacionais, especialmente aqueles de acentuada natureza *jusprivatista*. Concluímos que a teoria dos vínculos mais estreitos adotada pelas Convenções do México (1994) e de Roma (1980), ainda que de forma distinta, como se verá no trabalho, representa uma significativa evolução no que tange à aplicação da “melhor solução” quando nos deparamos com o denominado conflito de leis no espaço. A metodologia utilizada no presente trabalho ancorou-se nos métodos histórico e indutivo que permitem estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à utilização da teoria no âmbito do sistema jurídico interno. Ainda no que tange à vertente teórico-metodológica, seguiu-se uma linha crítico-metodológica necessária para a devida análise do tema. Finalmente, a teoria dos vínculos mais estreitos promove maior adequação para a solução de escolha da lei aplicável às relações plurilocalizadas, ao produzir um resultado especificamente vinculado ao ato, fato ou negócio internacionalmente realizado.

Palavras-chaves: Vínculos mais Estreitos. Convenções Internacionais. Conflitos de lei no espaço. Legislação e Jurisprudência brasileira.

Recebido em 06.03.2014

Aceito em 18.03.2014

** Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Universidade de Itaúna-MG, Brasil. Doutora em Direito Público/ Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Membro do Grupo de Pesquisa “Estado e Política Internacional”. Assessora Jurídica do Setor de Assessoria Técnica Secretaria do MERCOSUL - Montevidéu (período: 2008-2009). Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br.

*** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador PIBIC (2013-2014). E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

Abstract

This study aims to analyze how the theory of better choice of law, called by some the proximity principle, represents a new approach to the application of private international law by creating mechanisms linked to the proximity between law and fact. To do so, became imperative peering its legal nature and historical origins, analyzes not only its applicability in the United States, but also in Europe and Latin America. In this point of view, the article intend focus on the priority assessment of the Rome Convention signed in 1980 and the Inter-American Convention of 1994 agreed in Mexico, since been theorists to expand the principle of proximity to both the European spectrum of conflict of laws as Latin American region. Thus, the main objective is to analyze the progressive development in codified theory and application of the internal legal systems, seeking to define the main aspects that influence the constructing of this theory and its compatibility and/or innovation compared to traditional mechanisms for the solution (apparent) conflict of laws in space. From the definition of the legal nature of that theory, we identify the requirements for a new approach to the traditional method designed from conflict of laws; we concentrate on the origin and development of theory in the legal framework to further analyze the progressive encoding theory achieved in international instruments, especially those of private natures. We conclude that the theory of better choice of law adopted by Conventions of Mexico (1994) and Rome (1980), though in a different way, as will be seen in this work represents a significant development regarding the application of the “ best solution “ when we come across the conflict of laws in space. The methodology used in this study was fixed in historical and inductive methods for establishing the conceptual standards and practices apply to the use of theory within the domestic legal system. Yet when it comes to theoretical and methodological, there followed a critical-methodological approach necessary for a proper analysis of the topic. Finally, the theory of better choice of law promotes greater suitability for the solution of choice of law applicable to pluralized relationships, to produce a result specifically linked to the international act, fact or contract.

Keywords: Better Choice of law. International Conventions. Conflict of Laws in Space.; Brazilian Law and Case.

1 Introdução

Acima das normas jurídicas materiais destinadas à solução dos conflitos de interesses, sobrepõem-se as regras que compõem o chamado *sobredireito*, que determina qual a norma competente na hipótese de serem potencialmente aplicáveis duas normas diferentes à mesma situação jurídica.

Neste sentido, pode-se afirmar que “O direito internacional privado é um ‘direito sobre o direito’, com regras sobre a aplicação de um determinado direito, regulamentando a vida social das pessoas implicadas na ordem internacional”.

Esta opção entre duas normas pode ocorrer com relação ao fator tempo ou ao fato espaço (sistema). Na primeira hipótese, temos a dúvida entre aplicar a lei antiga ou a lei nova (conflito intertemporal), e, na segunda, entre a lei do foro ou a lei estranha (conflito interestencial), ou então uma dentre duas leis em vigor no mesmo espaço, mas emanadas de sistemas jurídicos diversos (conflito interpessoal).

A primeira hipótese é regida pelo Direito transitório, também denominado Direito Intertemporal, a segunda, pelo Direito Internacional Privado¹.

No sistema clássico, definido pelo Direito Internacional Privado, é notória a existência de um espectro rígido e já pré-definido de solução de conflitos de leis. Assim, os problemas cuja origem seja o estatuto pessoal, ou seja, Estado e capacidade das pessoas, em geral são solucionados pela nacionalidade das pessoas envolvidas, seu lugar de domicílio ou de sua residência; no que tange aos direitos reais, aplica-se a lei do local onde os imóveis estão situados; quanto aos contratos, a lei do lugar da celebração resolverá o conflito.

O mencionado sistema de formato rígido e inflexível é o adotado pela legislação brasileira, derivando no fato recorrente de o juiz aplicar a norma referente ao elemento de conexão e não valorar e analisar criticamente se essa norma configura-se a mais adequada e justa à solução do caso.

Contudo, diante do pluralismo vigente na chamada pós-modernidade², as relações jurídicas internacionais privadas se multiplicaram rapidamente

1 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157.

2 MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional*: estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328.

e as divergências de valores, princípios e condutas se avolumaram, também, em tal proporção. Para resolver os supraditos conflitos, não mais se faz suficiente a aplicação das regras clássicas e rígidas do Direito Internacional Privado, tornando-se imprescindível a adoção de critérios mais flexíveis, cujo componente de maior importância tem sido o princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos.

Dolinger já se manifestava nesse sentido:

Outra mudança de fundamental importância nos últimos tempos é o paulatino abandono das regras de conexão fixas, inflexíveis, que determinam a lei aplicável, para se adotar o princípio amplo e flexível da lei mais próxima, mais intimamente vinculada com as partes ou a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável. Este novo *approach* se baseia na ideia de intensidade maior de ligação, e é conhecido como o princípio da proximidade³.

Surgido primeiramente nos Estados Unidos, no âmbito dos atos ilícitos (responsabilidade extracontratual), o princípio da proximidade migrou para outras áreas, possuindo maior relevância atualmente nos contratos internacionais, mormente pela sua adoção pela Convenção de Roma sobre lei aplicável às obrigações contratuais de 1980 e pela Convenção do México sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais de 1994.

Embora o Brasil tenha ratificado a Convenção Interamericana de 1994, ela ainda não foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico, razão pela qual insta abordar o presente tema e trazer à baila possíveis benefícios e malefícios em se adotar o princípio da proximidade ou a teoria dos vínculos mais estreitos ao nosso sistema jurídico.

Ademais, por ter sido o supradito princípio inserido em projetos de leis datados de 1995 e 2004, reitera-se a imprescindibilidade de perscrutar os meandros da teoria dos vínculos mais estreitos ou da proximidade. Considera-se, portanto, imprescindível analisar a possibilidade ou não da adoção por nós de um princípio que já é tema e realidade tanto nos Estados Unidos quanto em diversos países europeus.

Conforme analisaremos neste artigo, cujo objetivo principal será determinar os aspectos principais

3 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*: parte geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 147.

vinculados à teoria dos vínculos mais estreitos, especificamente por meio do estudo do desenvolvimento progressivo da referida teoria, a aplicação da mesma demanda estudos mais aprofundados em relação ao impacto de sua adoção nos sistemas internos.

A metodologia do trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa que envolve temas de Direito Internacional e as especificidades derivadas da aplicação da teoria, em razão, especialmente, do caráter específico e singular da análise de um sistema jurídico marcado por um tipo determinado de relação em que prevalece a rigidez legislativa. Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução das teorias vinculadas ao estudo do conflito de leis interestadual e sua aplicação pelos sistemas internos. Os métodos histórico e indutivo permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas à teoria, bem como delimitar sua natureza, alcance e previsão nas fontes convencionais de direito internacional privado.

2 Natureza jurídica da teoria dos vínculos mais estreitos

Para se enquadrar o instituto no diagrama jurídico, faz-se necessário asseverar a subdivisão que se vem fazendo da norma em regras e princípios⁴ vigentes no constitucionalismo contemporâneo.

Aprofundando-se nas espécies da norma e em suas características essenciais e determinantes de diferenciação, constata-se uma celeuma doutrinária sobre os seus respectivos conceitos e critérios discriminantes.

Segundo alguns autores, os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo critério do modo final de aplicação, pois, para eles, as regras são aplicadas de modo absoluto – fórmula *ou tudo ou nada*, ao passo que os princípios admitem a compatilização ou harmonização de sua estrutura.

Dworkin afirma que as regras são aplicadas de modo tudo ou nada (*all or nothing*) no sentido de que,

4 “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 545.

se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios⁵. Segundo ele, se os fatos estipulados por uma regra ocorrem, então ou regra é válida, em cujo caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou deve ser encontrada uma exceção a essa regra.

Alexy, apesar de atribuir importância à criação de exceções e de salientar o seu distinto caráter *prima facie*, define as regras como normas cuja permissão são ou não diretamente preenchidas e que não podem nem devem ser ponderadas⁶. Segundo o autor, as regras instituem obrigações definitivas, já que não superáveis por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.

Esser definiu os princípios como normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, enquanto as regras determinam a própria decisão⁷. Larenz definiu os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estes estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento⁸.

Não nos cabe destrinchar cada uma das posições, incumbindo-nos de adotar uma posição. Como tal, opta-se pela conceituação de Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente

finalística, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁹.

E ainda pontifica:

O importante é que tanto os princípios quanto as regras permitem a consideração de aspectos concretos e individuais. No caso dos princípios, essa consideração de aspectos concretos e individuais é feita sem obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido. O interessante é que o fim, independente da autoridade, funciona como razão substancial para adotar os comportamentos necessários à sua promoção¹⁰.

Por entender que o princípio comporta-se como modelo normativo que não descreve, diretamente, e de antemão, qual o comportamento devido, vislumbra-se a aproximação da teoria dos vínculos mais estreitos a tal modelo, uma vez que a teoria em tela não determina qual a posição a ser tomada diante do caso concreto, mas tão somente fundamenta, orienta, inspira o juiz a praticar determinados atos e utilizar a regra correta para que o fim proposto pelo princípio seja promovido.

Dolinger diz que a proximidade se

[...] aproxima das regras por estar previsto claramente nas convenções, ao mesmo tempo em que se afasta delas, aproximando-se dos princípios, por se tratarem de regras abertas, sem prever qual lei deverá ser aplicada – lei do domicílio, lei da nacionalidade – deixando que o juiz tenha a liberdade de escolher qual dos sistemas jurídicos deverá ser aplicado no caso concreto¹¹.

Contudo, cabe a ressalva diante do excerto transcrito. Pelo fato de regra e princípio não se diferenciarem por estarem previstos ou não claramente em diplomas normativos, mas sim por, dentre outras características,

5 DWORCKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 150.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 83 e segs.

7 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

8 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 180.

9 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

10 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 81.

11 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2. p. 27

possuírem pretensão de decidibilidade e abrangência ou pretensão de complementaridade e parcialidade, consoante já supradito por Humberto Ávila.

3 Origem e evolução da teoria a partir de uma concepção baseada na aplicação judicial

O método conflitual surgiu na Idade Média, por obra dos professores de Bolonha, ao resolverem os conflitos surgidos da colisão de regras oriundas dos estatutos das Cidades-Estados italianas, na sua maioria relacionada aos contatos dos mercadores locais firmados com os mercadores provenientes de outras cidades. Posteriormente, desenvolveu-se a Escola francesa, com Dumoulin e Dárgentré, precursores da autonomia da vontade e do territorialismo, respectivamente. Seguiu-se a Escola holandesa, cujo expoente é Huber.

O século XIX inaugura o Direito Internacional Privado positivo, com regras inseridas nas grandes codificações, e o surgimento das teorias de Savigny, Mancini e Pillet. Para o primeiro, toda relação jurídica possui uma sede, que é imposta pela natureza das coisas, ideia próxima do atual princípio da proximidade.

Essas doutrinas do século XIX eram todas de caráter universalista, exercendo influência até a Primeira Guerra Mundial. O período entre guerras, porém, viu o declínio da tendência universalista, pois os ressentimentos deixados pela Primeira Guerra e o aumento das relações comerciais internacionais resultaram em maior particularismo. As grandes dificuldades posteriores enfrentadas pelo Direito Internacional Privado resultaram dessa falta de uniformidade¹².

O princípio da proximidade veio, recentemente, preceituado em convenções internacionais justamente com a intenção de promover uma tentativa de uniformidade. Ocorre que, quanto à origem de tal teoria, existem ainda severas dúvidas e contendas doutrinárias.

Em seu livro, Dolinger aponta diversas convenções em que se é possível notar a presença de tal princípio¹³. A ideia de que a variedade de contratos existentes e praticados na vida econômica ocasiona a flexibilidade no critério de escolha da lei tem sido atribuída a uma resolução do instituto de Direito Internacional adotada

em sua sessão de 1908, em Florença. Em 1928, a *International Law Association* e a Conferência De Haia elaboram proposições sobre esse tema no mesmo sentido da resolução. Em sentença proferida em 1934, a corte federal da Suíça decidiu que se deve examinar “com qual dos dois países envolvidos os contratos têm conexão mais direta, e que a lei do país assim indicado é a mais próxima”.¹⁴

Na década de 1950, países como Suíça, Estados Unidos, Inglaterra e França utilizaram o princípio para solucionar conflitos de jurisdição. Na Inglaterra cunhou-se o termo *proper law of the contract* e nos Estados Unidos despontou o chamado *center of gravity*, sob forte influência de Savigny.

Embora haja dúvida sobre qual pensador formulara primeiramente o princípio da proximidade, variando entre Gutzwiller, Pillet e Aldricus, é com Savigny que se encontra o seu germen. Consoante Miguel Maria de Serpa Lopes, foi Savigny, em seu capítulo VIII do *Sistema de Direito Romano*, quem “pretendeu fixar que somente pelo estudo da mais íntima e própria natureza de uma relação é possível se decidir da conveniência da aplicação de uma lei em vez de outra”.¹⁵

Nos Estados Unidos, a denominada *conflicts revolution* materializou-se em dois julgamentos da corte de apelação de Nova York: *Auten v. Auten* (1954), em matéria de contratos, e *Babcock v. Jackson* (1963), no campo das obrigações por atos ilícitos.

Esse, porém, é citado por muitos como o marco inicial da mencionada teoria. Nesse caso, o Sr. Jackson e Sra. Babcock, que eram residentes em Nova York e passeavam em automóvel no Canadá, com seguro exercitado pela Companhia de Nova York. Por conta de um acidente ocorrido em Ontário, no Canadá, a demanda contra a seguradora foi submetida à *Court of Appeals* de Nova York, versando sobre pedido indenizatório do passageiro que era transportado gratuitamente. O Estado de Nova York permitia o pleito indenizatório, o qual era negado pelo Canadá, uma vez que este entendia que a referida indenização poderia caracterizar conluio entre as partes. Envolvia, pois, um conflito entre a lei de Ontário, que impedia aquele que se encontrava gratuitamente no automóvel

14 SCHNITZER, A. F. Lês contracts internationaux em droit international prive suisse. In: SCHNITZER, A. F. *Recueil des Cours*, 1968. p. 36. v. 123.

15 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentário teórico e prático da lei de introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. v. 2. p. 90-91.

12 ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 41-43.

13 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 28.

- o *carona* - de processar o dono do veículo por danos, e a lei de Nova York, que não contempla essa restrição.

A regra de conflito, *in casu*, indicava a lei do lugar onde ocorreu o fato ilícito como solucionadora da contenda, o que levaria à aplicação da lei canadense. Todavia, a corte de Nova York afastou a regra da *lex loci delicti* e determinou a aplicação da lei nova-iorquina, pois tanto o condutor do automóvel quanto a vítima eram domiciliados em Nova York, assim como o automóvel também era registrado nesse estado. Essas contingências vinculavam as pessoas, mantinham-nas sob um vínculo mais estreito com o estado e com as leis nova-iorquinas, e não com as leis canadenses. O juiz manifestou-se nesses termos:

A justiça e o melhor resultado prático podem ser mais bem alcançados submetendo-se a questão aos efeitos da lei daquela jurisdição que, devido a seu relacionamento ou contato com a ocorrência, ou com as partes, tem a maior preocupação com a questão específica que está sendo debatida no litígio. Isto permite ao tribunal aplicar os critérios da jurisdição “mais intimamente preocupada com o resultado da demanda”.¹⁶

Esse julgamento, ocorrido em 1963, passou a ser visto como um marco do Direito conflitual norte-americano, embora tenha havido doutrinas anteriores que já propugnavam decisões no sentido de se adotar a teoria dos vínculos mais estreitos ou da proximidade, que podiam, inclusive, ter influenciado o Tribunal a decidir de tal forma. Forçoso mencionar a doutrina de Morris da *proper law of the tort*, nos casos de responsabilidade civil por delitos; a formulação por Cavers dos princípios de preferências já nos anos 1930; as ideias de Robert Lefflar, etc.¹⁷

Ocorre que o julgamento supradito foi o que mais encontrou repercussão no Direito Internacional Privado não só nos Estados Unidos, como também em outros países, constituindo uma ilustração, da mais alta importância, para o estudo do moderno regime de escolha de lei aplicável e da elevação de certas regras para o patamar de princípios.¹⁸

16 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 28.

17 LEFLAR, Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*, n. 54, 1966. p. 1584. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss4/7>> Acesso em: 27 maio 2013.

18 VIITA, Edoardo apud DOLINGER, Jacob *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2. p. 256.

Reese sustentou que “este caso certamente representa a contribuição mais significativa para a escolha da lei que foi feito neste século”.

Assim, a rica jurisprudência da corte de apelação de Nova York, aliada aos desenvolvimentos doutrinários, resultaram na formula inserida no *Restatement Second* (1971), que combina um princípio geral com uma coleção de regras. O princípio seria de que o conflito de leis em matéria de danos causados por atos ilícitos deve ser resolvido pela escolha da lei do Estado que tem o relacionamento mais significativo com a ocorrência e com as partes, como ficou estabelecido na seção 145 do *Restatement*.

É no campo dos contratos internacionais e da responsabilidade civil por atos ilícitos que se apresentaram os maiores desafios para a escolha da lei aplicável nessa segunda metade do século XX. Enquanto nos Estados Unidos as obrigações por atos ilícitos (*torts*) têm ocupado lugar de destaque no campo dos *conflict of laws*, na Europa, os contratos constituíram-se no mais importante tema dessa disciplina, principalmente no último quartel do século. Esse tópico merecerá uma maior análise, porquanto as convenções objetos de análise posteriormente, tanto a de Roma quanto a do México, são relativas aos contratos internacionais.

4 A construção normativa da convenção de Roma

A Convenção de Roma estabeleceu como regra de conexão para os contratos internacionais o princípio da proximidade ou do vínculo mais estreito, tendo grande importância para os países signatários no que diz respeito à modificação do Direito conflitual. Isso porque a Convenção passou a ser adotada não somente pelos países signatários e sim por todos aqueles em que a regra de conexão indicasse como lei aplicável aos contratos internacionais a lei de um dos países signatários.

Os dispositivos da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais são aplicados nas hipóteses que impliquem em um conflito de leis, o que exclui a escolha de utilização da *lex mercatoria*, tal como os princípios sobre os contratos internacionais comerciais do UNIDROIT.

A Convenção, porém, discorre sobre mais de uma forma de escolha sobre a lei aplicável. A primeira regra de conexão para escolha da lei se refere ao princípio da autonomia de vontade, nos termos do art. 3º:

Artigo 3º - liberdade de escolha

3 – a escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por “disposições imperativas”.¹⁹

Em seu artigo 4º, em seguida, a Convenção elege uma forma supletiva, qual seja, o princípio da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, uma vez que se aplica somente à hipótese de as partes não efetuarem a escolha da lei aplicável.

Artigo 4º - lei aplicável na falta de escolha

1 – quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do art. 3º, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.

2 – sem prejuízo do disposto no nº5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se trata de uma sociedade, associação ou pessoa coletiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no exercício da atividade econômica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento.

3 – quando o contrato tiver por objeto um direito real sobre um bem imóvel, ou um direito de uso de um bem imóvel, presume-se, em derrogação do disposto no nº2, que o contrato apresenta uma

conexão mais estreita com o país onde o imóvel se situa.

4 – a presunção do nº2 não é admitida quanto ao contrato de transporte de mercadorias. Presume-se que este contrato apresente uma conexão mais estreita com o país em que, no momento da celebração do contrato, o transportador tem seu estabelecimento principal, se o referido país coincidir com aquele em que se situa o lugar da carga ou da descarga ou do estabelecimento principal do expedidor. Para efeitos de aplicação do presente número, são considerados como contratos de transporte de mercadorias os contratos de fretamento relativos a uma única viagem ou outros contratos que tenham por objeto principal o transporte de mercadorias.

5 – o disposto no nº2 não se aplica se a prestação característica não puder ser determinada. As presunções dos números 2, 3 e 4 não serão admitidas sempre que resulte do conjunto das circunstâncias, que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com outro país.²⁰

Do exposto, portanto, depreende-se que primeiro as partes possuem autonomia da vontade para escolher qual lei regerá a relação jurídica. Na ausência da escolha, ou seja, de forma subsidiária, aplica-se o princípio da proximidade.

Ocorre que a teoria dos vínculos mais estreitos na convenção de Roma é acompanhada por uma lista de presunções típicas, no intuito de determinar a prestação característica de cada contrato, o que, segundo Dolinger, pode culminar na falta de praticidade da teoria²¹. Nos termos da teoria da prestação característica, o contrato será conectado com a lei do país no qual deverá ser prestada a parcela da obrigação mais característica daquele contrato. Assim, pela Convenção de Roma, somente na ausência de uma regra de prestação característica, o princípio da proximidade seria utilizado.

Esta presunção tem sido explanada com a noção de que, por exemplo, o vendedor transfere para o comprador a propriedade sobre a mercadoria, e que isto é o desempenho que caracteriza o contrato,

19 *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em: 26 mai. 2013.

20 *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em: 26 maio 2013.

21 DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 362.

enquanto que a obrigação do comprador de pagar é um ato comum a todo tipo de contrato, não somente em transações de compra e venda. Ademais, o vendedor exerce uma função que diz respeito à economia de seu país.

Ilustra-se o desempenho característico com alguns exemplos: na venda comercial, a lei do estabelecimento do vendedor rege o contrato; na representação comercial, pactuada na França, entre agente comercial belga e companhia francesa, como o desempenho característico é o serviço do agente, o contrato será regido pela lei belga se o agente tem seu estabelecimento na Bélgica. Indagamos, criticamente, qual a importância do local do estabelecimento do agente, eis que, relevante é o local em que ele regularmente desempenha seu papel de representante da companhia francesa e, somente se isso ocorrer na Bélgica, a lei belga será a mais próxima da relação.

Como aduzem autores americanos, a fórmula da parte incumbida de executar a prestação característica poderá levar à aplicação da lei do economicamente mais forte: empregadores, bancos, companhias de seguros, e assim por diante, o que é danoso.

O aspecto mais marcante na formulação da presunção do desempenho característico é sua conexão com a residência habitual/administração central/principal estabelecimento da parte que deve efetuar o desempenho característico, e não com o lugar onde esse desempenho característico deve ser efetuado. É uma ligação mecânica e não funcional, burocrática, e não real.

A convenção, ademais, é clara e precisa, vinculando o desempenho característico ao momento da formação do contrato, de uma abordagem objetiva, fria, que fique congelada e inalterável a partir do momento da formação do contrato.

Dolinger, com o intuito de contrapor tal situação, pontifica que o princípio da proximidade não pode ser considerado de forma subsidiária na Convenção de Roma, sob pena de perder sua aplicabilidade e efetividade. Vejamos:

O fator de conexão básico – a proximidade entre o contrato e a lei de um país, - está sempre presente, acima de qualquer outra consideração. Este dispositivo tenta, tão somente, por meio do art. 4º e de seus parágrafos, ajudar o tribunal a encontrar esta proximidade com apoio em determinadas presunções, mas acrescenta que, se a

presunção genérica do desempenho característico não puder ser determinada, ou, tanto em relação a esta presunção como em relação às outras duas presunções enunciadas – relativas a imóveis e a contratos de transporte – o tribunal considerar que tem outros caminhos, melhores, para determinar a proximidade, as presunções devem ser ignoradas²².

Na prática, mesmo quando a proximidade é estabelecida como exceção, os tribunais poderiam a ela recorrer diretamente, se entendessem se tratar da escolha certa para o caso específico.

Nota-se que o Regulamento nº 593/08 da União Europeia substituiu a Convenção de Roma, mas não alterou substancialmente nenhuma das regras da autonomia, tampouco do princípio subsidiário da proximidade²³, razão pela qual se faz interessante manter a análise sobre a Convenção de Roma, inovadora no assunto. Na justificativa do Regulamento, a Comissão esclarece:

Não [se] pretendeu criar um novo corpo de regras jurídicas, mas apenas transformar uma convenção existente em um instrumento comunitário, e introduzir modificações modernizadoras em certos dispositivos da Convenção de Roma, melhorando-a em termos de clareza e precisão do texto, reforçando, assim, a segurança jurídica, sem introduzir elementos novos que venham a modificar substancialmente o regime jurídico existente²⁴.

Consoante Juenger, a convenção de Roma acentuou a existência de convergência entre os sistemas europeu e norte-americano, atenuando-se as diferenças²⁵.

Nádia Araújo também sustenta que a Convenção de Roma foi um exemplo da influência da metodologia americana no Direito Internacional Privado europeu, pois determinava como regra de conexão para os contratos internacionais o princípio da proximidade ou dos “vínculos mais estreitos”²⁶, representando,

22 DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 364.

23 ARAÚJO, Nádia. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 67.

24 DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 340-348. Qual obra faz referência?

25 JUENGER, Friedrich Konrad. Conflitos de leis na América e na Europa. In: Departamento de Direito da PUC Rio. Cadernos de Direito internacional Privado, ano 1, n. 1, 1995. p. 395.

26 ARAÚJO, Nádia. Direito internacional privado: teoria e

desse modo, um passo importante na modificação do Direito conflitual, pertinente a obrigações, dos países signatários.

5 O desenvolvimento progressivo da teoria e sua adoção pela convenção do México

Nos trabalhos preparatórios para a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, a delegação mexicana apresentou, em abril de 1979, um projeto de autoria dos professores Carlos Arelano Garcia e José Luis Siqueiro, cujo artigo 24 dispunha que, em acordos que não contêm escolha de lei pelas partes, as obrigações contratuais seriam regidas pela lei a elas mais proximamente conectada, por suas características objetivas e subjetivas, devendo a Corte tomar em consideração o local da elaboração do contrato, o local das negociações e o da sua *performance*, o domicílio e a nacionalidade das partes, e todos os fatores que possam ajustar a uma melhor análise do caso²⁷. Não foi inserida na Convenção a previsão que, contudo, quinze anos mais tarde, transformar-se-ia em Direito positivo, adotado pelo artigo 9º da Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada em 1994, no México:

Artigo 9.

Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato rege-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais.

Não obstante, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a título excepcional, a lei desse outro Estado²⁸.

prática brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 68-69.

27 WASHINGTON. Secretaria general OAS, Actas y documentos segunda conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP II) 1980. p. 411. v. 3.

28 *Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980*. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em 26 mai. 2013.

Juenger, ao comentar o assunto, assevera:

As partes contratantes ficam certamente em melhor situação se seus direitos e obrigações são regidos por um código moderno, bem preparado, que é sensível às práticas e necessidades comerciais, ao invés de ficarem submetidas a alguma lei local que fique abaixo dos padrões internacionais, desatualizada e injusta. Os empreendedores que deixam de se valer da oportunidade de escolher a lei que deverá governar seu acordo, não podem depois reclamar pela falta de aplicação de regras modernas e funcionais. Além disto, é muito mais justo aplicar padrões internacionais do que privilegiar uma parte, permitindo-lhe beneficiar-se de sua lei nacional²⁹.

Dolinger entende que os artigos 9º e 10º devem ser interpretados da seguinte forma: quando o Tribunal escolher a lei do Estado com os laços mais próximos terá que considerar vários fatores, como os elementos objetivos e subjetivos do contrato, e também os princípios gerais do Direito Comercial Internacional. Para escolher a lei estatal aplicável (“Direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos”) o juiz deverá examinar o conteúdo das leis de diferentes Jurisdições à luz de princípios do Direito Comercial Internacional, amplamente reconhecidos (“aceitos por organismos internacionais”)³⁰. Em outras palavras, a razão do contrato, a análise objetiva e subjetiva do acordo entre as partes, poderia determinar que a lei mais próxima fosse aquela que estivesse em maior harmonia com a *lex mercatoria*. Isso não quer dizer que se escolhe a *lex mercatoria* per se, mas que, por meio dela, alcançamos a lei estatal com os vínculos mais próximos.

Depois disso, o artigo 10 determina que o Tribunal também pode aplicar a *lex mercatoria*, agora já não como via condutora a uma lei estatal, mas diretamente, per se, norma material.

A Convenção Interamericana alcançou dois objetivos: a) combinou Direito Internacional Privado com Direito Comercial Internacional uniformizado,

do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT> Acesso em 26 mai. 2013.

29 JUENGER, Friedrich Konrad. Contract choice of Law in the Americas. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, Winter, 1997. p. 195-208. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/840964?uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102345078287>> Acesso em 27 maio 2013.

30 DOLINGER, Jacob. op. cit., p. 366.

na visão de Josephus Jita, de um “Direito privado da sociedade universal das pessoas”, reforçando o elo que faz a comunicação entre estes dois métodos de solução dos conflitos de leis; b) consagrou velhos e novos princípios de Direito Internacional Privado.

5.1 Convergências e divergências entre as Convenções de Roma e do México

Em primeiro lugar, se compararmos os artigos introdutórios, veremos que a Convenção de Roma, em seu primeiro artigo, diz que “as regras desta convenção serão aplicadas a obrigações contratuais em qualquer situação que envolva uma escolha entre as leis de diferentes países”. A Convenção do México diz em seu artigo 1º que “esta convenção determinará a lei aplicável aos contratos internacionais” sem qualquer referência a uma lei nacional ou lei de um país. Assim, pode-se perfeitamente concluir que a escolha de lei, tanto pelas partes como pelos Tribunais, no sistema dessa Convenção, pode dirigir-se, em termos abrangentes, a uma lei não estatal. Desse modo, permite-se ao juiz se reportar à Convenção Uniforme das Nações Unidas, aprovada em Viena em 1980, aos princípios do UNIDROIT, à *lex mercatória*, entre outros instrumentos.

Outrossim, a regra geral para estabelecer a lei aplicável é a autonomia de vontade na Convenção do México, quase na mesma forma estabelecida pela Convenção de Roma, aceitando-se, inclusive a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato e possibilidade de sua modificação posterior e admissão da escolha tácita.

Por derradeiro, insta frisar que, diferentemente da Convenção de Roma, o conceito de vínculos mais estreitos evoluiu na Convenção do México para uma acepção mais genérica. Na Convenção de Roma, como já foi demonstrado, a teoria dos vínculos mais estreitos era acompanhada de uma lista de presunções típicas, na teoria da prestação característica. Entretanto, na Convenção do México, optou-se pela supressão de tais presunções, na medida em que foi estabelecido que, mediante a análise dos elementos subjetivos e objetivos existentes no contrato, o juiz deve auferir quais serão esses vínculos mais estreitos, representando um avanço significativo em relação à Convenção de Roma.

Ocorre que a acepção mais genérica da teoria dos vínculos mais estreitos fez com que surgissem críticas mais fortes da doutrina no tocante à alta

discricionariedade do magistrado, que aplicará uma lei diversa a cada caso concreto, gerando insegurança jurídica e possivelmente decisões contraditórias.

Ademais, insta reiterar que a Convenção foi ratificada, até o momento, somente pelo México e pela Venezuela. Os contratos internacionais, segundo a lei brasileira, portanto, continuam sendo regidos pelas regras de conexões colocadas pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

6 Apontamentos críticos para uma nova abordagem da teoria e sua aplicação pelo direito privado

A evolução da disciplina no plano internacional demonstra que, ao conferir maior liberdade ao juiz para a escolha da lei aplicável, não há objeções por parte dos legisladores e dos organismos internacionais, que adotaram a fórmula da lei mais próxima. Ela influencia não só a Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada no México em 1994, mas também os diversos projetos de lei que se dispõem claramente pela aplicação da lei mais vinculada à relação jurídica.

Contudo, ainda há severas críticas à adoção da teoria dos vínculos mais estreitos ou princípio da proximidade. Haroldo Valladão³¹, por exemplo, em consonância com Otto Kahn Freund, critica o princípio da proximidade, afirmando que “resolver todos os conflitos com tais palavras, deixando-os ao juiz, é a anarquia completa do DIP”. Isso porque a definitiva determinação da lei aplicável só se materializa quando a questão é levada à arbitragem ou à Justiça.

Várias autoridades ao analisarem o *conflict of laws* norte-americano criticaram o *Restatement Second* que introduziu tal teoria no respectivo ordenamento interno. Afirmam que é contraditório tentar lograr as metas de certeza, previsibilidade e uniformidade de resultados e por outro lado, adotar o princípio da proximidade que traria uma concepção mais aberta e, portanto, passível de subjetividade. Erik Jayme também tece críticas nesse sentido³².

No entanto, parte da doutrina ressalta algumas vantagens da adoção da referida teoria. Uma delas é o

31 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. p. 191.

32 JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. *Recueil des cours*. 1995. p. 68. (Tradução nossa).

fato de que a adoção do princípio da proximidade é uma solução contra o reenvio. Dolinger³³ ainda relaciona tal princípio como instrumento para efetividade da autonomia da vontade, pois facilitaria a descoberta da lei aplicável em caso de omissão das partes, porque é natural que as pessoas prefiram a lei mais próxima.

F. Vischer³⁴ no mesmo diapasão diz que no direito internacional privado, a preocupação com o indivíduo deve pairar acima de tudo. A meta, segundo também Max Rheinstein³⁵, é evitar a injustiça que pode resultar se uma controvérsia for decidida por uma lei que não seja conhecida pelas partes. Ele também afirma que um dos principais objetivos do direito conflitual é a política de mitigar para os particulares as inconveniências e os problemas que podem resultar do conflito real ou potencial das normas e decisões judiciais dos diversos estados.

Argumenta Dolinger³⁶ que, se não há certeza no nível comercial, no plano transacional, por que pretender certeza no campo estritamente jurídico? O princípio da proximidade consiste em uma abordagem aberta, que permite uma solução ajustável às realidades de toda e qualquer situação, corrigindo os efeitos das alterações e surpresas que derivam das incertezas comerciais.

7 Aplicação do princípio no direito brasileiro

Quando o Brasil iniciou sua trajetória codificadora, ainda no Império, com a elaboração da Constituição e do Código Comercial – no qual havia normas de conflito de leis para os contratos – as normas de Direito Internacional Privado vigentes eram as de Portugal. Somente com a Introdução ao Código Civil de 1917, na era republicana, o país teve um conjunto de regras específicas. Eram fortemente influenciadas pela técnica europeia e por isso situadas topicamente no Código Civil. Contudo, as deficiências da introdução ao Código Civil, especialmente a do critério da nacionalidade para o estatuto pessoal, só foram corrigidas com a mudança para a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, cuja maior modificação se encontra na substituição do critério da nacionalidade pelo critério domiciliar, alinhando o Brasil aos demais países da

América Latina. Apesar de tentativas de mudanças (Haroldo Valladão, e depois dos professores Limongi França, João Grandinho Rodas e Jacob Dolinger), a lei permaneceu inalterada.

O Direito Internacional Privado brasileiro, pois, continua regulado pelas noções clássicas do século XIX, utilizando o sistema de regras de conexões bilaterais rígidas. Enquanto se espera uma mudança na legislação, há de se constatar a inexistência da possibilidade de aplicação do princípio da proximidade, porquanto não fora introduzido em nosso ordenamento pátrio.

Ademais, observa-se das Convenções ora analisadas e dos países que as incorporaram, que o princípio da proximidade está intimamente relacionado com o princípio da autonomia da vontade. Em geral, dispõem os instrumentos internacionais que, na ausência de escolha de lei pelas partes contratantes, aplicar-se-ia o princípio da proximidade. Igualmente, também se relacionam pelo fato de se entender, sob a concepção subjetivista, que a teoria dos vínculos mais estreitos consubstancia e tem por pretensão levar a um resultado que as partes chegassem se pudessem escolher a lei a ser aplicada.

Desta sorte, pelo fato de não existir autonomia da vontade nas regras do Direito Internacional Privado brasileiro, consoante a doutrina majoritária, não haveria, conseqüentemente, a possibilidade de aplicação da teoria dos vínculos mais estreitos.

De fato, a codificação editada pela OEA (Organização dos Estados Americanos), por meio das CIDIPs (Convenções interamericanas de Direito Internacional Privado), tem servido também como guia para as modificações realizadas no Direito Internacional Privado em países da América Latina, como o México e a Venezuela.

A lei venezuelana, de 1998, pode ser vista como um bom exemplo da modernização das teorias do século XIX. Além de normas internacionalistas tradicionais, permite a flexibilização do método conflitual, ao outorgar ao juiz a faculdade de procurar, em suas decisões, a justiça material de cada caso. Utiliza, ainda, a equidade e a adaptação da lei aplicável para se chegar ao resultado mais justo. Na área do Direito de Família, aplica a regra do domicílio comum dos cônjuges, e, na sua falta, a lei do último domicílio comum, destinada a garantir a igualdade da mulher. Para os contratos internacionais, adota o princípio da autonomia da vontade, além do princípio da proximidade, quando não houver escolha.

33 DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 370.

34 VISCHER, apud DOLINGER, 2007, p. 370.

35 RHEINSTEIN, apud DOLINGER, 2007, p. 370.

36 DOLINGER, Jacob. *op. cit.*, p. 370.

O México, depois de mais de sessenta anos de arraigado territorialismo, incorpora ao seu Direito interno inúmeras Convenções internacionais, especialmente as da OEA.

A Argentina, por fim, está em processo de revisão de seu Código Civil, e o projeto inclui uma parte relativa ao Direito Internacional, concebida a partir do modelo das CIDIPs, em especial nas regras para os contratos internacionais. Antes da entrada em vigor dessas modificações, registra tendências no sentido de um pluralismo metodológico, com a utilização de soluções materiais e regras de aplicação imediata³⁷.

O Brasil, por outro lado, ainda permanece à margem do avanço internacional no que toca às regras de conexão, ao não possibilitar, de forma clara, a aplicação da autonomia da vontade no DIPr, o que reforça o caráter conservador do sistema brasileiro.

8 Os projetos de lei e sua compatibilidade com a nova abordagem teórica

Segundo Nádia de Araújo, “o direito internacional privado positivo brasileiro continua regulado pelas noções clássicas do século XIX, utilizando o sistema de regras de conexões bilaterais rígidas”.³⁸

Ainda de acordo com a autora, a inalterabilidade da Lei de 1942, principal fonte normativa da temática, resulta em sua inadequação à complexidade e à diversidade do momento atual e na ausência de soluções para os novos rumos da disciplina.

A tentativa de se incorporarem, no Brasil, as tendências atuais do Direito Internacional Privado, notadamente a teoria da proximidade ou dos vínculos mais estreitos, por via legislativa ficou restrita ao Projeto de Lei 4905, de 1995.

Na exposição de motivos do referido projeto, o legislador nacional ressaltou a importância da adoção da teoria da proximidade:

Uma das conquistas do moderno direito internacional privado é a regra que manda aplicar às obrigações contratuais a lei do país que tenha vinculação mais estreita com a avença entre as partes. Essa norma está consubstanciada nas mais recentes convenções europeias e interamericanas,

37 ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 89.

38 ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 102.

influenciadas proximamente pelo direito norte-americano e remotamente pela filosofia de Friederich Carl Von Savigny. Representa essa regra uma amálgama de inúmeras teorias lançadas ao longo dos últimos dois séculos no continente europeu e nas Américas, em que os jusinternacionalistas esforçaram-se na busca de uma fórmula que orientasse o juiz na escolha da lei aplicável em questões internacionais. A sede da relação jurídica, seu centro de gravidade, a lei que tenha como o caso “*the most significant relationship*”, e outras de sentido idêntico ou similar. O projeto estende o preceito em tela para além das obrigações contratuais, propondo aplica-lo também às obrigações por atos ilícitos e ao direito de família. Por analogia poderá ser aplicado, sempre que não prevista solução específica.

O Projeto de Lei nº 4905/1995, assim, traria em seu artigo 12 a teoria da vinculação mais estreita. O princípio seria utilizado no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, a saber:

Art. 12: obrigações por atos ilícitos – as obrigações resultantes de atos ilícitos serão regidas pela lei que com elas tenha vinculação mais estreita, seja a lei do local da prática do ato ou a do local onde se verificou o prejuízo.

Também aplicaria a teoria às obrigações contratuais. Vejamos:

Art. 11 – as obrigações contratuais são regidas pela lei escolhida pelas partes. Essa escolha será expressa ou tácita, sendo alterável a qualquer tempo, respeitados os direitos de terceiros.

Par. 1º - caso não tenha havido escolha ou se a escolha não for eficaz, o contrato será regido pela lei do país com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

Par. 2º - se uma parte do contrato for separável do restante, e mantiver conexão mais estreita com a lei de outro país, poderá esta aplicar-se, em caráter excepcional.

Assim, esse Projeto integrar-se-ia no moderno Direito Internacional Privado uniformizado, que, após anos de incertezas, optou pela fórmula que determina a aplicação da lei do país com o qual o contrato mantém os vínculos mais estreitos.

Todavia, o referido Projeto não logrou êxito. Recebeu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça

da Câmara dos Deputados, mas foi retirado de pauta congressional por parte do Poder Executivo. Em 2004, o Poder Legislativo recebeu uma nova oportunidade para contemplar a teoria da vinculação mais estreita por meio do Projeto de Lei 269/2004, que incorporou o artigo 12 do antigo Projeto de Lei 4905/95, na íntegra, em seu artigo 13. Contudo, novamente o texto legal não obteve êxito e o Projeto fora arquivado em 2011.

Pelo fato de não ter se tornado lei, a teoria da proximidade ainda não foi reconhecida pelo ordenamento brasileiro. Há, entretanto, a possibilidade de o Poder Judiciário aplicá-la em casos pontuais, o que já vem acontecendo, conforme examinaremos a seguir.

9 A posição dos tribunais brasileiros a partir de uma concepção jusprivatista

Há casos em que o Poder Judiciário brasileiro flexibiliza as normas Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e admite a aplicação de tal teoria em nome de uma decisão mais justa e adequada às especificidades de um caso concreto.

Um caso de conflito de leis trabalhistas no espaço foi julgado pelo TST, aplicando esta a lei mais favorável ao trabalhador com esteio nos estreitos vínculos do empregador com o ordenamento jurídico brasileiro³⁹.

A lide envolvia um empregado brasileiro contratado pela empresa BraspetroOil Service Company, subsidiária da Petrobras e constituída nas Ilhas Cayman para a prestação de serviços em Angola. Nesse caso, a Lei 7.064/82 determina que, à situação do trabalhador contratado por empresa estrangeira para prestar serviço no exterior, aplica-se o princípio da territorialidade, consoante o disposto no artigo 14, a saber:

Art. 14 – Sem prejuízo da aplicação das leis do país da prestação dos serviços, no que respeita a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador os direitos a ele conferidos neste capítulo.

Ocorre que o TST entendeu que a empresa em questão, por ser subsidiária da Petrobras, tem atividade estritamente vinculada ao Brasil, motivo pelo qual se aplica a lei brasileira, mais favorável ao trabalhador que a lei angolana.

39 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Ac20090335079*. Relator: Carlos Roberto Husek. Brasília, 15, de maio de 2009.

Percebe-se, pois, a existência de julgamentos esparsos aplicando a teoria dos vínculos mais estreitos, mormente quando se trata de aplicar uma lei que proteja mais a considerada parte hipossuficiente da relação. Entretanto, elas não têm se tornado frequente justamente pela não incorporação da Convenção Interamericana assinada no México em 1994 e pela não alteração da LINDB que ainda remanesce com regras clássicas de conexão.

10 Conclusões

Segundo Erik Jayme, diante da pós-modernidade e com o retorno à valorização dos direitos humanos, houve a ruptura do positivismo jurídico desencadeando o elemento jurídico do pluralismo⁴⁰.

É nesse sentido que se manifesta Bruno Miragem:

O pluralismo, enquanto respeite o diferente, traduz-se neste campo através da identificação de novos elementos de conexão, ou a partir do método de escolha da lei aplicável, característico do DIPr. A busca destes novos elementos serve, então, para promover a aplicação, no caso concreto, da lei que esteja conectada não apenas formalmente (adequação técnico-formal), mas também materialmente, aos sujeitos da relação jurídica de direito internacional – sua adequação substancial. No mesmo sentido, o pluralismo termina por indicar uma significativa extensão da autonomia da vontade das partes, de modo a permitir, inclusive, a escolha da lei aplicável a determinadas relações jurídicas no momento da celebração. O pluralismo, enquanto elemento característico da pós-modernidade afirma-se como um pluralismo de valores culturais, mas também de métodos e fontes, o que em direito internacional aponta para a promoção da cooperação entre os estados tendo por objetivo o respeito ao indivíduo e a busca da ‘melhor solução’ para o caso concreto.⁴¹

É nesse contexto que a teoria dos vínculos mais estreitos ou principio da proximidade ganha relevância,

40 JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*. 1995. p. 68. (Tradução nossa).

41 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos: elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O Novo direito internacional: estudos em Homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 328.

no intuito de promover a aplicação, no caso concreto, da lei que esteja mais próxima dos sujeitos da relação jurídica de Direito Internacional Privado, ou seja, que esteja conectada não apenas formalmente, mas também materialmente a tais sujeitos e sua correspondente situação fática, no intuito de obter uma solução jurídica mais eficaz.

A primeira finalidade do Direito Internacional Privado é a proteção da pessoa humana, devendo os limites em relação à solução de conflitos de lei serem traçados pelos direitos humanos.

Portanto, se constata a modernização do Direito Internacional Privado e a reformulação de suas regras de conexão clássicas, uma vez que se tem pendido para um movimento de promoção da justiça no caso concreto, permitindo ao juiz flexibilizar certas regras para que o resultado seja o mais equânime possível.

O mais importante aspecto do princípio da proximidade é que não há uma fórmula rígida para encontrar a lei aplicável aos contratos, a lei do local das negociações, de sua execução (assinatura), de seu cumprimento, ou a lei da nacionalidade ou do domicílio das partes. Cada contrato tem suas características próprias e deve ser regido pela lei que lhe é mais apropriada, o que requer que se escolha a lei que seja a mais próxima a essas características, ou seja, como já colocado acima, a lei mais pertinente.

Urge, pois, a incorporação em nosso ordenamento da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais firmada no México em 1994, conjuntamente com a alteração da LINDB para que se autorize não só a autonomia privada, mas também preceitue e insira a teoria dos vínculos mais estreitos ou princípio da proximidade de forma que a lograr harmonia entre o sistema brasileiro e o mundo globalizado no que tange aos negócios internacionais. Representa ainda uma oportunidade singular para que as normas nacionais possibilitem às relações privadas desenvolver-se com certo grau de autonomia, subordinada obviamente aos limites dispostos no próprio sistema jurídico.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Nádia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BATTIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes em droit international prive. *Récueil des Cours*. 1973. t. 139

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE 1994. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>> Acesso em: 27 maio 2013.

Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 1980. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:PT:NOT>> Acesso em 26 maio 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. *Ac20090335079*. Relator: Carlos Roberto Husek. Brasília, 15 de julho de 2009.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 2.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Récueil des cours*. 1995. p. 68.

JUENGER, Friedrich Konrad. Conflitos de leis na América e na Europa. Departamento de Direito da PUC Rio. *Cadernos de Direito Internacional Privado*, ano 1, n. 1, 1995.

JUENGER, Friedrich Konrad. Contract choice of Law in the Americas. *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 1, p. 195-208, Winter, 1997. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/840964?uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102345078287>> Acesso em 27 mai. 2013.

LEFLAR, Robert. *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*. California Law Review, year 1966, n. 1584. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss4/7>> Acesso em 27 maio 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de. *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944. v. 2.

SCHNITZER, A. F. Lês contracts internationaux em droit international prive suisse. In: SCHNITZER, A. F. *Recueil des Cours*, v. 123, 1968.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

WASHINGTON. Secretaria General OAS. *Actas y documentos segunda conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP II)*. 1980. v. 3.

AGRADECIMENTO: os autores agradecem à PRPq/UFMG pelo auxílio concedido para a realização desse trabalho mediante apoio à pesquisa científica.



REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**A internacionalização do direito
a partir de diferentes fenômenos
privados de construção
normativa***

**The internationalisation of
law since different private
phenomena of normative
construction**

Fernando Lopes Ferraz Elias

A internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa*

The internationalisation of law since different private phenomena of normative construction

Fernando Lopes Ferraz Elias**

Resumo

O escopo deste artigo é analisar manifestações não estatais de produção normativa do direito pós-nacional. Inicialmente, ressaltamos a teoria das fontes do direito no contexto pós-nacional. Em seguida, analisamos o fenômeno da multiplicação de sujeitos de direito e de fontes normativas no plano internacional. Finalmente, perscrutamos a questão do reconhecimento das fontes jurídicas pós-nacionais construídas por atores privados autônomos em relação à ação estatal. Concluímos que, fruto da confluência de normas, quer sejam públicas, quer sejam privadas, mesmo que oriundas de fenômenos marcadamente internos ou até mesmo extrajurídicos, no contexto pós-nacional hodierno, não há que se falar, exclusivamente, em um direito internacional público e em um direito internacional privado, uma vez que domínios jurídicos; (a exemplo da *lex mercatoria*, *lex financeira*, *lex eletrônica*, *lex desportiva*, dentre outros); revelam conjuntos normativos produzidos por destacadas empresas privadas globais voltados à concretização de “interesses públicos”. Contudo, a mera autonomia de “contatos sociais” é insuficiente para gerar compromissos juridicamente obrigatórios e vinculantes, pois, sem unidade, expressões jurídicas fragmentadas possuem liames tíbios. Portanto, o presente estudo é dotado de originalidade e limita-se a questões pertinentes à estrutura da ordem jurídica pós-nacional, especificamente, a natureza privada dos entes e das normas num cenário de internacionalização do direito. Despido de pretensões de exaurir o tema, o trabalho foca, entre outras, as diferenças quanto à formação e implementação do direito pós-nacional e do direito estatal.

Palavras-chave: Direito estatal. Direito internacional privado. Direito pós-nacional. Entes privados. Internacionalização do direito.

Abstract

The scope of this article is to analyze non-state manifestations of normative production of the post-national law. First, we emphasize the theory of the sources of law in post-national context. Then, we analyze the phenomenon of the subjects' multiplication of law and regulatory sources internationally. Finally, scrutinize the issue of recognition of the post-national legal sources constructed by autonomous private actors in relation to state action. We conclude that, due to the confluence of rules, whether public, whether private, even if derived from internal markedly or even extra-legal phenomena, in today's post-national context, is impossible to speak exclusively in a public and in a private international law, because legal domains; (for example, *lex mercatoria*, *lex financeira*, *lex eletrônica*, *lex desportiva*, among

*Recebido em 11/05/2014
Aprovado em 16/05/2014

**Bacharel em Direito e Relações Internacionais pela PUC-SP, Mestre em Relações Internacionais pela UNISUL, Doutorando em Direito pelo UNICEUB. E-mail: flfe@ig.com.br

others); reveal normative sets produced by leading global private companies focused on achieving “public interests”. However, the mere autonomy of the “social contacts” is insufficient to generate legally binding commitments, then, without unity, fragmented legal expressions have lukewarm bonds. Therefore, this study is endowed with originality and merely relevant to the structure of post-national legal frame, specifically, the private nature of the entities and rules of international law in a scenario of internationalisation of law. Without pretensions to exhaust the subject, the work focuses, among others, the differences in the formation and implementation of post-national law and state law.

Keywords: State law. Law of conflicts. Post-national law. Private entities. Internationalisation of law.

1 Introdução

O direito internacional apresenta-se, hoje, mais denso e complexo em virtude da multiplicação da quantidade de sujeitos de direito internacional e do aumento do número de normas, fruto tanto de um processo de autolimitação imposto pelo ente estatal a si mesmo, quanto de um processo autônomo em cuja gênese encontram-se manifestações infraestatais públicas e privadas. Deste último e intrigante fenômeno, as reflexões apresentadas nesse estudo tratam, particularmente, da produção normativa pós-nacional legítima e efetiva, conquanto independente do Estado e realizada por entes transnacionais privados.

Em relação à perda do poder estatal exclusivo de produção normativa, ou seja, que o Estado participe dessa produção em igualdade com atores privados transnacionais, surgem novos desafios para a teoria dos sujeitos do direito internacional. A partir da concepção positivista contemporânea, o problema está no fato de que normas puramente privadas não compõem o direito positivo, em virtude das múltiplas normas de validação remetendo a fundamentos de validade diferentes, e da lógica heterárquica e policêntrica de produção e controle normativo. Em outras palavras, a viabilidade dessas manifestações jurídicas encontra barreiras na natureza de seus sujeitos e normas, na impossibilidade de normas privadas se autovalidarem ou, ainda, na incapacidade de mecanismos jurídicos particulares vincularem entes estatais.

A lógica de Kelsen propugna tanto a validade formal das normas, quanto a de Hart, a regra de reconhecimento, o que impede legitimar juridicamente redes transnacionais, à luz do positivismo clássico, salvo caso se aceite a existência

de uma pluralidade de normas hipotéticas fundamentais ou de regras de validação. Todavia, não se deve olvidar que, para alguns autores, fontes normativas privadas já se apresentam atualmente em número e importância maior do que as fontes tradicionais do direito internacional, figurando, assim, no centro do sistema.

Em distintos sistemas jurídicos, a exemplo da *lex eletronica*, da *lex desportiva*, da *lex financeira* e da *lex mercatoria*, conflitos são solucionados mediante normas próprias de conduta e processos de negociação entre os atores, ferramentas de sanção, cuja efetividade é própria de cada sistema, o conceito de obrigatoriedade é substituído pelo de “níveis de obrigatoriedade”, e agentes econômicos impõem globalmente seus interesses particulares. Isso produziu, no contexto pós-moderno, a “privatização do direito internacional”, ou seja, um quadro de sujeitos e normas não somente mais numerosos, mas também mais participativos.

Nesse cenário, exsurgem algumas dúvidas: é possível classificar normas pós-nacionais como novas fontes do direito internacional? Em caso afirmativo, quais e quantas normas infraestatais comuns entre dois Estados são necessárias? Quais e quantos atos de entidades particulares em redes transnacionais são necessários? E sob qual critério? Dentre os novos sujeitos, existe um responsável pela condução do novo sistema? É possível delinear os limites do direito pós-nacional? O certo é que essa nova realidade em formação oriunda de novas formas de interação entre os atores transnacionais somente pode ser entendida sob a ótica da internacionalização do direito. Portanto, faz mais sentido pensar em um conjunto denso de *soft norms*, que emoldura de maneira peculiar um direito pós-nacional, do que em novos sujeitos e fontes do direito internacional imponíveis, inclusive, aos Estados nacionais.

2 A teoria das fontes do direito no contexto pós-nacional

A expressão “fonte do direito” significa “onde está o direito”, de forma figurativa, como uma nascente d’água designa sua procedência. Procurar onde está o Direito é buscar o local onde ele foi revelado e o que lhe faz legítimo, isto é, seus fundamentos de obrigatoriedade – vigência e eficácia. Dessa maneira, no plano internacional, a teoria das fontes do direito almeja justificar a obrigatoriedade de certas regras aos sujeitos do direito internacional.¹

1 Tratamos desse assunto de forma mais aprofundada no

As fontes do direito internacional são compreendidas dentro da lógica de interdependência entre os Estados para a vida em comunidade, da justiça social, do consentimento ou de interesses. Trata-se de uma visão antropomórfica do Estado, que o compara a uma sociedade de indivíduos com igualdade e liberdade.² No século XX, sobretudo a partir dos trabalhos de Kelsen e Hart, o positivismo jurídico consolidou-se como principal teoria explicativa das fontes de direito internacional.

Para Kelsen, o caráter de fonte de direito implica o fundamento de validade formal, independentemente dos elementos materiais da norma. Dessa maneira, há sempre uma norma hierárquica superior que prevê uma inferior. De um mero decreto, passando por uma lei, infraconstitucional e depois constitucional, até se chegar à norma hipotética fundamental, que dá validade a todo o ordenamento jurídico.

Kelsen, ao elaborar a “Teoria Pura do Direito” e construir a pirâmide de normas, enunciou que a origem e a obrigatoriedade de uma norma encontram-se naquela imediatamente superior. No vértice da pirâmide repousa a norma fundamental ou norma base (*Grundnorm*). Primeiramente, essa concepção foi chamada de *Teoria da Livre Escolha*. Posteriormente, com a influência de Verdross, Kelsen abandona seu indiferentismo e define a *Grundnorm* como sendo uma norma de direito internacional, a norma costumeira *pacta sunt servanda*³

Tendo como ponto de partida a validade do Direito Internacional, surge a questão de saber como se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nessa hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isso é possível porque o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito Internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, quanto o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais, e estas, por conseguinte, podem ser

concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens tornadas juridicamente possíveis somente por meio do Direito Internacional. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional.⁴ É especialmente interessante o raciocínio kelseniano de que as ordens jurídicas nacionais encontram seu fundamento de validade no direito internacional, cuja norma hipotética fundamental, a seu turno, está fundada nos costumes dos Estados. Dessa maneira, as normas de direito internacional são definidas como o fundamento de validade do direito interno.

Kelsen retira o elemento volitivo de todas as etapas da construção do direito, identificando uma realidade. Trata-se de uma teoria objetiva, que não reconhece o Estado como um ente capaz de expressar vontade própria, mas uma ordem jurídica que atribui a determinados indivíduos a indicação da vontade daquela comunidade. Os costumes internacionais, para Kelsen, são apreendidos da análise objetiva da realidade, ou seja, os Estados cumprem esses costumes, porque sempre cumpriram, considerando-os como direito aplicável.⁵

O desvanecimento da diferenciação entre direito internacional e direito interno é consequência de um processo de evolução técnico-jurídica, que culmina no perfazimento de um único sistema normativo e uma comunidade universal.⁶ Pautado nessa visão kelseniana, pode-se destacar o recente processo de internacionalização da vida jurídica, não existindo assunto ou matéria invulnerável a ser internacionalizado.⁷ Em outras palavras, o intercâmbio comercial internacional reflete o momento histórico atual de integração e interdependência dos Estados. No profético discurso de Kant: “[...] é o espírito comercial, que mais cedo ou mais tarde se apodera de cada povo”.⁸

texto: ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Fontes do direito: o direito internacional como a grande norma kelseniana. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL., 7., 2009, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Juruá, 2009. v. 17. p. 227-237.

2 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. f. 437- 439.

3 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1. p. 112.

4 ⁵KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 374.

5 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional. globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 442.

6 ELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364.

7 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1. p. 113.

8 KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Tradução Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989. p. 55.

Para os fins colimados por esta pesquisa, cumpre destacar que a lógica kelseniana conhece apenas o direito estatal. As normas privadas, como contratos, podem integrar o ordenamento jurídico a título de normas individuais. Não há uma necessária contraposição entre um “direito estatal” e um “direito não estatal”, se o primeiro admite o segundo como norma válida. No entanto, este não vale para direitos privados criados independentemente da ordem jurídica estatal, porque eles não têm o mesmo elemento de validade formal exigido para a identificação de qualquer norma, como parte do ordenamento jurídico. Para Kelsen, a relação entre os atores privados e o sistema jurídico na formulação e controle de regras estaria no plano não jurídico ou sociológico.⁹

Todavia, o crescimento da influência de um direito privado conduz a um cenário onde as regras privadas podem inclusive independer das regras públicas para serem válidas. E, principalmente, o direito não estatal pode tanto reforçar, como ignorar, ou até mesmo contrariar o direito estatal. A relação entre esses regimes normativos autônomos e o direito produzido pelo Estado pode ser de colaboração, de indiferença, ou, ainda, de oposição. O direito é construído por eles formais ou informais em redes de atores privados com interesses variados com, sem ou contra a vontade dos Estados nacionais.¹⁰

Hart, por sua vez, acrescenta à validade formal a complexidade da regra de reconhecimento, isto é, a norma positiva precisa ser reconhecida como tal pelos operadores jurídicos mais importantes – juízes e agentes públicos – para ser considerada válida. Ao reconhecer uma norma, esses tomadores de decisão escolhem a norma de validade. Assim, Hart coloca as práticas sociais no centro de sua teoria.¹¹

No contexto pós-nacional, consoante as ideias de Hart, há uma situação anormal, capaz de corroer todo o sistema jurídico, haja vista que os atores reconhecem diferentes regras de validação, distintas e antagonicas entre si e, às vezes, até interconectadas. Além disso,

9 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 459.

10 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 294-459.

11 HART, H. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 121.

o peso de cada fonte ou norma depende do tema e não apenas de sua origem, bem como de cada ator envolvido, em diferentes esferas.¹²

Dessa forma, a dificuldade em aceitar essas novas manifestações normativas estaria em atribuir ao sistema jurídico uma multiplicidade de fundamentos de validade, determinados por diversas variações na regra de reconhecimento. É possível afirmar que o fundamento das fontes sempre esteve calcado sejam em razões jusnaturalistas, sejam em razões positivistas, ou, ainda, numa combinação entre ambas.

De alguma maneira, jusnaturalismo e positivismo precisam um do outro. O jusnaturalismo necessita de argumentos positivistas para justificar de maneira objetiva o comprometimento dos Estados com conteúdos vagos como justiça, interesse comum e razoabilidade. O positivismo necessita do jusnaturalismo para esclarecer, a partir de comportamentos, vontades e interesses, por que obrigações são imperativas. Além disso, visões excludentes de cada uma dessas linhas teóricas conduzem a consideráveis dificuldades. O caráter obrigatório de um pacto resta igualmente comprometido se, de uma parte, os Estados puderem, quando e como melhor lhes aprouver, retirarem-se de um tratado, e, de outra, caso não puderem jamais alterar seus consentimentos. Dessa forma, ficariam sem sentido, por um lado, ideias como as de *jus cogens*, costumes obrigatórios a novos Estados, e, por outro, as de *pacta sunt servanda*, entre tantos outros institutos basilares do direito internacional.¹³

Para se considerar as novas manifestações como normas jurídicas, é preciso sair do positivismo jurídico. Conforme Kelsen, não importa se, do ponto de vista material, manifestações jurídicas regulam a vida dos Estados e dos indivíduos. Os atores subestatais – gestores públicos e juízes – ou privados não têm autoridade formal dos Estados para produzir normas juridicamente obrigatórias. Em Hart, ainda que se admita um processo dinâmico, não se aceita a multiplicidade das normas de validação. Nesse ponto repousa o principal problema do uso das ideias positivistas contemporâneas para explicar a proliferação de normas: as novas manifestações normativas, produzidas por agentes subestatais e transnacionais, públicos e privados têm

12 KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralism structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 12.

13 KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument, reissue with a new epilogue*. Cambridge: Cambridge University, 2005. p. 304-310.

diferentes fontes de validação. Apenas podem ser entendidas se aceitarmos a ideia de uma multiplicidade de normas hipotéticas fundamentais ou de regras de validação, além do Estado, o que não foi previsto por Kelsen, tampouco por Hart.¹⁴

Contudo, não é necessário abandonar o positivismo jurídico, porquanto continua a existir para um determinado núcleo ainda central de normas jurídicas, mas coexiste com outras lógicas que não consegue explicar. Os Estados continuam a ser elementos nucleares na coordenação entre as ordens jurídicas nacionais, mas outras redes transnacionais ganham importância. Ainda que não se considere como suficiente para produzir novas normas à luz do positivismo tradicional, os discursos normativos setoriais, cada vez mais transnacionais, contribuem para alterar como os atores entendem os significados das normas jurídicas. Podemos chamar o novo cenário de pós-positivista ou pós-modernista, o que varia conforme os autores.¹⁵

Entre os autores do final do século XX e início do século XXI, há diversas posições, desde aqueles que entendem a maior complexidade do direito internacional a partir das teorias tradicionais, sejam dos autores modernos, sejam dos clássicos do século XX, principalmente no positivismo, até os que identificam pluralismo de fontes e atores dentro de uma ideia de contradição entre subsistemas jurídicos, em que a fragmentação seria a expressão de múltiplas normas de validação. Assim, a aceitação das novas normas privadas como verdadeiras fontes do direito internacional varia de um caso a outro.

Os autores mais recentes que explicam a nova complexidade no direito internacional dentro da teoria tradicional do direito, marcada pelos argumentos de validade da norma jurídica internacional, desde o século XVIII, consoante os interesses e valores de cada época, apontam que, hoje, a legitimidade das fontes, ou seja, a obrigatoriedade do vínculo jurídico seria melhor entendida pelo consentimento tácito do que pelo expresse, o que permitiria confluência, ao invés de críticas mútuas, entre os fundamentos de validade

tanto da corrente jusnaturalista quanto da positivista, a exemplo da regra *rebus sic stantibus*, pertinente à alteração do pacto devido a mudanças sociais posteriores. Dessa forma, o fundamento não repousa exclusivamente sobre padrões normativos ou puramente morais, senão sobre algo que envolveria ambos, nomeado de “conceito social do direito”.

O direito é criado de uma forma ascendente, por meio de comportamentos, vontades e interesses dos Estados, mas também descendente, com base em valores preexistentes. A real concepção do direito significa pelo menos manter uma distância marginal entre o direito e a realidade social.¹⁶

O problema é que, a partir desse ponto, o autor desconsidera as racionalidades próprias de cada setor e afirma que conflitos normativos do direito internacional, independentemente de serem relativos a questões humanas, ambientais ou comerciais, por exemplo, podem ser resolvidos dentro do caso concreto, a partir do uso de regras de *lex specialis e lex generalis*. A fim de garantir a indispensável discricionariedade à aplicação da justiça, os casos deveriam ser interpretados pelos operadores jurídicos.

Ademais, o autor é incapaz de definir, sem confundir com meras questões políticas, o comportamento e a visão de justiça de quais Estados devem ser considerados para determinar esse direito e como justificar a escolha. O uso do direito como uma linguagem perde em parte a racionalidade e os limites de validade jurídica para transformar-se em manifestação política. O problema torna-se complexo, porque os seres humanos convivem paralelamente em diferentes sistemas jurídicos. Assim, um indivíduo utiliza o sistema jurídico estatal durante diferentes atividades quotidianas, a *lex eletronica* quando checa seus *e-mails*, a *lex desportiva* quando participa de um jogo de futebol ou assiste a um. As sociedades passam de um regime a outro rotineiramente, no mesmo espaço, no mesmo tempo. As regras de especificidade e generalidade mais uma vez não funcionam, porque aqui as normas privadas sequer seriam julgadas parte do ordenamento jurídico, de acordo com as regras.¹⁷

14 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 442-443.

15 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 296, 443,464.

16 KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument, reissue with a new epilogue*. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 333, 337, 344, 385.

17 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo f. 445, 462- 463.

Ademais, em subsistemas privados, como a *lex mercatoria*, o justo pode ser muito diferente para a lógica do direito ambiental ou outro, por exemplo. A solução é limitada quando a norma especial não contrapõe de forma expressa a norma geral e envolve as mesmas partes. Um instrumento pode ainda ser geral para um órgão e especial para outro, enquanto o mesmo problema pode muitas vezes ser discutido em ambos. Portanto, é limitado desconsiderar peculiaridades e concepções diferentes de justiça. Num cenário de heterarquia entre os sistemas normativos, sem regras prévias de solução de antinomias, além da aplicação de regras específicas pelos juízes, os conflitos são comumente resolvidos por processos de negociação entre os diferentes regimes, com a busca de pontes de diálogo entre os atores, criando interpretações jurídicas comuns ou mantendo os antagonismos.¹⁸

Nesse sentido, numerosas fontes internacionais – até mesmo declaratórias – são frequentemente citadas por órgãos de solução de conflitos internacionais. Contudo, pela análise de casos concretos, observa-se que o instrumento externo, ainda que mais específico, não é um fim em si mesmo e, portanto, não há relação direta dele com a interpretação feita pelo órgão de controle. Essas ideias são ilustradas, entre outros tantos, com os seguintes contenciosos.¹⁹

No caso *Leyla Sahin v. Turquia*, 2005, a respeito da proibição de acesso à universidade turca de uma estudante muçulmana trajando o véu *vis-à-vis* a restrição do porte de símbolos religiosos em instituições de ensino. No § 136, a Corte Europeia de Direitos Humanos invocou a Recomendação 1353 (1998), específica sobre acesso de minorias ao ensino superior e a Recomendação (98)3 sobre o acesso ao ensino superior, importante para a promoção dos direitos do homem e das liberdades públicas e para o fortalecimento da democracia, todavia, decidiu que o acesso à universidade dependia da adequação às normas sobre vestimentas.

No contencioso *Bancovic e outros v. Bélgica*, 2001, para determinar a noção de jurisdição na Corte Europeia de Direitos Humanos. Nos §§ 75 – 78, os argumentos invocados pelos requerentes calçados nas Convenções de Genebra, de 1949; na Declaração

Americana de Direitos do Homem; na Convenção Americana de Direitos e Deveres do Homem; nas decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; foram rejeitados, pois a noção de jurisdição, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, não é semelhante às daquelas Convenções, porque assim não quiseram os autores da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No caso *Soering v. Reino Unido*, 1989, acerca da extradição de um indivíduo para os Estados Unidos e sua consequente execução à pena de morte. No § 86, a Corte Europeia de Direitos Humanos ressaltou as diferenças entre a Convenção Europeia de Direitos Humanos e os instrumentos internacionais citados na defesa daquele governo, quais sejam, a Convenção relativa ao *status* dos refugiados, a Convenção Europeia de extradição e a Convenção da ONU contra a tortura e impingiu ao juiz criminal o dever de verificar se há compatibilidade entre os direitos penais de ambos Estados, com base no art. 3º. da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que proscree o tratamento desumano e degradante, por estimar o tempo de espera no corredor da morte, particularmente no Estado da Virgínia, abusivo e cruel para o condenado. Ademais, no § 108, a Corte Europeia de Direitos Humanos destacou que diferente da redação concisa e geral do art. 2º. da Convenção Europeia de Direitos Humanos, os instrumentos internacionais que lhe são posteriores – a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis – proibem expressamente a pena capital a menores de dezoito anos.

Finalmente, os autores que reconhecem a existência e proliferação de fontes normativas privadas afirmam que, hoje, o volume de manifestações jurídicas por redes de atores é tão grande e relevante que já superaria em quantidade e importância as tradicionais fontes do direito internacional público. Não se tratam de normas periféricas, ao contrário, ocupam a centralidade do sistema. Portanto, o direito internacional seria edificado, principalmente, por manifestações normativas oriundas de redes normativas privadas e subestatais, neste caso, com destaque para o papel dos juízes.²⁰

Se com a multiplicação de tribunais internacionais cresce a possibilidade de decisões contrárias, isso

18 TEUBNER, G. *Constitutional fragments*. Oxford: OUP, 2012. p. 153.

19 TURGIS, Sandrine. *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Editions A. Pedone, 2010. p. 317-318.

20 TEUBNER, G. *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997.

aumenta e não diminui o papel do direito internacional, faz do direito internacional algo mais relevante do que era antes. O ritmo com que leis e instituições internacionais são criadas é um confiável indicador da força e da importância do direito internacional e que os problemas associados à fragmentação representam pouco mais do que custos transitórios de ajuste. O risco de fragmentação pode ser minimizado pelo aumento do diálogo entre juízes, responsável por importantes implicações para a unidade da ordem jurídica internacional, na medida em que eles se comunicam, compartilham informações e, quando possível, resolvem conflitos potenciais antes mesmo de eles ocorrerem.²¹

A pluralidade de nós autônomos das redes possibilita que o mundo seja observado de diferentes perspectivas, mas também podem ser transformados numa rede de decisões. A multiplicidade de perspectivas substitui o tradicional modelo racionalista obcecado pela uniformidade. O papel das Cortes nas redes não é o de regenerar uma incerteza em outra, mas a pluralidade de observações e posições diferentes. Se elas forem capazes de reunir essas perspectivas numa consistente rede de decisões, provocaram o que há de mais valioso no poder de julgar: diante da colisão de universos significativos diferentes, decidir por que a decisão se faz necessária.²²

3 O fenômeno da multiplicação de sujeitos de direito e de fontes normativas no plano internacional

A proliferação de sujeitos e normas de direito internacional, ambos movimentos simultâneos e interligados, concretiza-se, hodiernamente, por duas maneiras: (i) aumento do número de instrumentos normativos tradicionais de direito internacional público – tratados, costumes, princípios gerais do direito internacional e atos unilaterais – decorrente da multiplicação do número de Estados, com o processo de descolonização da África e da Ásia e da dissolução da maioria dos Estados socialistas, bem como do crescimento da quantidade de Organizações Internacionais; (ii) surgimento de fontes jurídicas

edificadas por redes de atores infraestatais públicos e privados.

Na seara da primeira maneira, constata-se um expediente atual de delegação da capacidade de criação normativa internacional do Estado-nação – portanto, um ato de soberania do próprio Estado – para Organizações Internacionais, em virtude da expansão do direito internacional sobre temas antes de domínio exclusivamente interno. Ademais, observa-se a ampliação de normas comuns nacionais, isto é, normas de direito doméstico que tutelam questões com repercussões internacionais, como proteção sanitária e ambiental, regulação de mercados, combate ao terrorismo, à corrupção e à lavagem de dinheiro; entre tantas outras.

Grosso modo, essas normas produzidas por Organizações Internacionais, apresentam características peculiares que lhes permitem serem classificadas em razão de seu caráter vinculante, em obrigatórias e não obrigatórias; ao passo que as normas construídas por Estados podem ser catalogadas em virtude de sua diversidade, consoante o alcance seja nacional, regional ou internacional. Todavia, o problema continua em como avaliar as novas manifestações normativas em razão dessas chaves classificatórias.

Em tratados considerados *softs norms*, base de alguns subsistemas jurídicos, há possibilidade de cumprimento parcial por determinados Estados, em razão dos conceitos de margem nacional de apreciação e níveis aceitáveis de risco que possibilitam interpretações distintas (direitos distintos) à luz de um mesmo texto normativo. A teoria das fontes ganha variações de cores mais acentuadas na contemporaneidade, quando se concebe fonte não como uma norma obrigatória, mas como aquela que admite níveis de obrigatoriedade e de diversidade.²³

O direito internacional pós-moderno reflete a complexidade e a diversidade do mundo sobre o qual atua, afirmando, por um lado, obrigações *erga omnes*, a exemplo de Pareceres da Corte Internacional de Justiça ou de Resoluções do Instituto de Direito Internacional; por outro, a diversidade e flexibilidade de mecanismos

21 BURKE-WHITE, W., International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963- 979, 2004.

22 TEUBNER, G. And if i by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 115-136, 2009. p. 136.

23 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 448.

não vinculantes, como *soft law*, não obstante as resistências que possa suscitar.²⁴

Por sua vez, quanto à segunda maneira, cumpre observar que não há direito sem fonte, em verdade, o direito se realiza em suas fontes normativas. Do mesmo modo, não há que se falar em direito pós-nacional sem se considerar duas manifestações normativas infraestatais: (i) as públicas – como os processos de confluência normativa, construção de uma gramática comum, fertilização cruzada, normas produzidas por agentes públicos, entre outras – e, (ii) as privadas – contratos, principalmente em redes de empresas, *lex mercatoria*, *lex financeira*, *lex eletrônica*, *lex desportiva*, dentre outras –, ou seja, independentes da ordem jurídica estatal.

A respeito da ação de atores subestatais públicos, decisões de juízes nacionais ou gestores públicos são fatos jurídicos e não fontes de direito internacional. Todavia, conquanto seja necessário distinguir um compromisso assumido pelo Estado no plano internacional da maneira como ele será interpretado e aplicado internamente por funcionários públicos, é responsabilidade do Estado zelar pelo cumprimento interno das obrigações jurídicas que assume internacionalmente.

A realidade fragmentada de posições dentro de um mesmo Estado, característica da expansão de manifestações normativas transnacionais, dificulta a construção de posições comuns, na realidade, sequer reflete a posição pacífica ou mesmo dominante em um Estado. Destarte, pode ser que alguns juízes ou gestores atuem de determinada forma, em parceria com seus colegas em outros Estados, participando da construção de um discurso normativo setorial, mas que os demais atores equivalentes (outros juízes nacionais ou outros gestores) discordem e não apliquem os mesmos conceitos. Assim, diante do fato de o Estado não ser um bloco monolítico de poder, a solução para encontrar pontes de relacionamento entre a ideia tradicional de fontes de direito e manifestações internas nos Estados, pelo direito internacional de hoje, é avaliar a importância dessas manifestações como suficiente para indicar a posição de fato do Estado em relação a uma situação concreta.²⁵

24 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 759-760.

25 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de

Dentre essas mudanças estruturais diretamente impostas pela globalização, surgem algumas que também vão afetar diretamente a concepção tradicional do Direito, sendo possível apontar diversas tendências, dentre as quais merece especial destaque uma mudança na forma de produção de direito. Especificamente no que tange à produção normativa, a perda do protagonismo estatal de produção normativa leva indubitavelmente a um fenômeno de internacionalização do direito. O direito não vem mais apenas do Estado, mas também de organizações supranacionais, de outros Estados ou até mesmo de agentes privados, dessa forma, o Estado vem perdendo sua centralidade na atual configuração do mundo. Diante dessa situação, impõe-se o surgimento de novos atores que assumirão o papel de protagonistas inclusive na produção de normas jurídicas. Nesse particular, os agentes econômicos têm poder suficiente para fazer valer seus interesses em escala global.²⁶

O fenômeno da internacionalização do direito a partir de diferentes fenômenos privados de construção normativa pode ser analisado a partir de três modelos, conforme os novos regimes jurídicos privados sejam construídos em relações de maior ou menor dependência, ou mesmo de forma paralela, aos regimes jurídicos estatais.

No primeiro, conforme a teoria positivista tradicional, as normas privadas foram previstas pelo direito estatal, como os contratos bilaterais, por exemplo, no exercício da autonomia privada. Existem em função dessa previsão e dependem dos Estados para serem efetivas, a exemplo da necessidade de se recorrer a tribunais nacionais para se executar um contrato que tenha sido desrespeitado ou mesmo uma decisão de um órgão arbitral internacional. Nesse modelo, a proliferação de normas privadas não afeta a centralidade do Estado, mas apenas contribui para o deslocamento do eixo público de produção normativa para um eixo privado, mas sempre com legitimidade no próprio Estado nacional que autorizou ambos os processos.²⁷

São Paulo, São Paulo. f. 451.

26 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*. Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-123, 2012. p. 94-118

27 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 297, 436, 459.

O direito construído por entes privados se amolda ao paradigma jurídico clássico, e o poder normativo privado pertence à lógica hierárquica estatal preestabelecida, portanto, não há perda do monopólio por parte do Estado. Nesse modelo, a efetividade do direito internacional depende das autoridades judiciárias nacionais. Não há que se falar em autonomia do ordenamento privado em relação à lógica da tradicional visão piramidal do direito.²⁸

No segundo, o Estado, confrontado por diversos subsistemas jurídicos, aceita seus limites e abdica de posturas intervencionistas e controladoras, atribuindo a distintos setores privados capacidade de autogestão, que se autofiscalizam mediante instrumentos próprios.²⁹ Uma maior autonomia privada convive com a participação do Estado, conquanto esteja esta limitada a delinear somente alguns objetivos gerais ao setor privado, renunciando ao método de comando e controle, ao reconhecer a existência de subsistemas cada vez mais distintos do sistema estatal (economia, mercados financeiros, saúde pública, entre outros). A legitimidade do direito é conferida pelos atores envolvidos, a um só tempo, produtores e destinatários dessas normas.³⁰

No terceiro, há a proliferação de mecanismos criados pelas próprias redes de atores privados autônomos em relação aos Estados, verdadeiro “direito sem Estado”. O Estado não participa da relação jurídica, não a legitima, e o direito independe do Estado para se tornar efetivo. Esse direito não encontra o mesmo fundamento de validade formal da norma estatal. Nesse modelo os regimes privados possuem formas de sanções praticadas por redes de atores, cuja efetividade independe da soberania estatal e do direito hierarquizado imposto pelo Estado, mas da autonomia das relações heterárquicas entre múltiplos atores privados e racionalidades sem coordenação.³¹

A equivalência entre ordens normativas, públicas ou privadas, entre diferentes Estados, denota a expansão do universo jurídico das fontes do direito internacional ao incluir fenômenos considerados tipicamente internos ou extrajurídicos. Assim, o direito internacional (nem meramente público, nem privado) incluiria todas as normas transnacionais. A propósito, são chamados de regimes privados, porque suas normas são formuladas, implementadas e julgadas por atores de igual nível hierárquico, sejam privados ou públicos.³²

Há uma tríplice ameaça ao modelo jurídico clássico. A produção hierárquica cede espaço a iniciativas heterárquicas, a soberania do Estado central, à autonomia de subsistemas cada vez mais expansivos, enquanto a racionalidade do conjunto cederia seu lugar a uma multiplicidade de lógicas setoriais pouco coordenadas.³³ O Estado-fonte de normas sofre o processo de descentralização de fontes; o Estado-esfera pública sofre a privatização e, especificamente, o Estado-nação é ameaçado pela internacionalização do direito, cujos valores globais lhe impingem transformações não apenas externas, mas também internas.³⁴

Ainda sobre sistemas jurídicos privados com pretensão de autonomia, não se trata de uma recorrente crítica ao positivismo jurídico, são desenvolvimentos históricos na prática do direito que agora rompem com uma estrutura tradicional. Esse grande paradoxo não atende pelo nome de Jacques Derrida ou de Niklas Luhmann, senão da própria globalização! Os Estados-nação já não podem mais silenciar as dúvidas sobre o positivismo hierárquico, que emergem com o caráter apátrida da *lex mercatoria*, dentre outros direitos globais. É a globalização do direito responsável pelo fim da soberania e pela visibilidade desse paradoxo.³⁵ Assim, grupos não-governamentais, movimentos sociais, organizações profissionais, igrejas, federações esportivas, organizações humanitárias ou ambientais, dentre outras tantas, impõem regras próprias que,

28 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 75-76.

29 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 76.

30 TEUBNER, G. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Tradução de N. Boucquoy. Paris-Bruxelles: Story-LGDJ, 1994.

31 TEUBNER, G. Les multiples corps du roi: l'auto-destruction de la hiérarchie du droit, In: *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?* Paris: Frison-Roche, 1999. p. 312-313.

32 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 297, 450.

33 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002. p. 77.

34 DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit: le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2005. v.2

35 TEUBNER, G. The king's many bodies: the self-deconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p. 763-787, 1997, p. 768-769.

em muitos casos, atingem mais pessoas, envolvem mais recursos e têm mais efetividade do que as regras estatais.³⁶

Há uma interação bastante próxima de conjuntos normativos promovidos por empresas privadas que atuam em âmbito global. Devido ao aumento da importância dessas empresas e cadeias produtivas, passam a ter relevância na consecução de “objetivos públicos”. Existem vários motivos para tanto: pressões de mercados consumidores não apenas em seu país de origem, como nos mercados globais; pressões de organizações não governamentais e outros atores cívicos por determinados padrões de consumo de grupos setoriais; necessidade de atender a determinados padrões para obter certificações em processos de normalização, como a ISO 14000 em relação ao meio ambiente, ou a ISO 19000 em relação a normas trabalhistas; construção de políticas institucionais em consonância com valores emergentes, como a proteção dos direitos humanos, a não exploração do trabalho infantil, o respeito por orientações sexuais, a liberdade de expressão, a igualdade de gênero e raça, entre tantos outros valores emergentes.³⁷

Nessa esteira, pode-se ainda destacar, a título de exemplo, diferentes selos privados com padrões próprios de qualidade para produtores orgânicos socialmente sustentáveis, bem como a assistência diante de desastres naturais ou o combate à lavagem de dinheiro, à corrupção e ao financiamento do terrorismo.

4 A questão do reconhecimento das fontes jurídicas pós-nacionais construídas por atores privados autônomos em relação à ação estatal

Sobre a viabilidade dessas manifestações jurídicas como novas fontes do direito internacional, cumpre destacar algumas questões levantadas pela doutrina, começando pelo papel dos entes produtores desse direito.

Não se trata de uma questão de resposta fácil, porquanto o termo “fonte do direito internacional” está muito arraigado a uma concepção precisa entre os

internacionalistas e vinculada ao art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Dessa forma, como essas novas manifestações não estão elencadas no referido catálogo, seria possível negar seu reconhecimento de plano. Nesse caso, entretanto, dever-se-ia pressupor que todas as transformações ocorridas no mundo nos últimos oitenta anos pouco alteraram o direito internacional ou que o Estatuto da Corte é uma espécie de bíblia sagrada, resultante de uma vontade legislativa divina que regula o mundo!³⁸

O direito internacional no contexto pós-moderno não é mais visto da maneira tão “internacional” como o via a doutrina clássica. O direito internacional pós-moderno é o instrumento jurídico necessário à regulação do sistema internacional, tanto o interestatal, herança do direito internacional clássico, quanto em relação aos novos atores. Conquanto ainda seja pouco claro quais são e como atuam, é certo que essa fragmentação e esse aumento do número de agentes caracterizam o tempo (histórico) e o contexto (cultural) que se denomina pós-moderno. O fenômeno de ruptura e renovação aconteceu em outras épocas e esse modelo de direito internacional criado e controlado exclusivamente por Estados não mais responde à realidade em que a correspondente evolução do direito internacional se terá de construir. A pós-modernidade em direito internacional se traduz naquilo que se convencionou chamar de “privatização do direito internacional”, ou seja, um quadro institucional e normativo mais extenso e complexo.³⁹

Todavia, caso se entenda haver novas fontes do direito internacional, deve-se pressupor que os atores que produzem tais fontes são sujeitos do direito. Portanto, o problema é que, se todos são sujeitos do direito internacional, ninguém é sujeito do direito internacional. O próprio conceito de sujeito perde sua substância e seu sentido. A consequência seria a desconstrução dos conceitos jurídicos tradicionais do direito internacional, sem solução última.⁴⁰

36 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au réseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 74-76.

37 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 466-468.

38 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 436- 437, 453.

39 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224-227.

40 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 453, 455.

Ademais, uma ordem legal fragmentada confere aos Estados poderosos uma desejada flexibilidade. Num mundo em rápida mudança em que nem mesmo eles sabem onde seus interesses estarão no futuro, a existência de várias instituições concorrentes retira a necessidade de se comprometerem irrevogavelmente com qualquer uma delas. Isso os ajuda a administrar o risco, e aumenta o seu já substancial poder de barganha. Nesse contexto, as instituições internacionais estão conscientes de que os Estados poderosos podem se recusar a aceitar suas determinações, caso não os agrade, e procurar outra qualquer no futuro. Essa vulnerabilidade aproxima, mais do que deveria, as instituições aos interesses dos Estados poderosos e reduz a probabilidade de que alguma delas cresça suficientemente independente para questionar seriamente a responsabilidade deles.⁴¹

Além disso, a capacidade de criar novas instituições ou de escolher entre as existentes aquela cujas determinações lhe serão mais favoráveis permite aos Estados poderosos alcançarem um alto grau de comprometimento – e uma boa reputação – que de outra maneira, ou seja, com menos razões para cooperar, não conseguiriam.⁴² Um dos aspectos mais característicos do comportamento hegemônico é que os mesmos atores poderosos rechaçam o direito por eles criado quando esse direito produz igualdade e estabilidade internacionais.⁴³

Outro óbice à existência de um sistema jurídico transnacional, paralelo aos sistemas estatais, diz respeito à possibilidade de autovalidação das normas privadas.

Em virtude da importante influência do positivismo, na maioria dos sistemas jurídicos, o processo de validação de uma norma obedece a uma lógica exclusivamente formal. Esse processo é unilateral, ou seja, respeita um critério intrassistêmico; absoluto, isto é, a regra é completamente válida ou inválida; e hierarquizado.⁴⁴

41 BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W., The empires's new clothes: political economy and the fragmentation of international law. *Stanford Law Review*, v. 60, n. 2, p. 595-634, 2007.

42 BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W., The empires's new clothes: political economy and the fragmentation of international law. In: *Stanford Law Review*, v. 60, n. 2, p. 595-634, 2007.

43 KRISCH, Nico. International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order. *European Journal of International Law*, p. 369-378, 2005.

44 OST, F. *Legal system between order and disorder*. Oxford: Orford University Press, 1994.p. 98.

A seu turno, a validação de normas jurídicas privadas segue regras próprias desvinculadas dos legislativos nacionais. São os próprios atores envolvidos naquele subsistema, especificamente, a reputação de seus “legisladores” e a capacidade deles coordenarem instituições representativas. Numa linha positivista, as redes privadas não seriam consideradas como direito, muito menos como direito internacional, pois, para Kelsen, no direito estatal, a legitimidade da norma está sempre na norma de hierarquia superior. Em última instância, na norma fundamental, que encontra sua validade em uma norma primária fundamental hipotética, objetivamente identificada. Mesmo Verdross que identifica a validade da norma fundamental no pacto social (vontade), também de natureza hipotética, em atenção a pressupostos teóricos contratualistas, como em Rousseau, a possibilidade de uma autovalidação do contrato como criador de regras jurídicas seria um paradoxo, porque não se relaciona com a validade formal, nem com um pacto social originário, nem mesmo com a análise objetiva do comportamento histórico dos atores primários do direito internacional (Estados).⁴⁵

A respeito da produção normativa sem soberania, permaneceu latente, por séculos, o estranho paradoxo da autovalidação do contrato e da organização, em um curioso crepúsculo, cujas razões são históricas: o Estado-nação, sua constituição e suas leis forneceram a distinção entre legislação e adjudicação, aparentemente capaz de absorver todas as formas de “produção normativa privada”, escondendo o paradoxo da autovalidação das normas não-oficiais. Portanto, seu advento não é fruto de uma descoberta ingênua da jurisprudência pós-moderna, mas da dureza da realidade social que tornou esse paradoxo visível, isto é, a globalização fragmentada. A soberania legal não sucumbiu pelo ataque da teoria legal, senão das práticas legais.⁴⁶

As alternativas ao direito internacional formal são várias: (i) consultas informais entre agências governamentais, cujas decisões são implementadas por meio de seus respectivos direitos domésticos; (ii)

45 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 302, 463.

46 TEUBNER, G. The King's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p.763-787, 1997.

instituições não obrigatórias que permitem os governos compartilharem interesses comuns em relação aos de outros Estados; (iii) acordos entre governos e atores privados; (iv) delegação dos governos aos atores privados para atuarem em áreas onde aqueles não querem ou estimam mais adequada a ação destes.⁴⁷

No entanto, esses paradoxos podem ser afastados, consoante uma análise em três níveis. Em relação à hierarquia: esses direitos contratuais criam regras primárias com seu conteúdo básico, mas também regras secundárias (no sentido de Hart) que colocam os contornos de validade para as primeiras; ou regras secundárias (no sentido kelseniano, a partir da sanção de exclusão do sistema). No tempo, inserem-se em um processo que valida atos anteriores ao contrato e subjugam-se a atos posteriores (como por meio de sistemas de arbitragem), que reforçam sua validade. A hierarquia torna-se reputacional e não organizacional. No tocante à externalização, a validade do contrato é vista com elementos exteriores a ele, mas que não são verdadeiramente exteriores, porquanto foram convencioneados, como na arbitragem. Portanto, mecanismos próprios de efetividade, como a arbitragem, alimentam a validação do sistema. Contratos na *lex mercatoria*, comportamento dos atores na *lex desportiva* ou na *lex eletrônica*, esses dois últimos com maior grau de centralidade e, assim, maior facilidade de visualização, seriam suficientes para configurar regras de validação, dentro de uma lógica de sistema jurídico em Hart, ou mesmo para identificar o caráter sancionatório, indispensável para Kelsen. Conquanto a ideia de centralidade da produção e aplicação normativa, idealizada por Kelsen, não estejam presentes, a existência de um ordenamento jurídico parece ser constante.⁴⁸

Nesse diapasão, observa-se que, diferentemente do sistema tradicional, as sanções podem vir dos próprios atores e, inclusive, excluir aqueles que transgridam o direito posto. Uma empresa que não cumpra as normas da *lex mercatoria*, e, portanto, apresente um problema em um contrato específico, não poderá mais contratar com todas as demais, caso seja excluída de toda cadeia produtiva pode excluir uma empresa, isto é, a sanção vem de toda a rede de empresas. Se, por um lado, não

há mecanismos efetivos para uma indenização por eventuais problemas causados, pela impossibilidade da expropriação ou do uso de violência pela cadeia produtiva privada, por outro, a sanção imposta, qual seja, a exclusão, é, tantas vezes, suficiente para fechar a empresa que cometeu o ilícito. Da mesma forma, a ocorrência de *doping* em campeonatos internacionais leva à exclusão de um jogador que não será punido apenas no país onde praticou o ilícito; ao contrário, sua carreira pode ser muito mais prejudicada do que se dependesse de ordenamentos jurídicos estatais.⁴⁹

O mais exitoso caso de lei sem Estado foi o da *lex mercatoria*, uma ordem jurídica transnacional de mercados globais criada à parte do direito nacional e internacional. *Lex mercatoria* refere-se a um rico fundo de práticas comerciais, formado sob as condições caóticas do mercado global ou, alguém poderia dizer, das práticas impostas pelos interesses econômicos predominantes. Contratos celebrados por empresas multinacionais não suscetíveis à jurisdição ou à lei nacional, mas à arbitragem internacional e à lei comercial transnacional, independentes de qualquer direito nacional. Diante disso, aventam-se algumas questões: As cortes nacionais deveriam reconhecer a “justiça privada” da *lex mercatoria* como um novo direito positivo com validade transnacional? Poderia tal fenômeno normativo ambíguo – que está “entre e além” dos direitos dos Estados-nação e, ao mesmo tempo “entre e além” do direito e da sociedade – ser aplicado por órgãos arbitrais de acordo com as regras do direito internacional privado? Conteria regras distintas e princípios próprios? Certamente, uma nova prática legal, com direitos substantivo e adjetivo próprios, que não pode ser integrada na hierarquia tradicional do direito nacional ou internacional, ao contrário, se esquivam de pretensões regulatórias do direito nacional e internacional e exercitam sua própria soberania. Essa é a diferença fundamental entre a *lex mercatoria* e outras formas contratuais que operam e apenas existem dentro da hierarquia legal.⁵⁰

A internacionalidade do mercado global demanda alguma forma de unificação e, por isso, ressurgiu a

47 SLAUGHTER, A. M. *The new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

48 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 46, 464.

49 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 464- 465.

50 TEUBNER, G. The King's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p. 763-787, 1997.

lex mercatoria, um direito além do Estado, uniforme, transnacional, não territorial, produzido de maneira descentralizada por agentes econômicos com poder de influência cada vez maior, fruto de um processo horizontal e sem hierarquia em relação aos direitos nacionais dotado de flexibilidade (mas que não se confunde com um direito indeterminado), apto a atender às exigências do mercado e marcado pelo triunfo de um pluralismo jurídico inerente à complexidade das relações que se instauram na órbita econômica, todavia, com pouco poder de coerção e ausência de sanções, o que, por sua vez, não se traduz em falta de efetividade.⁵¹

Entretanto, *lex mercatoria*, o direito transnacional das relações econômicas, é apenas um dos inúmeros casos de direito global em que a Soberania Política perdeu seu poder. O desenvolvimento de um direito global próprio não se dá somente no campo econômico, mas em diversos setores da sociedade mundial, isolados do Estado, da política internacional e do direito internacional. Direito global sem Estado pode ser encontrado também na *lex laboris internationalis*, empresas e sindicatos como atores particulares produtores de leis. Padrões técnicos e auto-regulação profissional coordenados globalmente com uma mínima intervenção da política internacional oficial. Similarmente, no campo da ecologia, há tendências de globalização legal sem instituições estatais. Até mesmo no campo dos esportes, discute-se a emergência de uma *lex sportiva internationalis*.⁵²

Os subsistemas da *lex desportiva* e da *lex eletronica* são os que apresentam a maior autonomia. Uma liga desportiva pode proibir a participação de um atleta em competições internacionais; pelo desrespeito a uma norma privada paraestatal, ficará afastado das competições, remanescendo inócuo qualquer recurso a um Judiciário nacional. A seu turno, o sistema de regulação da internet é capaz de desativar um sítio que transgrida padrões mínimos estipulados pelas regras pertinentes.⁵³

51 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de direito internacional*. Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012. p. 111-114, 118.

52 TEUBNER, G. The King's many bodies: the self-deconstruction of law's. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p. 115-136, 1997. p. 770.

53 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau*: pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 84.

Essa “rede de interesses”, emergente e heterárquica, depende do consentimento dos usuários da internet e deve considerar a complexidade presente nas expectativas normativas e nas normas sociais geradas nos processos privados envolvidos. O procedimento de “notificar e comentar” poderia ser um elemento de regulação nos moldes do direito privado. Não se deve olvidar que a fragmentação das formas de uso, o advento de estratégias personalizadas de publicidade e a sobreposição de redes são uma boa razão para pensar a proteção de um novo tipo de “consumidor”, um tipo híbrido de “cidadão da internet” que atua de diferentes maneiras no ambiente virtual. A vantagem desse procedimento não consistiria apenas na devida tutela de direitos, outrossim e antes de tudo, no reconhecimento de que a sociedade pós-moderna precisa de uma nova estrutura institucional mais compatível com as rápidas mudanças das normas sociais do que com normas jurídicas estáveis.⁵⁴

Em outras palavras, as relações jurídicas de controle criam novas figuras e formas de responsabilização independentes do Estado. Os prejuízos sofridos pela quebra de valores da própria rede por um ator ou grupo de atores passam a ser concebidos como um prejuízo de conjunto, uma vez que os objetivos dos atores estão centrados na própria manutenção e expansão da rede. Os sistemas de punição, agora privados, consistem na exclusão de atores ou conjunto de atores que se mostram contrários aos objetivos coletivos ou apenas para a consecução ótima dos resultados pretendidos. Especificamente no caso da *lex mercatoria*, uma rede pluriempresarial, diferente de pessoas naturais ou pessoas coletivas, em dois aspectos principais: a imputação múltipla, que ganha espaço sobre a imputação unitária, e a autonomização policêntrica, que avança sobre a ideia de personificação. A lógica desse subsistema se afasta dos interesses dos Estados de nacionalidade das empresas envolvidas. A responsabilidade do grupo apenas poderia ser atingida a partir da ideia de sua existência como sujeito diferente dos atores individuais e a aceitação de uma imputação casuística e flexível, cumulativa ou alternativa à tradicional imputação de empresas.⁵⁵

54 LADEUR, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication: “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 281-296, 2013. p. 292-294, 296.

55 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito*: direito internacional, globalização e complexidade. 2012. 606 f. Dissertação

Portanto, por meio de um movimento centrípeto, redes de atores privados criam normas próprias de conduta e mecanismos específicos de sanção que engendram expectativas de cumprimento suficientes para garantir legitimidade e efetividade ao sistema. Dessa maneira, possuem maior ou menor efetividade, consoante a legitimidade obtida por seus procedimentos próprios ou por suas capacidades de sanção.⁵⁶

Todavia, não se deve olvidar que, esses expedientes produzem custos proibitivamente altos que os países mais fracos têm de pagar para formarem uma necessária coalizão política, a fim de aumentarem seu poder de barganha com as contrapartes poderosas. O caráter restrito e a pouca integração das organizações multilaterais, o lento ritmo em que as instituições internacionais têm sido democratizadas e a falta de redistribuição de poder entre Norte e Sul confirmam o impacto dessas estratégias.⁵⁷

É possível assim sintetizar o problema: acordos jurídicos aumentam a integração das redes por meio de um regime compromissivo e com mecanismos de coordenação dados pela imposição de adequadas obrigações. Não há dúvida de que a conectividade das redes em um mundo descentralizado – o maior símbolo das relações em rede – é fortalecida pelas normas jurídicas apropriadas. Entretanto, [as relações em rede implicam uma nova dinâmica de divisão: a diferença entre efeitos factuais vinculativos e não-vinculativos; ou a separação entre a esfera contratual e a esfera reticular; ou pela divisão entre uma estrutura contratual e posterior concretização, ou a distinção entre uma orientação individual e outra coletiva, ou, ainda, pela diferença entre competição e cooperação].⁵⁸

Finalmente, a respeito da possibilidade de vincular os Estados a mecanismos jurídicos particulares, numa primeira análise, se diria que normas criadas por redes privadas independentes dos Estados, mormente transnacionais, não geram obrigações para os Estados

(Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 307.

56 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 296-297.

57 BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W., The empires's new clothes: political economy and the fragmentation of international law. *Stanford Law Review*, v. 60, n. 2, p. 595-634, 2007. p. 599, 610.

58 TEUBNER, G. And if i by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 115-136, 2009. p. 133.

onde atuam, senão para os próprios elementos da rede, mesmo que seus efeitos sejam similares aos de atos estatais. Contudo, é importante colocar esse novo fenômeno em um quadro mais amplo, mesmo que se chegue às mesmas conclusões.

O direito pós-nacional é construído pelas interações entre diferentes camadas nas esferas nacional, internacional e transnacional, com diferentes racionalidades, fenômeno nomeado de “policontextualização do direito”. Dessa forma, esse novo direito formado por uma ampla rede normativa não coincide tampouco deve ser confundido com o tradicional direito internacional.⁵⁹

Agora os atores do direito internacional, além do Estado e das Organizações Internacionais, ganham mais densidade no plano internacional, com capacidade de criar normas imponíveis a grupos humanos, por vezes mais densas e efetivas do que as normas interestatais. O direito internacional torna-se mais especializado e mais complexo, conforme a própria sociedade global se especializa e se torna mais complexa. Nesse caso, não significa que essas normas sejam cogentes para os Estados, mas seriam normas de um direito pós-nacional, criando-se novas fontes do direito, mas não do direito internacional, que se tornam imponíveis de formas distintas a diferentes atores que compõem uma nova esfera global. O direito pós-nacional viria principalmente desses conjuntos de relação globais (ou transnacionais), mas não necessariamente inter(nacionais). Não é conveniente falar em novas fontes do direito internacional, mas em novas fontes de um direito pós-nacional ou de um conjunto de novos elementos cognitivos que servem de sustentação de um direito internacional, sem o qual esse direito simplesmente inexistente na realidade atual.⁶⁰

Embora a autonomia seja a base do direito privado, não há uma estrutura organizacional para tutelar as relações em rede. Não é possível supor que institutos jurídicos autônomos produzidos pelos nós da rede gerem comportamentos obrigatórios uma vez que se fundam não num acordo específico, mas em comportamentos factuais decorrentes de “contatos sociais”, cuja vagueza do termo constitui obstáculo ao

59 TEUBNER, G. *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997. p. 770.

60 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-docência) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. f. 296, 455 – 456.

desenvolvimento de regras adequadas. Sem um centro, sem uma liderança, sem uma administração unificada e sem uma única representação autorizada, os vários nós das relações em rede são atores coletivos que operam, simultaneamente, em seu próprio nome e em nome da rede. Eles produzem, por meio de ações individuais, compromissos coletivos, cujos efeitos sociais devem ser reforçados por regras jurídicas. Contudo, devido a essa confusa e estranha fragmentação do coletivo em múltiplos eixos individuais de decisões, as relações em rede não têm sido adequadamente absorvidas pela lei.⁶¹

5 Considerações finais

Constam do diversificado arcabouço normativo do direito pós-nacional uma modalidade de normas edificadas por entes transnacionais privados, tomando seus próprios interesses como se fossem públicos, abdicando de regular apenas interesses individuais e passando a concorrer com o direito público na tutela de interesses coletivos.

O padrão jurídico clássico, caracterizado por normas produzidas por entes soberanos e hierarquicamente organizadas dentro da racionalidade do sistema, cede espaço para uma multiplicidade de subsistemas jurídicos autônomos, sem coordenação entre si e com sanções próprias, cujas relações são marcadamente heterárquicas. Assim, o fundamento de validade desses mecanismos migra da lógica democrática para a estabilidade das relações em rede. Atualmente, há grande debate jurídico relativo ao reconhecimento de novas fontes jurídicas criadas mediante relações heterárquicas e autovalidadas por atores privados – como indivíduos e empresas, na qualidade de novos sujeitos de direito internacional – *vis-à-vis* os fundamentos do direito internacional consagrados, desde o século XVIII, a partir da perspectiva tanto da teoria positivista contemporânea, quanto da teoria do direito natural.

A validação de normas jurídicas privadas ocorre fora dos domínios do Estado-Nação, especificamente, no comportamento e na credibilidade dos atores, verdadeiros legisladores, envolvidos em determinado subsistema jurídico, a exemplo da *lex desportiva* ou da *lex eletronica*. Antigos dilemas quanto à hierarquia são resolvidos se entendermos que esses direitos contratuais

criam regras primárias convencionadas entre as partes, como se dá no âmbito da arbitragem. Até mesmo a questão de um sistema de coerção é solucionada com a aplicação de sanções pelos próprios atores entre si, como se dá na *lex mercatoria*. Todavia, se essa ampla rede normativa privada, por um lado, não se traduz no clássico direito internacional, por outro, tampouco permite que se anuncie o advento de um novo direito internacional.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENVENISTI, E.; DOWNS, G. W., The empires's new clothes: political economy and the fragmentation of international law. *Stanford Law Review*, v. 60, n. 2, p. 595-634, 2007.

BURKE-WHITE, W., International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, v. 25, p. 963-979, 2004.

DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit*. Le pluralisme ordonné, Paris: Seuil, 2005. v. 2

ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Fontes do direito: o direito internacional como a grande norma kelseniana. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL. 7., 2009, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Juruá, 2009. v. 17.

HART, H. *O conceito de direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Tradução Marco A. Zingano. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*, reissue with a new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of international law? postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, v. 15, p. 553-575, 2002.

61 TEUBNER, G. And if i by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure, In: *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 115-136, 2009, p. 118, 122-123, 130.

- KRISCH, Nico. *Beyond constitutionalism: the pluralism structure of postnational law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KRISCH, Nico. International law in times of hegemony: unequal power and the shaping of the international legal order. *European Journal of International Law*, p. 369-378, 2005.
- LADEUR, Karl-Heinz. New institutions for the protection of privacy and personal dignity in internet communication: “information broker”, “private cyber courts” and network of contracts. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 10, n. 1, p. 281-296, 2013.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 2v.
- OST, F. *Legal system between order and disorder*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.
- SLAUGHTER, A. M. *The new world order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- TEUBNER, G. And if i by beelzebub cast out devils: an essay on the diabolics of network failure. *German Law Journal*, v. 10, n. 4, p. 115-136, 2009.
- TEUBNER, G. *Constitutional fragments*. Oxford: OUP, 2012.
- TEUBNER, G. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Tradução de N. Boucquoy. Paris-Bruxelles: Story-LGDJ, 1994.
- TEUBNER, G. *Global law without a state*. Hants: Dartmouth, 1997.
- TEUBNER, G. Les multiples corps du roi: l'auto-destruction de la hiérarchie du droit, In: *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue?* Paris: Frison-Roche, 1999.
- TEUBNER, G. The king's many bodies: the self-desconstruction of law's hierarchy. *Law and Society Review*, v. 31, n. 4, p. 763-787, 1997.
- TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de direito internacional*. Brasília, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012.
- TURGIS, Sandrine. *Les Interactions entre les norme internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: A. Pedone, 2010.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do direito: direito internacional, globalização e complexidade*. 2012. 606 f. Dissertação (Tese de Livre-Docencia) -- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Direitos humanos: o paradoxo da
condição humana e do mercado
autorregulado**

**Human Rights: the paradox of the
human condition and the self-
regulatory market**

Leilane Serratine Grubba

Direitos humanos: o paradoxo da condição humana e do mercado autorregulado*

Human Rights: the paradox of the human condition and the self-regulatory market

Leilane Serratine Grubba**

Resumo

Este artigo busca compreender o discurso tradicional e ocidental dos direitos humanos, bem como a sua relação (ou não) com o paradoxo da condição humana e do mercado autorregulado. Nesse sentido, por meio do método dedutivo, o artigo analisará, em seu capítulo primeiro, o paradoxo da condição humana essencialista, pressuposto pelo discurso tradicional dos direitos humanos. Sequencialmente, o artigo analisará o paradoxo do mercado autorregulado. Este trabalho compreende que há relação indissociável entre o paradoxo do mercado autorregulado e a concepção de direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Paradoxo. Condição humana. Mercado. Dignidade.

Abstract

This article aims the human rights, and objectives to undertake a deconstruction the traditional and Western human rights discourse, and its relation with the paradox of the human condition and the regulated market. Accordingly, through the deductive method, this paper will analyze, in his first chapter, the paradox of essentialist human condition presupposed by traditional discourse of human rights. Sequentially, the article will examine the paradox of self-regulated market.

Key-words: Human rights. Paradox. Human condition. Market. Dignity.

1 Introdução

Os direitos humanos, como são entendidos tradicionalmente, referem-se aos textos jurídicos: são palavras (criações humanas). São o que o próprio verbo descreve: Convenções, Pactos, Declarações. Em suma, são o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Nacional dos Direitos Humanos.

Para entendermos o que significa essa formulação dos *direitos humanos* e as suas implicações sociais, culturais, econômicas e políticas, em primeiro lugar, também é necessário compreendermos, além dos processos de sua construção, que culminaram na universalização de uma única visão da natureza humana, dotada abstratamente de direitos, as fissuras desse discurso. Entender os direitos humanos também pressupõe entendermos os seus paradoxos mais latentes.

*Recebido em 03.02.2014

Aceito em 04.04.2014

**Doutorado em direito em andamento (PPGD/UFSC). É mestre em direito (PPGD/UFSC), professora de direito (UFSC) e coautora dos livros *Conhecer Direito I* e *Conhecer Direito II*.
E-mail: lsgrubba@hotmail.com

2 O paradoxo da condição humana essencial

Contemporaneamente, em pleno século XXI, ainda se utiliza de uma noção a-histórica dos direitos humanos que garante *universalmente* direitos a todos e todas, sendo o destinatário da norma uma espécie de ser humano *essencialista* e *ideal* (desvinculado do seu contexto geográfico, temporal, cultural, político, etc.), os direitos positivados em normativas nacionais e internacionais.

De fato, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda somos marcados pelo caráter individualista dos direitos – que envolve apenas os direitos à vida, à igualdade e à propriedade –, apesar da previsão de direitos sociais, assim como universalmente a-histórica e essencialista da natureza humana.

A Declaração, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1948), estabelece como seu fundamento a dignidade intrínseca e os direitos iguais e inalienáveis a todos os seres humanos. No mesmo sentido, Rodrigues¹ afirmou que, por meio “[...] desta ideia de direitos naturais da espécie humana, o discurso dos direitos humanos recorre a uma transcendentalização que os coloca fora da história e do contexto de seu surgimento e construção”.

O discurso místico dos direitos humanos transforma os humanos em seres universais e essencialistas, ou seja, abstratos, deixando de lado os humanos concretos que vivem em sociedade. Esse ideal de humano, para usarmos a expressão de Bacon², reside no seguinte fato “[...] a forma de uma natureza dada é tal que, uma vez estabelecida, infalivelmente se segue a natureza. Está presente sempre que essa natureza também o esteja, universalmente a afirma e é constantemente inerente a ela.”

Nesse sentido, esbarramos num grande paradoxo do discurso dos direitos humanos, ou seja, o paradoxo da condição humana: é possível afirmar a existência de uma natureza humana eterna e imutável?

Em seu livro *Teoria crítica dos direitos humanos*, Herrera Flores³ relembra o livro intitulado *El derecho de ser*

1 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O discurso dos direitos humanos como veículo da dominação exercida pelos países centrais. In: CAUBET, Christian Guy. (Org.). *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 35-56.

2 BACON, Francis. *Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Pará de Minas: M&M, 2003. p. 67.

3 HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de

Janeiro, publicado pela Organização das Nações Unidas – UNESCO –, no qual o intento de rastrear, ao longo da história da humanidade, signos e vestígios que demonstrassem as raízes *universais* dos direitos humanos e não apenas enquanto conceitos ocidentais, ocultava a maneira pela qual se uniformizou e homogeneizou as distintas formas de vida e processos culturais. Em que pese o esforço intercultural, “[...] o que subjazia implicitamente era que os direitos humanos, tais como os entendemos no Ocidente, já estavam presentes nas manifestações mais primitivas da evolução humana”.

Sob essa ótica ocidental, tanto a condição humana – fórmula de Hannah Arendt⁴ – quanto suas manifestações e, dentre elas, os direitos humanos, podem ser apresentados de maneira homogênea e naturalizados ao longo da história evolutiva.

A banalização do mal, noção extraída de Arendt⁵, pode ser entendida como uma detenção a essa contínua evolução do humano enquanto ser abstratamente detentor de direitos. E assim, principalmente depois do julgamento formal em Nuremberg dos genocídios nazistas, o conceito de condição humana foi utilizado como justificação ideológica do progresso dos direitos humanos.

As experiências nazistas foram consideradas exceções à condição humana. Contudo, adotar essa assertiva significa deixarmos de perceber as demais exceções, tão recorrentes que deveriam ser consideradas regras na história da humanidade. A título de exemplo, mencionaremos os genocídios franceses, portugueses, espanhóis.

Mencionamos como um exemplo atual o apoio militar, político e financeiro da França aos dirigentes Hutus, na Ruanda, em 1994, responsáveis pelo massacre de mais de 800 mil civis. Isso sem contar o genocídio francês durante a colonização da Argélia, em 1830, bem como durante o período da guerra de independência, intensificada a partir dos anos 50, do século XX.

Citamos também o tráfico *negreiro* de africanos em navios para serem vendidos como mercadorias nas colônias americanas. No Brasil, por exemplo, o projeto colonial de exploração das riquezas naturais resultou no tráfico de africanos para seres vendidos como escravos:

Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 49.

4 ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

5 ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

foram cerca de 4 milhões de escravos negros vindos da África de maneira forçada⁶.

Aproximadamente 50,6% da população brasileira, em 1817, era constituída de escravos, os quais morriam essencialmente de extenuação após 5 ou 7 anos de trabalho árduo e forçado⁷.

Além de serem vendidos como mercadorias, os escravos *pertenciam*, tal como objetos, aos seus senhores, não gozando de nenhum direito. No Brasil, a escravidão somente foi abolida em 13 de maio de 1888⁸.

Em se tratando da América Latina, embora não seja possível afirmar uma unificação da configuração dos acontecimentos históricos, de maneira geral, a escassez de mão-de-obra, à época da colonização, motivou que trouxessem à força escravos africanos. Para tanto, a Coroa espanhola reservou para si o monopólio do *comércio (des)humano*, que foi a *mercadoria* que mais gerou receitas para os cofres reais, tendo exercido por meio de concessões. Além disso:

Essa exploração se tornou mais intensa e sistemática com a revolução industrial e tecnológica que chegou finalmente a nossas repúblicas... e continua chegando. Com ela é mantido um colonialismo econômico: os poderes do dinheiro continuam explorando o pobre, mas desta vez não em nome de uma distante metrópole, mas em nome dos princípios do capitalismo liberal⁹.

Esse desenvolvimento da história da América Latina é criticado por Dussel¹⁰. A sua grande ressalva reside no fato de que, por mais que não possamos negar o núcleo libertário associado à *Modernidade*, tampouco podemos negar a face oposta desse processo de modernização, que se vincula ao exercício de violência nas colônias, física e cultural, bem como à postura assimilacionista ou à postura de eliminação, ambas voltadas à negação da diversidade.

6 ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres: desafios da vida na sociedade*. São Paulo: Vozes, 1991. (Série V). p. 36-44.

7 ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres: desafios da vida na sociedade*. São Paulo: Vozes, 1991. (Série V)

8 BEOZZO, José Oscar. *História da Igreja no Brasil II*. Petrópolis: Vozes, 1980. p. 259.

9 ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres: desafios da vida na sociedade*. São Paulo: Vozes, 1991. (Série V). p. 17-18.

10 DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 10-50.

Além disso, enquanto os nativos, os negros e os mestiços eram considerados inferiores e culpados por se negarem ao ajuste do *modo civilizado* de vida, os colonizadores eram percebidos como *inocentes* que buscavam ajudar os *inferiores*¹¹.

No que toca à postura assimilacionista e eliminatória, a inversão da *condição humana* reside no seguinte raciocínio: o povo nativo da América Latina – os indígenas – foi visto como *igual* no plano divino, o que gerou uma postura assimilacionista, a qual, por outro turno, não deixou de percebê-los como seres inferiores, visto que a vontade dos colonizadores foi imposta¹².

A recusa dos nativos em converterem-se à religião católica ou a negativa de entrega das *riquezas*, serviu como justificativa para o emprego de meios coercitivos, assim como a possibilidade da escravidão dos índios, raciocínio que desconhece a condição de *sujeito* dos povos nativos e a negação de sua *humanidade*¹³.

Ora, se a população nativa da América Latina era tida como inferior, não deveriam ter agido civilizadamente os espanhóis, os quais, em nome dessa mesma noção de civilização, dizimaram populações inteiras? Sobre essa questão, dissertou Las Casas:

Faziam apostas sobre quem, de um só golpe de espada, fenderia e abriria um homem pela metade, ou que, mais habilmente e mais destramente, de um só golpe lhe cortaria a cabeça, ou ainda sobre quem abriria melhor as entranhas de um homem de um só golpe. Arrancavam os filhos dos seios da mãe e lhes esfregavam a cabeça contra os rochedos enquanto que outros os lançavam à água dos córregos rindo e caçoando, e quando estavam na água gritavam: *move-te, corpo de tal?! Outros, mais furiosos, passavam mães e filhos a fio de espada*¹⁴.

O que dizer da situação do México que, antes da conquista espanhola, era habitado por uma população aproximada de 25 milhões e após, em 1600, de apenas 1

11 DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 10-50.

12 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 11-15.

13 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 11-15.

14 LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relação da destruição das Índias: o paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola*. Porto Alegre: L&PM, 1991. p. 32.

milhão? Para ilustrar, mencionamos a descrição de um massacre em uma aldeia asteca:

Um espanhol, subitamente, desembainha a espada (que parecia ter sido tomada pelo diabo), e imediatamente os outros cem fazem o mesmo, e começam a estripar, rasgar e massacrar aquelas ovelhas e aqueles cordeiros, homens e mulheres, crianças e velhos, que estavam sentados, tranquilamente, olhando espantados para os cavalos e para os espanhóis. Num segundo, não restam mais sobreviventes de todos os que ali se encontravam. Entrando então na casa grande, que ficava ao lado, pois isso acontecia diante da porta, os espanhóis começaram do mesmo jeito a matar a torto e a direito todos os que ali se encontravam, tanto que o sangue corria de toda parte, como se tivesse matado um rebado de vacas¹⁵.

Podemos falar que existe uma inversão discursiva que permitiu a justificação dessa (ir)racionalidade sob o manto da *guerra justa*? Ou seja, para alguns, a conquista e a destruição foram vistas como a possibilidade de fazer com que o *bárbaro não-civilizado* saísse dessa condição de barbárie.

Para outros, todavia, como o dominicano Bartolomé de Las Casas¹⁶, embora ainda possamos falar de uma postura assimilacionista, existiu o reconhecimento dos nativos na condição de *sujeitos* ao intentar a sua compreensão e não a sua submissão.

Houve, desde essa época, um pedido de tratamento mais humano aos nativos, mesmo que sob o manto assimilacionista. Por esse motivo é que Las Casas foi considerado o primeiro defensor dos *direitos humanos* na América Latina¹⁷.

E quanto ao Congresso de Berlim de 1885, que dividiu inteiramente a África entre as potências europeias e submeteu-a sob o império colonizador europeu? Mais recentemente, o que se afirmaria do neocolonialismo norte-americano e de alguns países europeus no território Afegão, após os ataques de 11 de setembro de 2001?

E no que toca ao território Iraquiano, invadido sob a justificativa de livrar o país das garras do autoritarismo? Não foi esse território submetido perante outro autoritarismo, muito mais invasivo e mundial: o da própria concepção ocidental, principalmente Norte-Americana, de democracia, que findou na tentativa de submeter os iraquianos ao total do mercado e às concepções localistas ocidentais de como se impõe a organização de sua sociedade?

E a atual intervenção no território da Líbia, autorizada pela Organização das Nações Unidas em 2011, não somente em nome dos *direitos humanos*, mas principalmente em nome do princípio democrático? Não se referem esses exemplos, à banalização do mal?

Conforme afirmou Herrera Flores¹⁸, as exceções à condição humana estão presentes de modo tão reiterado na história que se deve suspeitar se a maior banalização do mal não seria deixar de considerar que a verdadeira desumanização são os atos que impedem o ser humano de assumir-se enquanto ser humano, dotado de potencialidade de lutar por sua igualdade e liberdade, bem como de fazer valer sua concepção de sociedade e seu modelo de organização sociocultural e política.

Prosseguiremos, então. Hugo Grotius (Grócio), considerado frequentemente o fundador do direito internacional público, foi um dos maiores expoentes do jusnaturalismo. Sua obra se caracterizou pela tentativa de conduzir o contexto internacional do século XVII, marcado por um longo período de guerras, a um equilíbrio e ao resgate da paz para a manutenção das relações entre os Estados¹⁹.

Seu texto, *on the law of war and peace – De jure belli ac pacis* – tentou fornecer um sistema metódico de jurisprudência natural – *jus gentium* – para o elogio à paz como bem fundamental da sociedade internacional²⁰.

Contratado pela Companhia Holandesa das Índias Orientais, Grócio publicou *Mare Liberum*, no qual, ao tratar do problema da jurisdição dos oceanos, das rotas marítimas e das novas terras descobertas, aventou princípios legitimadores da expansão marítima holandesa, assim como um questionamento a respeito da extensão da soberania dos Estados, visando à

15 TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 136-137.

16 LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relação da destruição das Índias: o paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola*. Porto Alegre: L&PM, 1991. p. 32.

17 DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 160-180.

18 HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 52.

19 GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Londres. 1814.

20 GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Londres. 1814.

incorporação de novas regiões – legitimação do colonialismo²¹.

Como considerar esse autor, então, um dos pais do *direito das gentes* e defensor da paz, quando, por outro lado, sob ordens da Companhia Holandesa das Índias, defendeu o colonialismo e a rapina dos territórios sob a soberania dos Estados europeus?

Mais do que isso, o que falar da atitude ambivalente dos Estados Unidos da América que, ao mesmo tempo em que reclama o respeito e o cumprimento dos *direitos humanos* por parte de todos os demais países, mantém centenas de pessoas condenadas à pena capital, na angústia de esperar a morte, que pode ocorrer imediatamente ou em um futuro incerto.

Ou então, o que falar daqueles que, em nome do direito à vida, lutam pela vedação dos meios de interrupção da gravidez, normalmente em razão de fins religiosos, ou daqueles que, por detrás da defesa de uma política de paz, apoiam a liberalização do aborto?²². Nesse sentido, parece que os direitos humanos se encontram no interstício, ora se configurando como produtos culturais, ora aos reclamos ideológicos.

A Turquia, por exemplo:

[...] censura o ocidente de utilizar a questão dos direitos humanos para desacreditar os Estados não-ocidentais, considerando-a um instrumento do neocolonialismo. Mas também a universalidade dos direitos humanos em si mesma é questionada. A Turquia invoca sua tradição cultural específica que a autorizaria a defender sua própria concepção de direitos humanos e a adotar uma atitude também específica a este respeito²³.

Seguindo o caminho traçado, ocidentalmente, preceituam-se os direitos humanos sob a noção de *geração de direitos*, por meio de uma linha temporal-evolutiva unilateral, segundo a qual os direitos vão se sucedendo uns aos outros a partir da própria evolução da condição humana.

Segundo Herrera Flores²⁴, a construção da ideia de *geração de direitos* não é neutra, tampouco possui efeitos

21 GROTIUS, Hugo. *The freedom of the seas*. New York: Oxford University Press, 1916.

22 FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Mas Limonad, 2003. p. 16.

23 FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Mas Limonad, 2003. p. 44.

24 HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de

meramente retóricos ou pedagógicos. Constituindo-se a partir de um rol ontológico de direitos universais, pressupõe sempre uma superação dos direitos já conquistados em determinado momento histórico.

Para bem ilustrar a confusão a que remete o termo *gerações*, Arruda Júnior e Gonçalves²⁵ podem expor os seguintes questionamentos:

- a) quem se diz livre (*primeira geração*), quando não tem acesso a um emprego (*segunda geração*)?
- b) é possível afirmar a igualdade (*primeira geração*) de quem não possui educação (*segunda geração*)?
- c) exerce seu direito ao sufrágio universal (*primeira geração*), quem trocou seu voto por alimento ou quem não possui conhecimentos suficientes para deliberar sobre a escolha do candidato (*segunda geração*)?
- d) como compreender o direito à vida (*primeira geração*) de alguém que não tem acesso à saúde (*segunda geração*)?

Nesse mesmo sentido, quando se referem aos *direitos fundamentais*, Lamy e Rodrigues²⁶ se preocupam em utilizar o termo *dimensões* dos direitos em detrimento ao termo *gerações*. Primeiramente, em razão de que o termo substitutivo melhor se refere ao *desenvolvimento* histórico dos *direitos*. Em segundo lugar, buscam evitar a falsa noção de sucessão dos direitos no tempo, ao invés da necessidade da garantia de todas as *dimensões* conjuntamente.

Conforme Sarlet²⁷, a discordância reside essencialmente na esfera terminológica: o termo *geração* de direitos. Existe um consenso no que tange ao conteúdo das ditas *gerações* de direitos, visto que se refere aos direitos que foram sendo *positivados*, tanto em âmbito nacional quanto internacionalmente, em determinadas épocas históricas.

Se por um lado, não podemos negar o reconhecimento progressivo de novos direitos, por outro lado, ao utilizarmos a expressão *geração de direitos* podemos ensejar a imagem de uma falsa substituição

Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 52-53.

25 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Direito: ordem e desordem, eficácia dos direitos humanos e globalização*. Florianópolis: IDA, 2004. p. 29.

26 LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1. p. 161-162.

27 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

gradativa desses direitos, como se a positivação de novos direitos tivesse o condão de sobrepor-los aos anteriormente positivados, bem como a falsa impressão de que não existe mais necessidade de garantia dos anteriores²⁸.

Todavia, os *direitos positivados* não se substituem ao longo do tempo, mas se encontram em processo contínuo de expansão, cumulação e de garantia²⁹.

Decorre desse problema a noção da *indivisibilidade* dos direitos, o que significa serem eles *não-hierarquizáveis*, ou seja, é vedada a justificação da efetivação de alguns direitos (principalmente os direitos individuais), em detrimento dos demais³⁰.

Romper com a noção de geração de direitos e sua consequência mais óbvia, a passividade e inação a que leva aos humanos à luta pela dignidade humana, ante a aparência de conquista evolutiva dos direitos, pressupõe a decisão de, em todas as análises, partirmos dos contextos reais.

A condição humana é *condicionada* aos contextos reais nos quais o humano vive e, por consequência, varia geográfica, espacial e temporalmente. Não é, nem pode ser, linear ou evolutiva. Pressupõe quebras, rupturas, prosseguimentos e retrocessos.

Os direitos humanos, enquanto reação aos contextos – social, político, econômico, etc. – nos quais os humanos habitam, não depositam sua validade ou justiça em critérios geracionais, pois toda a forma de luta pela dignidade tem igual importância. Sua validade reside na aptidão que estas manifestações e lutas adquirem à hora de ascender aos bens materiais e imateriais necessários a uma vida digna.

Nesse sentido, a condição humana, para além de ser *condicionada*, também é *condicionante*, visto que por meio das atuações contrárias aos processos injustos de divisão do fazer humano, também podemos construir positivamente as condições concretas aptas a garantir a dignidade e a vida em igualdade substancial.

3 O paradoxo do mercado global autorregulado

28 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

29 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1. p. 24-25.

30 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1. p. 25.

O próximo paradoxo é a questão do mercado. O mercado não só é o grande paradoxo, como também foi e continua sendo a grande *aposta*. Historicamente, o *mercado* pode ser definido como um conjunto de normas, procedimento e regras que foram regulando a produção e o intercâmbio de bens.

Contudo, conforme Williams³¹, esse conceito (descrição) difere em muito da concepção de mercado que se iniciou com a modernidade ocidental e o novo modo de produção (mercado autorregulado), que renega quaisquer conjuntos de normas ou procedimentos que obstaculizem, mesmo que minimamente, a premissa básica de acumulação desenfreada do capital.

No sentido acima delineado por Williams³², mencionamos o expoente da ciência econômica *clássica*, Adam Smith³³. Em seu livro *A riqueza das nações*, considerou que a riqueza das nações deriva da liberdade de mercado, instituição esta que modernamente foi apropriada em sua integridade pelo *capital*.

Ou seja, existe um gradativo desaparecimento das regulações de intercâmbios de bens, do ponto de vista do valor do uso, para o aparecimento e desenvolvimento do intercâmbio pautado pelo valor da troca (processo de acumulação)³⁴.

A substituição do valor de uso das mercadorias pelo valor de troca gera um processo contínuo e irrestrito de acumulação do capital, produtor de aparente *escassez* que só faz aumentar o valor da acumulação, sempre oposta a qualquer tipo de regra possa diminuir ou obstaculizar seu crescente avanço.

O mercado converte-se em uma entidade que admite somente suas próprias regras e procedimentos: torna-se autorregulado. Podemos falar, nesses termos, da mão invisível do mercado³⁵.

Ante o convívio, por mais de sessenta anos, da instituição do mercado juntamente com os direitos humanos, não seria possível considerarmos que a mão

31 WILLIAMS, Raymond. *El campo y la ciudad*. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós, 2001.

32 WILLIAMS, Raymond. *El campo y la ciudad*. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós, 2001.

33 SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

34 SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

35 SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultura, 1996. p. 438.

invisível do mercado é, de tal forma, tão invisível, que penetra no próprio conceito dos direitos humanos?

Conforme afirmou Herrera Flores³⁶, no que toca aos direitos humanos, os direitos individuais se sobressaem, uma vez que não necessitam de intervenção alheia. Já os direitos sociais, econômicos e culturais sofrem um processo de degradação, visto que necessitam de intervenções³⁷.

Por esse motivo, Rodrigues³⁸ afirma que o discurso dos direitos humanos serve “[...] como instrumento ideológico de legitimação da dominação capitalista sobre o terceiro mundo.” Isso explica o fato de os direitos individuais e políticos, de origem burguesa e caráter liberal, se sobreponham aos demais direitos, que demandam uma modificação estrutural na sociedade de cunho econômico.

Assim, quando falamos em direitos humanos, os direitos individuais, civis e políticos são plenamente exigíveis e são acompanhados de mecanismos jurídicos à sua satisfação.

Todavia, no âmbito do Estado Democrático liberal, os *direitos sociais, econômicos e culturais* formalizaram-se enquanto normas programáticas, pois que não possuem normas jurídicas que as garantam, nem tampouco possibilidade de concreta cobrança jurídica para a sua efetivação.

E assim, resulta que o mercado e seu conjunto de regras e procedimentos que legitimam a ordem capitalista, em última instância, vai selecionar quais os direitos a serem implementados em detrimentos dos demais.

Por isso, devemos compreender que os seres humanos estão imersos em variadas relações, que podem ser necessárias e independentes da sua vontade e que, essencialmente, se configuram como relações de produção, as quais correspondem diretamente ao grau de desenvolvimento das suas formas produtivas materiais.

Ora, o conjunto dessas *relações de produção* constitui a estrutura (base) econômica da sua sociedade, que por

sua vez não deixa de se estabelecer como a base concreta sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política e às quais correspondem determinadas formas de consciência social.

Nesse sentido, tanto a vida social, política, intelectual, etc., condicionam o modo de produção da vida material, quanto o próprio modo de produção da vida material condiciona o processo da vida, podendo incluir os humanos como sujeitos do *suposto pacto social*, mas também alijá-los³⁹.

Já no ano de 1990, o primeiro *Relatório de Desenvolvimento Humano* – PNDU, das Nações Unidas (1990), apresentou o recém-criado *Índice de Desenvolvimento Humano* – IDH, cuja premissa maior residia na consideração de que a questão econômica de uma determinada região (rendimento nacional) deveria ser necessariamente vinculada a outras questões, de cunho econômico, mas essencialmente social, como a esperança de vida e a alfabetização.

Salientamos que o desenvolvimento humano, além de estar relacionado com a saúde, a educação e ao rendimento (parâmetros utilizados pelo índice), também se vincula à equidade, à sustentabilidade e à liberdade. Assim, por mais que o IDH indique uma progressão no desenvolvimento, esse fato não implica, necessariamente, a exclusão das dimensões mais amplas não abrangidas.

Por isso, é possível que um país apresente um IDH elevado e, ao mesmo tempo, ser insustentável, não democrático e não equitativo, da mesma forma em que é possível que um país detenha um IDH baixo, mas que seja relativamente sustentável, democrático e equitativo. Esse fato em razão de que não existe um padrão direto que relacione o IDH às demais dimensões do desenvolvimento, excetuada a desigualdade, que se relaciona negativamente com o IDH.

Devemos mencionar que o IDH não objetiva se constituir em um indicador inatacável do bem-estar, mas em redirecionar as atenções de todos e todas no sentido do desenvolvimento humano, visando promover o debate para fazer progredir as sociedades contemporâneas.

Para tanto, o IDH reflete o resultado da conexão de quatro indicadores, os quais se refletem em três dimensões, ou seja: o indicador da esperança de vida à

36 HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 61.

37 LAMY; RODRIGUES, 2010, p. 170; SARLET, 2010, p. 248.

38 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O discurso dos direitos humanos como veículo da dominação exercida pelos países centrais. In: CAUBET, Christian Guy. (Org). *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

39 MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979. p. 64.

nascença (dimensão da saúde), os indicadores de média de anos de escolaridade e de anos de escolaridades esperados (dimensão da educação) e indicador do rendimento nacional bruto per capita (dimensão de padrões de vida). Assim, o IDH é a média geométrica dos três índices de dimensão. Trata-se de um método que captura o nível de desempenho de um país em todas as três dimensões⁴⁰.

Não obstante esse primeiro índice ter considerado apenas as médias nacionais, as quais desconsideravam as assimetrias de distribuição, expressou a medida a ser perseguida futuramente: as pessoas são a verdadeira riqueza de uma nação. Essa foi a grande visão do economista indiano Amartya Sen⁴¹ e do criador do Relatório, o paquistanês Mahbub ul-Haq.

Vinte anos depois, no Relatório de 2010, tornou-se muito mais concreta a visão de que o sucesso de um país ou mesmo o bem-estar de um indivíduo não podem ser considerados apenas pela questão monetária. Embora importante, visto que sem recursos, o desenvolvimento se torna quase impossível dentro da lógica capitalista, é necessária a avaliação da qualidade e quantidade da vida (longevidade), da educação, quantitativa e qualitativamente, a capacidade de utilização crítica do conhecimento e a escolha do próprio destino⁴².

Em última instância, o bem-estar pouco tem a ver com o dinheiro e muito mais com o desenvolvimento, com as possibilidades que cada um e cada uma tem de optar por planos de vida e caminhar ao encontro deles. Diante disso, a Organização das Nações Unidas, por meio do Relatório de Desenvolvimento Humano, apelou para uma economia renovada, isto é, uma economia de desenvolvimento humano, na qual o principal objetivo é aumentar o bem-estar humano e o seu crescimento, a curto e longo prazo⁴³.

40 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

41 SEN, Amartya. *Poverty and Famines: an essay on Entitlement and Deprivation*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1983.

42 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

43 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>.

Daí porque, consoante o Relatório, as políticas derivadas do *Consenso de Washington* se tornaram prescrições universalizadas indefensáveis, embora ainda praticadas. A importância reside nas teorias sobre o desenvolvimento que lhe são antagonicamente concorrentes, as quais compartilham do reconhecimento da necessidade de uma ação pública de regulação da economia para a proteção do ser humano, notadamente os que se encontram em situação vulnerável (saúde, educação, ameaças climáticas, etc.), bem como percebem que a luta pela redução da pobreza implica na alteração dos níveis de distribuição dos rendimentos⁴⁴.

O progresso do IDH é patente. Todavia, ao longo de 40 anos (1970-2010), os melhoramentos no campo da saúde e da educação não foram acompanhados de um real melhoramento no quesito rendimento. Esse fato nos leva a considerar a importância da análise da complexidade econômica.

Até porque, conforme Charles Kenny⁴⁵, inexistente uma correlação absoluta entre as três esferas acima mencionadas: o crescimento econômico não é indispensável ao progresso na saúde e na educação.

Podemos extrair desse discurso a desnecessidade de uma distribuição equitativa de rendimentos para angariar o progresso humano, legitimadora do capitalismo moderno. Ainda assim, parece imprescindível entender a real importância da consideração da análise econômica, esfera que influi, em que pese não absolutamente, em todas as demais facetas da vida humana.

Portanto, existe uma relação causal, visto que rendimentos mais elevados determinam uma melhor qualidade de vida, de saúde e de educação, ao passo que a maior qualidade dessas três instâncias podem tornar as sociedades mais produtivas. Nesse sentido, segundo as Nações Unidas:

[...] rendimento aumenta o domínio das pessoas sobre os recursos necessários para a obtenção de acesso a comida, abrigo, vestiário e opções de vida mais amplas. Esses recursos também possibilitam

Acesso em: 30 mar. 2011.

44 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011. p. 21.

45 KENNY, Charles. There's more to life than money: exploring the levels/growth paradox in health and education. *Journal of international development*, v. 21, n. 1, p. 24-41, 2009.

que as pessoas avancem com os seus planos de vida sem estarem excessivamente limitadas pelas necessidades materiais – como o trabalho em atividades significativas e intrinsecamente compensadoras ou a passagem de mais tempo com os entes queridos. [...] Os nossos resultados não negam a importância do rendimento mais elevado para o aumento do acesso das pessoas pobres a serviços de saúde e educação, um resultado extensivamente documentado na literatura microeconómica. A forte correlação entre a situação sócio-económica e a saúde numa sociedade reflecte, com frequência, a vantagem relativa das pessoas mais ricas na obtenção de acesso a serviços de saúde⁴⁶.

A ausência de determinação absoluta significa que estamos tratando de um índice global (médio) de rendimento das diversas localidades, o que não leva a uma análise pormenorizada das disparidades de rendimento real entre as pessoas de uma região.

O que não podemos deixar de verificar, em absoluto, é que a complexidade económica (e financeira do capital globalizada) influi na possibilidade de se alcançar e manter uma vida digna de ser vivida.

Para exemplificar esse fato, salientamos que, com a crise financeira global ocasionada pelo rebentar da bolha imobiliária e pelos colapsos dos bancos estadunidenses, que se estenderam rapidamente à maior parte do mundo, 34 milhões de pessoas perderam o emprego e 64 milhões de pessoas se situaram em padrão abaixo do nível da pobreza (menos de 1,25 dólares por dia). Além disso, outras aproximadas 160-200 milhões de pessoas ficaram em situação de pobreza em razão dos aumentos dos preços das mercadorias nos anos seguintes.

Mais do que isso, segundo o RDH 2010, das Nações Unidas:

[se] os países desenvolvidos foram os mais duramente atingidos pela crise, a capacidade de alguns países em desenvolvimento lidarem com os seus efeitos é mais limitada. Cerca de 40% dos países que enfrentam um abrandamento do crescimento já tinham uma alta taxa de pobreza em 2009 e reduzidas capacidades fiscais

e institucionais para lidar com a volatilidade económica. [...] Os impactos sobre os rendimentos dependem da existência ou não de sistemas adequados de apoio ao desemprego. [...] Quando não existe proteção social, as pessoas que perdem o emprego são obrigadas a fazer a transição para a economia informal, onde os salários são mais baixos e a vulnerabilidade é superior⁴⁷.

Que podemos falar dessas novas milhões que pessoas que se juntaram aos milhões que já sofriam de ausência da possibilidade de um mínimo de dignidade e vida digna? É necessário que as sociedades definam a melhor opção se regras básicas para as relações entre o Estado, a sociedade, as empresas e os trabalhadores, visando assegurar direitos básicos.

Ao invés de crermos na universalidade de receitas político-económicas, devemos incentivar as estratégias de desenvolvimento contextuais, visando a melhor opção possível para políticas redistributivas e para a promoção da igualdade/equidade.

O bem-estar e a vida digna envolvem muito mais do que o dinheiro, do que o capital. Falamos de acesso a bens materiais e imateriais, de uma vida a valorizar, com saúde, educação, identidade cultural, etc.

As políticas do desenvolvimento humano, nesse sentido, devem estar integradas a uma estrutura que apoie um crescimento com equidade e a sustentabilidade.

Nesse sentido, segundo o RDH 2010, das Nações Unidas, no que toca à sustentabilidade, já desde a primeira Cimeira da Terra no Rio de Janeiro, ou seja, ao longo de vinte anos, se demonstrou a importância do ambiente e da preservação dos recursos naturais para o desenvolvimento. Diante disso:

Enfrentamos enormes desafios em questões como as reservas de água, a degradação do solo, as alterações climáticas e uma perda generalizada de diversidade biológica e de serviços ecológicos, desafios esses que levantam novas dificuldades para a promoção do crescimento e do progresso mais vasto no desenvolvimento humano. Uma fraca gestão dos recursos naturais e do ambiente cria uma carga mais pesada para os pobres, que geralmente dependem mais destes recursos para a

46 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011. p. 50-51.

47 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011. p. 84-86.

sua subsistência e não dispõe de activos para se adaptarem a estas alterações ou absorverem este custo adicional. [...] Os danos ambientais não são um exemplo isolado. [...] não é que o crescimento e o desenvolvimento humano não possam avançar em conjunto, mas sim que é um erro grave considerar as reformas políticas e institucionais apenas quanto aos seus efeitos no rendimento, como faz uma grande parte da literatura dedicada ao crescimento. Daí o nosso apelo para uma economia de desenvolvimento humano⁴⁸.

Justamente nesse sentido, podemos situar a importância da *teologia da libertação* para a defesa dos *direitos dos pobres*, principalmente no âmbito da América Latina. Com raízes na Escritura cristã, tomou a forma, nas obras de teólogos latino-americanos, de uma *teoria dos direitos dos pobres*, comprometida com a *práxis* e a libertação⁴⁹.

Existe uma releitura da palavra de Deus e da Igreja, para se construir uma teoria que corresponda à prática social de emancipação e libertação dos *pobres*, a partir da conscientização dos direitos e de sua condição de desigualdade. Para a teoria (ou teologia) da libertação, os *direitos humanos* devem ser entendidos também como *direitos dos pobres*⁵⁰.

Devemos ter em mente que, ao deixar de lutar pelos direitos humanos, porque os consideramos, tal como são concebidos, funcionais ao capital, também deixamos cada vez mais fissuras para que o capital continue a penetrar.

Por mais que os direitos humanos tenham surgido como reações da burguesia, ao lado e, conjuntamente, ao aparecimento das relações sociais baseadas no capital e sejam a elas funcionais, ainda hoje em dia, ao invés de abandonarmos a luta pela dignidade humana, devemos nos posicionar criticamente, reconhecendo a realidade das manifestações de ditas relações e o papel que cumprem simbolicamente os instrumentos de

direitos humanos para que possamos reinventar novos modos alternativos de luta pela vida digna.

Nesse sentido, Herrera Flores⁵¹ nos propõe pensarmos renovadas epistemologias e vias jurídicas, adequadas ao presente contexto mundial, ao invés de tornarmo-nos meros céticos impotentes ante os meios políticos, econômicos e jurídicos do liberalismo progressista keynesiano.

Dentre os dogmas do liberalismo, prevalece à prioridade do direito sobre o bem: necessita-se e luta-se por direitos, não por bens aptos a garantir uma vida digna. E assim, todos os humanos têm direito à vida, porém milhões morrem diariamente por não ter o que comer.

Todos os humanos têm direito à saúde, mas milhares morrem de doenças evitáveis, de doenças já extintas, ou em virtude dos genocídios ocasionados por testes farmacológicos em regiões da África subsaariana⁵².

Garante-se a partir dos direitos, como passo necessário e anterior à dignidade, somente os valores hegemônicos, em razão dos processos de divisão do fazer humano, que faz com que uns possam ascender aos bens por meio dos direitos e que, para outros, seja difícil ou impossível.

O liberalismo constrói a noção de uma liberdade baseada no seguinte postulado: *minha liberdade termina quando e onde começa a do outro*.

Isso significa que a liberdade do indivíduo enquanto auto-realização em condições de igualdade e justiça social, não como autonomia individual, devem ser protegidas do próprio liberalismo que, na sociedade capitalista contemporânea, transformou a liberdade em retórica, a exemplo da liberdade individual de expressão, e concentrou, cada vez mais, o poder político e poder econômico⁵³.

Portanto, não há sequer uma obrigação que tenha o condão de me fazer ajudar o outro, pois a liberdade dele também somente se inicia de modo alheio e

48 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011. p. 110-120.

49 ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres*. desafios da vida na sociedade. São Paulo: Vozes, 1991. (Série V). p. 178-200.

50 ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres*. desafios da vida na sociedade. São Paulo: Vozes, 1991. (Série V). p. 178-200.

51 HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 65.

52 ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.

53 SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Entre a realidade e a utopia: ensaios sobre política, moral e socialismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 259.

desvinculado da minha. Esse postulado tem forte influência ideológica para a legitimação da noção de propriedade privada.

Por mais que um discurso não se baseie em fatos da realidade, tende, além de justificar uma determinada concepção, criar realidade. Modernamente, assistimos a tentativa de justificação e legitimação de uma hegemonia global baseada em somente um sistema de valores, o do mercado autorregulado e da democracia reduzida aos seus aspectos puramente formais e eleitorais.

Sob essa ótica, os direitos humanos não escaparam dos enfoques dominantes e são utilizados, discursivamente, tanto para criar quanto para legitimar essa mesma realidade criada pela ideologia do capital globalizado.

4 Conclusão

O artigo teve por objeto os direitos humanos e objetivou proceder a uma desconstrução do discurso tradicional e ocidental dos direitos humanos, em razão da análise de dois seus paradoxos mais manifestos.

Nesse sentido, o artigo analisou, em seu capítulo primeiro, o paradoxo da condição humana essencial, pressuposto pelo discurso tradicional dos direitos humanos. Conforme vimos, atualmente ainda existe uma noção dos direitos humanos que garante universalmente a todas as pessoas, direitos. Com isso, temos a ideia de um ser humano essencialista e idealista, completamente desvinculado do seu contexto geográfico, temporal, cultural, político, etc.

O paradoxo da condição humana nos questiona se é possível afirmar a existência de uma natureza humana eterna e imutável. Parece que as atrocidades não foram exceções na história da humanidade, mas foram tão recorrentes que deveriam ser consideradas a regra geral.

Nesse sentido, as exceções à condição humana estão presentes de modo tão reiterado na história que se deve suspeitar se a maior banalização do mal não seria deixar de considerar que a verdadeira desumanização são os atos que impedem o ser humano de assumir-se enquanto ser humano, dotado de potencialidade de lutar por sua igualdade e liberdade, bem como de fazer valer sua concepção de sociedade e seu modelo de organização sociocultural e política.

Entendemos que não existe uma condição humana essencialista e eterna, mas que ela é condicionada pelos

contextos reais nos quais o ser humana vive. Justamente por isso, ela varia espacial, geográfica e temporalmente.

Sequencialmente, o artigo analisou o paradoxo do mercado autorregulado. O mercado moderno se converteu numa entidade que admite somente suas próprias regras e procedimentos, isto é, ele se tornou autorregulado. Mais do que isso, após o convívio de mais de sessenta anos da instituição do mercado com os direitos humanos, parece que a mão invisível do mercado penetrou no próprio conceito dos direitos humanos.

Diante disso, os direitos individuais não necessitam da intervenção do estado, visto serem direitos de liberdade. Já os direitos sociais, econômicos e culturais sofrem um processo de degradação, visto que necessitam de intervenções.

Quando falamos em direitos humanos, os direitos individuais, civis e políticos são plenamente exigíveis e são acompanhados de mecanismos jurídicos à sua satisfação. Todavia, os *direitos sociais, econômicos e culturais* formalizaram-se enquanto normas programáticas, pois que não possuem normas jurídicas que as garantam, nem tampouco possibilidade de concreta cobrança jurídica para a sua efetivação.

Contudo, conforme o próprio relatório das Nações Unidas, o bem-estar e a vida digna envolvem muito mais do que o dinheiro, do que o capital. Falamos de acesso a bens materiais e imateriais, de uma vida a valorizar, com saúde, educação, identidade cultural, etc.

Referências

- ALDUNATE, José (Org.). *Direitos humanos, direitos dos pobres: desafios da vida na sociedade*. São Paulo: Vozes, 1991. (Série V)
- ARENDR, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Direito: ordem e desordem, eficácia dos direitos humanos e globalização*. Florianópolis: IDA, 2004.
- BACON, Francis. *Novum Organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Pará de Minas: M&M, 2003.
- BEOZZO, José Oscar. *História da Igreja no Brasil II*. Petrópolis: Cehila-Vozes, 1980.

- DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro (a origem do mito da modernidade)*. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FLEINER, Thomas. *O que são direitos humanos?* São Paulo: Mas Limonad, 2003.
- GROTIUS, Hugo. *On the law of war and peace*. Londres. 1814.
- GROTIUS, Hugo. *The freedom of the seas*. New York: Oxford University Press, 1916.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- KENNY, Charles. There's more to life than money: exploring the levels/growth paradox in health and education. *Journal of international development*, v. 21, n. 1, p. 24-41, 2009.
- LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. Florianópolis: Conceito, 2010. v. 1.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevíssima relação da destruição das Índias: o paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola*. Porto Alegre: L&PM, 1991.
- MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao direito*. Lisboa: Moraes, 1979.
- NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de desenvolvimento humano 2010: a verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano*. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2010_PT_Complete_reprint.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2011.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O discurso dos direitos humanos como veículo da dominação exercida pelos países centrais. In. CAUBET, Christian Guy. (Org.). *O Brasil e a dependência externa*. São Paulo: Acadêmica, 1989. p. 35-56.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Entre a realidade e a utopia: ensaios sobre política, moral e socialismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SEN, Amartya. *Poverty and Famines: an essay on Entitlement and Deprivation*. Nova Iorque: Oxford University Press. 1983.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultura, 1996.
- TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.
- WILLIAMS, Raymond. *El campo y la ciudad*. Buenos Aires, Barcelona, México: Paidós, 2001.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Human Trafficking: identifying
forced labor in multinational
corporations & the
implications of liability**

Tara M. Parente

VOLUME 11 • N. 1 • 2014
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
PRIVATE INTERNACIONAL LAW

Human Trafficking: identifying forced labor in multinational corporations & the implications of liability*

Tara M. Parente**

Abstract

This paper explores multinational corporations and use of human trafficking. More specifically, the type of human trafficking depicted in this paper deals with the use of forced labor. Multinational corporate involvement within the use of forced labor is explored and the depth regarding criminal and civil modes of corporate liability is explained. The main purpose of the paper is to exemplify how multinational corporations contribute to the increase of human trafficking practices and how difficult it is to assess liability or punishment for these violations. Unfortunately, the human trafficking industry is consistently increasing, due to its prevalence in the corporate world. There are laws and acts that have been created that prohibit the use of human trafficking, yet due to jurisdictional implications, regarding foreign-based corporations and extenuating costly litigation, the laws do not become effective for assigning liability. The ambiguities and lack of transparency in corporate structures along with the narrow reach of U.S. laws, creates an inability for victims to seek appropriate justice. The fight against human trafficking diminishes when multinational corporations use forced labor practices within business models.

Key words: Human trafficking. Forced Labor. Corporations. Human Rights Violations. Liability. Alien Torts Statute. Extraterritorial Jurisdiction. Trafficking In Persons Victims Protection Act

1 Introduction

Human trafficking has become a worldwide epidemic and is the most egregious form of abuse human beings commit against each other. Trafficking involves the sole trade of human beings. These crimes are committed solely for the purpose of commercial profit.¹ The United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, Article 3, defines human trafficking as “the recruitment, transportation, transfer, harboring or receipt of persons, by means of threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position [...]”² The trafficking of humans is successful due, in part, to the vulnerability its victims may exhibit. This vulnerability is present because victims are usually promised a United States visa or compensation, yet these promises never come true.³ Unfortunately, the human trafficking business has become extremely profitable and there remains an insurmountable demand. Human

1 Sophia Eckert, The Business Transparency on Trafficking and Slavery Act: Fight Forced Labor in Complex Global Supply, 12 J. Int'l Bus. & L. 383, 384 (2013).

2 Human Trafficking, Background on Human Trafficking (2011) available at <http://www.northeastern.edu/humantrafficking/background-on-human-trafficking>.

3 *Id.*

*Recebido em 07.02.2014

Aceito em 20.03.2014

**Tara M. Parente is currently a student at Barry University School of Law. She will be graduating in May of 2015. Tara holds a B.S. in finance and an MBA from Monmouth University. She would like to thank her family for all of their support; specifically her mother Lisa, father Mark, and sister Demi. She would also like to thank her boyfriend Richard. Lastly, she would like to express gratitude towards Professor Leonard Birdsong for offering his professional assistance and expertise throughout the process of writing this article. E-mail: tara.parente@law.barry.edu

trafficking represents an estimated thirty-two billion dollar per year in international trade.⁴

Not only has human trafficking become a national problem, but it has also become a recurrent obstacle throughout the world. The trafficking industry has immensely increased due to numerous factors like globalization, government corruption, and organized crime. However, the multinational corporate community has become a major player in fueling this industry. Specifically, there exist two forms of human trafficking: sexual exploitation trafficking and forced labor trafficking. The forced labor practices are typically used throughout the corporate world. Corporations stand as a façade allowing forced labor to conceal itself and thus succeed. Multinational corporations are very important to our global economy, yet when these entities continuously foster the use of forced labor within their businesses, major dilemmas arise.

The trafficking industry is consistently growing, due to its prevalence in the corporate world. With the aid of increased globalization and government corruption, these factors foster an environment for corporations to commit human rights violations. While present laws do prohibit the use of human trafficking, the laws are not effective for assigning liability, due to jurisdictional implications regarding foreign-based corporations and extenuating costly litigation. Corporations are usually subject to litigation within their domestic jurisdictions, yet most areas where the human rights violations occur are in underdeveloped nations. These nations lightly respond to the violations thus corporate liability is rarely achieved. Furthermore, the current laws, which do grant victims a right to bring suit against these violations, lack extraterritorial jurisdiction.

Additionally, the complexity of corporate structure helps mask the use of human trafficking violations within the business structure. As an example, many multinational corporations include parent companies and subsidiaries, which creates a convoluted environment placing limits in the ability to successfully assign criminal and civil liability. The lack of transparency in corporate structures along with the narrow reach of United States laws manifests an inability for the victims to seek justice. The long and arduous fight against human trafficking becomes

obsolete when multinational corporations use forced labor within their business models. Ultimately, there is a need for corporate transparency in order to identify and rectify corporately concealed forced labor practices. Further, the current laws prohibiting human rights violations should be extended in order to encompass those foreign-based corporations whom usually escape liability.

This article is separated into various sections in order to analyze how human trafficking is concealed throughout corporate structures and the ramifications victims face. Specifically, section II explores the history of human trafficking while section III explores the particular forms of human trafficking. Section IV provides a description of the trafficking economy and section V thoroughly investigates multinational corporations involvement within the field of human trafficking. Finally, section VI analyzes the legislation tailored to human trafficking crimes while section VII provides solutions in response to the worldwide human trafficking dilemma.

2 History of human trafficking

According to the 2012 Congressional Research and Service Report on human trafficking, current United States foreign policy addressing human trafficking relates to the anti-slavery policies that centered initially and reinforced international prohibitions on forced labor during the first half of the 20th century.⁵ In 1988, the Supreme Court recognized the “limitations of existing involuntary servitude and slavery statutes, and invited Congress to expand upon them” in *United States v. Kozminski*.⁶ The Court held that Congress intended that “involuntary servitude” under the 1867 Anti-Peonage Act refers only to a situation in which the victim is “forced to work [...] by the use or threat of physical restraint or physical injury,” thus victims who were held in servitude through “psychological coercion or trickery” were not covered by the Act.⁷ So in response to this realization, on March 11, 1998, President Clinton issued a directive calling for legislative action to combat human trafficking.⁸ This directive outlined a three-pronged strategy that emphasized prevention,

5 Shavers, *supra* note 4 at 48.

6 *United States v. Kozminski*, 487 U.S. 931, 937 (1988).

7 Shavers, *supra* note 4 at 48.

8 *Id.*

4 Anna Williams Shavers, Human Trafficking, The Rule of Law, And Corporate Social Responsibility, 9 S.C.J. Int'l. L. & Bus.39, 47-81 (2012).

protection, and support for victims.⁹ The intent of the legislation was to deter human trafficking in the United States as well as abroad. When the Trafficking Victims Protection Act (TVPA) was signed in December of 2000, human trafficking became a federal crime.¹⁰ The TVPA was enacted to prevent human trafficking overseas, to protect victims and help them rebuild their lives in the United States, and to prosecute traffickers of humans.¹¹ Prior to 2000, federal law did not exist to protect the victims of trafficking or to prosecute their traffickers.¹² However, in 2009 the Department of State and other affected agencies added partnership as a fourth element to the strategy. As a result of this addition, the components consist of prevention, protection, prosecution, and partnership.¹³

Even though establishment of the TVPA produced major strides in the awareness and fight against human trafficking, there are still about two to four million people being trafficked each year worldwide.¹⁴ There are many multinational corporations that are directly and indirectly involved with using forced labor. Ultimately, individuals are still held against their will as domestic workers; working for little or no pay, and with no other ways to find other employment.¹⁵ Specifically, “twenty-million persons are victims of forced labor around the world today.”¹⁶ Of these twenty million forced laborers, fourteen million are exploited for economic activities in industries that are relevant to global supply chains such as agriculture, construction, and manufacturing.¹⁷ The complex structure of these modern day slavery practices continues and corporations are indirectly and directly reaping benefits through the exploitation of humans.

3 Types of human trafficking

There are two main types of human trafficking- sex trafficking and forced labor trafficking. Sex trafficking is “the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for the purposes

of a commercial sex act, in which the commercial sex act is induced by force, fraud, or coercion, or in which the person induced to perform such an act has not attained 18 years of age.”¹⁸ Forced **labor trafficking** is “the recruitment, harboring, transportation, provision, or obtaining of a person for labor or services, through the use of force, fraud, or coercion for the purposes of subjection to involuntary servitude, peonage, debt bondage, or slavery.”¹⁹ Labor trafficking involves domestic servitude and forced farm or factory labor. Victims of trafficking and their traffickers live and work amongst us; their lives are frequently and often unknowingly embedded in our own.²⁰ “With victims of forced labor working in the cotton, chocolate, steel, rubber, tin, sugar, and seafood industries, we encounter products manufactured by trafficking almost daily.”²¹

A majority of forced labor victims come from developing countries. They are usually recruited and trafficked by the use of deception and coercion and find themselves held in conditions of slavery in a variety of jobs.²² “The traffickers use many tactics to supply their operations, enticing individuals of low social or political status and providing economic incentives with promises of money, education, or steady employment opportunities.”²³ Major multinational corporations use forced labor because of the low costs, which in turn enables very high profits. Multinational corporations are only concerned about the bottom line (profit), so obtaining forced labor in order to decrease their overall costs has become a sole priority.

The second type of human trafficking is sex trafficking. These victims, similar to the forced labor victims, often come from developing countries and are trafficked into or through all-developing and developed countries like the United States.²⁴ It is estimated that fifty thousand (50,000) people are trafficked into the United States every year and many are sold into prostitution.²⁵ Victims of human trafficking have

9 Shavers, *supra* note 4 at 45.

10 *Id.* at 46.

11 *Id.*

12 18 USCA § 1589 (2000).

13 Shavers, *supra* note 4 at 48.

14 *Id.* at 42.

15 *Id.*

16 Eckert, *supra* note 1 at 384.

17 *Id.*

18 Shavers, *supra* note 4 at 46.

19 *Id.*

20 Jennifer A.L. Sheldon-Sherman, *The Missing “P” Prosecution, Prevention, Protection, and Partnership in the Trafficking Victims Protection Act*, 117 PENN ST. L. REV. 443, 444-60 (2012).

21 Sheldon-Sherman, *supra* note 21 at 444.

22 Shavers, *supra* note 4 at 46.

23 Sheldon-Sherman, *supra* note 20 at 444.

24 *The Future Group*, HUMAN TRAFFICKING (2007), available at <http://www.thefuturegroup.org/id20.html>.

25 *Id.*

very few resources and often go unrecognized by law enforcement, social services representatives, and other service providers.²⁶ “Somewhere around one-half of trafficking in the United States is for purposes other than commercial sex, but about two-thirds of federal human trafficking cases are sex trafficking cases.”²⁷

Both forced labor and sex trafficking involve the use of cheap labor. Traffickers use coercion and force in order to attain this use of labor.²⁸ “The TVPA’s distinction between sex trafficking and labor trafficking is not representative of any difference in the way that captors treat victims of each form of trafficking.”²⁹ Regardless of the form of exploitation that the captors intend for the trafficked persons, “the captors use many of the same techniques to frighten and control their victims.”³⁰ Additionally, both types of trafficking involve an extreme minimal monetary transaction for the use of human service.

4 The human trafficking economy

It is important to understand the mechanics of the human trafficking industry in order to take steps to combat its growth. The human trafficking industry exhibits a monopolistic competition model.³¹ There are numerous sellers in the market and many buyers demanding human trafficking victims for low cost employment.³² Different attributes of victims are needed for the different services; meaning there is a sense of product differentiation.³³ As for the concept of supply and demand, the traffickers supply the product in many forms. The price the trafficker will receive is based on the availability of the desired product, characteristics of the product, and the number of similar products available.³⁴

In cases of labor trafficking, consumers provide the demand as well as the profit incentive, to the traffickers.³⁵ The consumers include various companies that subcontract certain types of services, end-consumers who buy cheap goods produced by trafficking victims, or individuals who use the services of trafficking victims.³⁶ Human trafficking is ultimately fueled by a demand for cheap labor or services, or for commercial sex acts. “Human traffickers are those who victimize others in their desire to profit from the existing demand.”³⁷ The successful human trafficker’s business is dynamic, adapting as populations become vulnerable and as areas of demand shift.³⁸ The human traffickers take advantage of the difference between low wages and lack of employment opportunities in some areas.³⁹ Furthermore, an increased cost to human traffickers becomes a way to affect the supply side of the market.⁴⁰ Coordinated international law enforcement and legal cooperation as well as increased punishment for those caught transporting individuals illegally, can increase the expected costs of trafficking.⁴¹ Understanding this entwined market will help inform policy-making decisions in the future.

Trafficking in persons relies on a triangle of activity: supply, demand, and distribution.⁴² In sex trafficking, the victims of commercial sexual exploitation provide the supply, and the consumers provide the demand. The traffickers, i.e. the sellers, provide the distribution through many legitimate businesses and major corporations that facilitate, often unknowingly, the distribution.⁴³ In forced labor trafficking, a business/corporation may at times be the customer providing the demand for the trafficked labor and at other times the enabler who facilitates the transmission of the services or products of the trafficked labor to the ultimate consumers.⁴⁴ These activities include the use of labor that a trafficker-recruiter obtained in another

26 *Id.*

27 Rebecca L. Wharton, A New Paradigm for Human Trafficking: Shifting the Focus from Prostitution to Exploitation In the Trafficking Victims Protection Act, 16 *Wm. & Mary J. Women & L.* 753, 774-5 (2010).

28 Wharton, *supra* note 28 at 770.

29 *Id.* at 772.

30 Wharton, *supra* note 28 at 773.

31 Elizabeth M. Wheaton, Edward J. Schauer & Thomas V. Galli, *Economics of Human Trafficking*, *INTERNATIONAL MIGRATION*, 123-124 (2010), available at <https://www.amherst.edu/media/view/247221/original/Economics%20of%20Human%20Trafficking.pdf>.

32 Wheaton, *supra* note 27 at 124.

33 *Id.*

34 Wheaton, *supra* note 27 at 122.

35 *The Polaris Project*, FOR A WORLD WITHOUT SLAVERY (2014) available at <http://www.polarisproject.org/human-trafficking/overview/why-trafficking-exists>.

36 *The Polaris Project*, *supra* note 36.

37 *Id.*

38 Wheaton, *supra* note 27 at 124.

39 *Id.*

40 *Id.*

41 *Id.*

42 Shavers, *supra* note 4 at 64.

43 *Id.*

44 *Id.* at 65.

country, the transporters who brought the workers from the source to the destination, and the goods or products produced by trafficked labor.⁴⁵

Methods for addressing supply and demand in human trafficking is to reduce profits, raise the risks, as well as the costs of trafficking.⁴⁶ This is difficult since the current laws leave room for trafficking to flourish. However many corporations attempt to adopt corporate social responsibility (CSR). Corporations adopt CSR policies in order to promote transparency and to avoid dealing with the use of forced labor. The European Commission has defined CSR as “a concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis.”⁴⁷ For example, in the late 1990s, Nike Inc. was subjected to public disapproval, loss of profits, and loss of reputation when it was reported that the company engaged in exploitative employment practices in overseas factories.⁴⁸ Nike subsequently adopted a CSR plan and implemented strict supply chain controls.⁴⁹ Implementing CSR into the business model happens to affect the supply and demand of the trafficking market in a positive way, but the sole use of a corporate responsibility plan may not suffice. In *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, “plaintiffs alleged that Pfizer had conducted nonconsensual medical experimentation on Nigerian children in the hopes of obtaining more rapid regulatory approval for a new drug.”⁵⁰ The plaintiffs further alleged that the Nigerian government had been complicit in the testing by providing a hospital facility knowing its intended unlawful use, by skirting various regulatory requirements, and by covering up Pfizer’s activities after the fact.⁵¹

5 Multinational corporate involvement in human trafficking

The United States government estimates that about twenty-seven million persons globally are victims of

trafficking in persons involving the use of fraud, force, or coercion to obtain labor or commercial sex acts.⁵² There has been evidence pertaining to United States government contractors using forced labor. The United States government hires Third Country Nationals (TCNs) to work in support of United States military and diplomatic missions in Iraq and Afghanistan.⁵³ This civilian workforce acts like the “army behind the army” and the workers come from places such as Nepal, India, The Philippines, and Uganda.⁵⁴ They do not get paid very well and conduct essential services like construction, security, and food services. Moreover, the United States Government Contractors rely upon 70,000 TCNs to support the United States operations in Iraq and Afghanistan.⁵⁵ To recruit TCNs, contractors use local recruiting agents, who target vulnerable workers whom are told they will receive compensation however these are just false promises in order to acquire cheap labor.⁵⁶ Even Victoria’s Secret was investigated for using child labor in 2012. These traces of child labor are present in the lingerie retailer’s organic and fair-trade cotton program.⁵⁷ Chevron has also been accused of human rights violations as well. These human rights violations have occurred in Burma, claiming that the soldiers guarding Chevron and Total’s natural-gas pipeline in the country have murdered locals and forced others to do backbreaking, unpaid labor in order to keep the gas exports flowing smoothly.⁵⁸

Generally, the industries of mining, construction, agriculture, textiles and hospitality are always looking

45 *Id.*

46 *Id.*

47 Shavers, *supra* note 4 at 67.

48 *Id.* at 67.

49 *Id.*

50 Alan O. Sykes, Corporate Liability for Extraterritorial Torts Under The Alien Tort Statute and Beyond: An Economic Analysis, 100 GEO. L.J. 2161, 2169 (2012).

51 Sykes, *supra* note 44 at 2161.

52 Brittany Prelogar, Laura Ardito, & Michael Navarre, New Human Trafficking Laws and U.S. Government Initiatives Make Anti-trafficking A Compliance Priority for Businesses in 2013, STEPTOE & JOHNSON LLP (2013), available at <http://www.steptoec.com/publications-8618.html>.

53 Allard K. Lowenstein, *Victims of Complacency- The Ongoing trafficking and Abuse of Third Country Nationals by U.S Government Contractors*, AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (2012), available at https://www.aclu.org/files/assets/hrp_traffickingreport_web_0.pdf.

54 *Id.*

55 Lowenstein, *supra* note 47.

56 *Id.*

57 Cam Simpson, Child Labor for Victoria’s Secret Cotton Examined by U.S., BLOOMBERG, Jan. 13, 2012, available at <http://www.bloomberg.com/news/2012-01-13/child-labor-for-fair-trade-cotton-probed-by-u-s-investigators.html>.

58 Vivienne Walt, Chevron, Total Accused of Human Rights Abuses in Burma, TIME WORLD, July 6, 2010, available at <http://content.time.com/time/world/article/0,8599,2001962,00.html>.

for low wage, migrant, and overseas workers.⁵⁹ Since corporations are looking to make high profits, they will do anything to acquire cheap labor, even when it involves the exploitation of people. Multinational corporations like Apple base their success on their ability to innovate and adapt to the changing needs of their environment.⁶⁰ However, the formula that has made Apple and many other multinational corporations profitable is one that maximizes profits through the outsourcing of labor and production.⁶¹ Multinational corporations are an important foundation to the global economy and some of the most successful corporations are based within the United States, where it is more viable for victims to bring suit against corporations. However, being able to identify and prevent human trafficking practices within major global corporations is very challenging and is an important realization in order to combat human trafficking violations. Corporations affect our global markets everyday and many of these corporations use cheap labor in order to increase profits. Consequently, in order to limit the amount of human trafficking and adequately identify the uses of forced labor, the current scope of the laws must expand globally and clear business models must become available.⁶²

The subsistence of trafficking in persons indicates that there is an absence of law and that the existing law is threatened.⁶³ The current laws prohibiting and regulating human trafficking should be reformed in order to address the gaps created by narrow laws as well as the difficulties in identifying the use of forced labor within the corporate models. Hence, corporate transparency is needed and the existing laws should be tailored to punish all corporations; those based in the United States as well as abroad.

The methods for identifying human trafficking are unreliable. There are varying numbers reported for trafficking victims. For example, Free the Slaves, a non-governmental organization (NGO), estimates that there are twenty-seven million “slaves” in the world

today.⁶⁴ Human trafficking is the third most lucrative criminal activity in the world.⁶⁵ These statistics include the use of products produced by forced labor acquired by legitimate employers.⁶⁶ The traffickers are involved in the recruiting, contracting, transporting, and facilitating of goods and services.⁶⁷ The most recent documents dealing with human trafficking issues are the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons.⁶⁸ These documents are designed to punish the traffickers, protect the victims, and promote cooperation among nations to prevent trafficking.⁶⁹ But, these documents have not come to life in order for human trafficking to be reduced. Crimes of trafficking under the TVPA are under-prosecuted, which evidences the law’s limitations in the investment in punishing traffickers and protecting the victims.⁷⁰ For example from 2001 to 2005, “the Department of Justice (DOJ) prosecuted only 91 trafficking cases, and convicted only 140 of 248 defendants.”⁷¹ Many critics of the TVPA mention that the TVPA is “top heavy”.⁷² The Act “lacks informed and trained implementers at the local level where traffickers most commonly operate and are apprehended.”⁷³

Due to the limitations of the TVPA multinational corporations tend to contribute to human trafficking through their massive global production chains, thus increasing the chances that products could be made by trafficked workers. Corporations also have a tendency in shifting liability for its acts onto the overseas suppliers or subsidiaries through “arm’s length” global supply contracts.⁷⁴ Therefore, despite the 2003 passage of a private right of action under the United States universal anti-trafficking laws such as the TVPA, the likelihood of victims’ obtaining justice against these multinational corporations in court is dismally low.⁷⁵

⁵⁹ Prelogar, *supra* at note 46.

⁶⁰ Christina Larmon, How to Reform and Regulate Multinational Corporations, DEMOCRACY CHRONICLES, December 20, 2012 available at, <http://www.democracychronicles.com/how-to-reform-and-regulate-multinational-corporations/>.

⁶¹ Larmon, *supra* note 54.

⁶² Prelogar, *supra* note 46.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Shavers, *supra* note 4 at 42.

⁶⁵ Shavers, *supra* note 4 at 42.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ 18 USCA § 1589 (2000).

⁶⁹ 18 USCA § 1589 (2000).

⁷⁰ Sheldon-Sherman, *supra* note 20 at 460.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ Shavers, *supra* note 4 at 45.

⁷⁵ Shavers, *supra* note 4 at 45.

6 Legislation

As mentioned previously, trafficking efforts began in the United States with the enactment of the Trafficking Victims Protection Act of 2000 (TVPA). The Act modernized the involuntary servitude and peonage statutes originating from the Thirteenth Amendment of the United States Constitution that had been limited by the Supreme Court to physical coercion, which is far less prevalent in human trafficking than psychological coercion.⁷⁶ The TVPA also made sentencing appropriate with other serious crimes, ranging from twenty years to life.⁷⁷ Moreover the TVPA initiated global awareness pertaining to the human trafficking industry.

Specifically, anti-trafficking legislation for multinational corporations has become more prevalent since corporations became the vehicles increasing the use of forced labor. In response to corporate involvement, there legislation has reached the state and federal levels designed to combat human trafficking within the United States.⁷⁸ These laws primarily focus on the criminalization of the financial benefit from human trafficking.⁷⁹ Criminal prosecutions for all forms of human trafficking with possible heavy penalties were made possible under the TVPA and the TVPRA.⁸⁰ This was the Act's initial goals, despite the vast limitations experienced today.

The TVPRA of 2003 added a provision that allows a federal department or agency that has entered into a contract with a private entity to terminate that contract if the private entity "(i) engages in severe forms of human trafficking...or has procured a commercial sex act during the period of time that the [...] contract [...] [was] in effect, or (ii) uses forced labor in the performance of the ...contract."⁸¹ The corporation can lose contracts based on the action of any party for which it is responsible.⁸² Under the TVPRA, when corporations engage in trafficking they run the risk of

losing government contracts. Additionally, according to Article 10 of the United Nations Transnational Organized Crime Convention, both natural and legal persons (corporate persons) may be held liable for trafficking in human beings.⁸³

In the case of corporate liability, commercial entities, associations, etc., are liable for the criminal actions, which are performed on their behalf or by anyone who holds a leading position in them.⁸⁴ This means that these persons may be held accountable if they fail to supervise or check on an employee or agent of the company and that employee or agent commits the offense of trafficking.⁸⁵ However, the human rights violations are not usually identified rather they are concealed within the corporation. Human rights violations are successfully concealed within corporations because "many states are unwilling to hold multinational corporations liable or assert domestic relations and international investment agreements."⁸⁶ Ultimately, states are opposed to international human rights regulations for businesses.⁸⁷

a Modes of Corporate Criminal Liability

Criminalization of trafficking is widely considered an essential component of a comprehensive national response to trafficking, providing the basis for efforts aimed at ending impunity for traffickers and securing justice for victims.⁸⁸ An obligation to criminalize trafficking is established in international treaty law.⁸⁹ The Organized Crime Convention (OTC) and the European Trafficking Convention (ETC) both require States to consider enacting legislation to provide for the administrative, civil, and criminal liability of natural persons.⁹⁰ The European Trafficking Convention (ETC) provides additional details. It envisions corporate liability for trafficking-related offenses,

76 Kelly Heinrich & Kavitha Sreeharsha, *The State of Human Trafficking Laws*, AMERICAN BAR ASSOCIATION (2013), available at http://www.americanbar.org/publications/judges_journal/2013/winter/the_state_of_state_humantrafficking_laws.html.

77 Heinrich, *supra* note 70.

78 *Id.*

79 Shavers, *supra* note 4 at 51.

80 *Id.*

81 Alan O. Sykes, Corporate Liability for Extraterritorial Torts Under The Alien Tort Statute and Beyond: An Economic Analysis, 100 GEO. L.J. 2161, 2169 (2012).

82 *Id.*

83 Liability of Trafficking, LEGISLATION ONLINE (2013), available at <http://legislationline.org/en/topics/subtopic/47/topic/14>.

84 Liability of Trafficking, *supra* note 77.

85 *Id.*

86 Daniel Aguirre, Corporate Liability For Economic, Social and Cultural Rights Revisited: The Failure of International Cooperation. 42 CAL. W. INT'L L.J. 123, 126 (2011).

87 Aguirre, *supra* note 80 at 126.

88 ANNE T. GALLAGHER, THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN TRAFFICKING 371, 371 (2010).

89 Gallagher, *supra* note 82 at 371.

90 *Id.*

including aiding and abetting, committed on behalf of an entity and for its benefit by “a person who has a leading position within the legal person.”⁹¹

Furthermore, United States domestic laws used to punish corporations include the Racketeer Influences and Corrupt Organizations Act (RICO), the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), and the Securities and Exchange Commission (SEC) regulations and laws. Under RICO, only a “person” can be held liable, but a “person” can be an individual or a corporation.⁹² RICO defines the term “person” to “include any individual or entity capable of holding a legal or beneficial interest in property.”⁹³ Corporations that unknowingly facilitate a defendant’s criminal activities are often named as the “enterprise” or part of the enterprise through which the defendant conducted his pattern of racketeering.⁹⁴ Typically when assessing liability, RICO is applied as an alternative basis for liability. This concept will be explained in more detail in a subsequent section titled Additional Modes of Liability. Additionally, corporations can be criminally liable under international law, yet this liability is difficult to identify and the United States laws that prohibit these acts do not extend to foreign-based corporations. However, the United Nations Trafficking Protocol of 2000 does not pronounce directly on whether foreign-based corporate acts of trafficking should be criminalized.⁹⁵ The European Trafficking Convention requires States Parties to consider criminalizing “the use of services or products which are the object of trafficking related exploitation [...] with the knowledge that the person is a victim of trafficking.”⁹⁶

There is a basis for corporate criminal liability at common law, especially within the United States. However, this common law notion is limited to individual state applicability.⁹⁷ Common law covers many areas of law, including property, contracts, torts, and criminal law. According to common law, crimes are defined as a union of *mens rea* (the criminal intent) and *actus reus* (the criminal act).⁹⁸ The burden

of proof in criminal law lies with the prosecution. Most jurisdictions attribute *mens rea* to a corporation via its employees, directors or shareholders.⁹⁹ But there is a problem because *mens rea* is not a requirement in international law.¹⁰⁰ So the more logical argument for international corporate criminal liability is to not base the law on the common concept of *mens rea*; but base it on customary international law.¹⁰¹ Almost all states recognize a domestic criminal liability of corporations but lack enforceability.¹⁰² Consequently, many foreign nations do not prioritize the laws regarding the prohibition of human rights violations in corporations. Unfortunately, criminalization of the use of trafficking is not currently an established international legal obligation.¹⁰³

Even though international law regarding the prohibition of trafficking is not a priority, there are some theories used by the United States in which criminal liability may be assessed. Liability can be imputed to a corporation based on a theory of agency, or on a theory of identity or through accomplice liability.¹⁰⁴ Under the agency theory the company is liable for the wrongful acts of its employees, also known as vicarious liability.¹⁰⁵ The corporation can be sued for *mala prohibita*.¹⁰⁶ Under the theory of identification the corporation is liable for the blameful conduct of an officer or director, thereby allowing prosecution for *mala in se*.¹⁰⁷ Corporations can also be criminally liable under accomplice liability. This is when the corporation is an accomplice to criminal acts of others (aiding and abetting the commission of a crime).¹⁰⁸ There are three types of accomplice liability (complicity) in which a corporation will be liable; there is direct corporate complicity, beneficial complicity, and silent complicity.¹⁰⁹ Direct corporate complicity

91 Gallagher, *supra* note 82 at 371.
 92 Shavers, *supra* note 4 at 53.
 93 *Id.*
 94 *Id.*
 95 Engle, *supra* note 89 at 288.
 96 *Id.*
 97 *ml.*
 98 Engle, *supra* note 89 at 293.

99 *Id.* at 294.
 100 *Id.*
 101 *Id.* at 295.
 102 *Id.* at 296.
 103 Gallagher, *supra* note 82 at 375.
 104 Engle, *supra* note 89 at 296.
 105 *Id.*
 106 *Mala prohibita* are acts that are “crime[s] merely because they are prohibited by statute, although the acts themselves are not necessarily immoral.” BLACK’S LAW DICTIONARY 971 (7th ed. 1996).
 107 *Mala in se* are “act[s] that [are] inherently immoral, such as murder, arson, as “wrongs in themselves” or “acts morally wrong” or “offenses against conscience,” BLACK’S LAW DICTIONARY 956 (6th ed. 1990).
 108 *Id.*
 109 *Id.* at 298.

occurs when a corporation directly participates in illegal acts that involve intentional participation.¹¹⁰ In beneficial complicity, corporations may also be liable as accomplices merely by benefitting from the principal's acts.¹¹¹ Corporations can also be liable for passively and knowingly, benefitting from a regime that violates human rights.¹¹² Lastly, silent complicity occurs where a corporation does not verify complaints of human rights abuses or protest against human rights abuses.¹¹³ Silent complicity has the least successful conviction rate and many corporations fall into this category.¹¹⁴

Nevertheless there are many limits to accomplice liability.¹¹⁵ Not every immoral action or trace of human trafficking violations will give rise to liability.¹¹⁶ There is also a major regulatory problem since multinational corporate structures become very complex. Multinational corporations operate an integrated command and control system through two separate institutional structures.¹¹⁷ The first is the collection of discrete corporate units: parent, subsidiary, sister, and cousin companies that make up the MNC group.¹¹⁸ The second is the global system of separate nation-states in which those corporations are registered and do business.¹¹⁹ So the complex structures and places in which corporations are based, limit the amount of liability imposed upon corporations. Ultimately, corporations often structure their operations to disguise the fact that they profit from human rights abuses by using subsidiary business associations or by sub-contracting illegal acts.¹²⁰ Many courts are willing to hold these corporations liable thus piercing the corporate veil, however there are still many limitations regarding the laws. United States corporations can be criminally liable before a United States court for its illegal acts overseas. But criminal liability of head offices for crimes committed in a foreign country by their partners, subsidiaries, or host governments is

much more difficult to address.¹²¹ Prosecutors have not yet established a clear standard of how far the long arm of the law reaches.¹²²

Moreover, in 2008 the TVPA became the Trafficking in Persons Reauthorization Act and was revamped to enhance measures to combat trafficking in persons. The TVPRA of 2008 includes relief for victims.¹²³ The TVPRA was initially considered a criminal statute and has always imposed criminal penalties for forced labor and sex trafficking.¹²⁴ The TVPRA criminalizes many acts such as confiscation of identification documents as part of a trafficking offense, attempts or conspiracies to commit a trafficking offense, and obstruction of a trafficking investigation.¹²⁵ In particular, the conspiracy offense, which was created as part of the 2008 TVPRA, carries the same maximum sentence as the underlying substantive offense instead of the five-year statutory maximum available under the general conspiracy statute.¹²⁶ However, even when victims are successful in a criminal case, compensation is not guaranteed. Furthermore, the fact that judges may order restitution means nothing unless the prosecutor is able to locate and seize the defendant's assets.¹²⁷ This is where civil liability becomes important in order for victims to seek justice from the traffickers.¹²⁸

b Modes of Corporate Civil Liability

For victims, an adequate and appropriate remedy could include compensation payable (by the offender or by the State) for physical and psychological harm, lost opportunities, loss of earnings, moral damage as well as medical and legal expenses as a result of the human rights violations.¹²⁹ However, the right to a remedy is often not available to trafficked persons. National laws prevent non-citizens, including those unlawfully

110 *Id.*

111 *Id.*

112 Engle, *supra* note 89 at 297.

113 *Id.* at 298.

114 *Id.*

115 Engle, *supra* note 89 at 298.

116 *Id.*

117 Engle, *supra* note 89 at 300.

118 *Id.*

119 *Id.*

120 Engle, *supra* note 89 at 301.

121 *Id.*

122 *Id.*

123 Naomi Jiyoung Bang, Justice for Victims of Human Trafficking and Forced Labor: Why Current Theories of Corporate Liability Do Not Work, 43 U.MEM.L.REV. 1047,1082 (2013).

124 *Id.*

125 Bang, *supra* note 119 at 1082.

126 Bang, *supra* note 119 at 1081.

127 *Id.*

128 *Id.*

129 Gallagher, *supra* note 82 at 367.

present, from accessing certain forms of remedies such as criminal and civil compensation.¹³⁰

Conversely, there are private rights of action that can be established under the TVPRA. The TVPRA action allows victims of forced labor to file a civil action against their traffickers “in an appropriate district court [...] and to recover damages (actual and punitive) and reasonable attorneys fees.”¹³¹ Civil actions provide a means to reduce the financial profitability of human trafficking, by imposing civil damages against the traffickers.¹³² These civil actions may be stayed during criminal proceedings.¹³³ On the other hand, it becomes difficult for victims to bring suit against multinational corporations. There are some laws that help the victims seek justice, but these laws are extremely narrow and do not extend to foreign-based corporations. These laws become narrow because there is a lack of extraterritorial jurisdiction. Extraterritoriality is when Congress has the power to regulate the conduct of United States employers outside the territorial jurisdiction of the United States.¹³⁴ Nevertheless, there is a strong presumption that Congress is primarily concerned with domestic issues and the intention is to avoid conflicts with foreign laws, which are likely to result from extraterritorial legislation.¹³⁵ Thus, absent clear contrary intent, the legislation is presumed to apply solely within the territorial jurisdiction of the United States¹³⁶

Primarily, a viable way in which a victim may bring suit may be under the Alien Torts Claim Act also known as the Alien Tort Statute (ATS). The ATS was enacted in 1789 and was not used for nearly two hundred years, until it was revived in the 1980s as a means to provide non-citizens of the United States the opportunity to bring a civil suit in United States courts for a tort committed in violation of international law.¹³⁷ This act is exceptionally important to the topic of human trafficking. Specifically, the ATS will be

revisited in detail to fully understand the complexities of multinational corporate liability.

Moreover, The Dodd-Frank Wall Street Reform (Dodd-Frank) and Consumer Protection Act (CPA), requires persons to disclose whether “conflict minerals” are used in their products.¹³⁸ This may be an indirect approach to regulating corporations and their supply chains, yet the presence of conflict minerals in products may indicate that forced labor was used to obtain the minerals and may possibly trigger other laws.¹³⁹ There is also the Sarbanes-Oxley Corporate Responsibility Act, which was enacted in 2002 and includes a requirement that company executives certify and report on a public corporation’s activities, including whether the company has an ethics code.¹⁴⁰ Regulations adopted by the Securities and Exchange Commission (SEC) pursuant to the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act enacted in 2010, provide detailed reporting requirements regarding the use on conflict minerals.¹⁴¹ According to an International Classification of Functioning (ICF) study, including interviews with federal prosecutors from ten jurisdictions, sixty percent (60%) of cases, the defendants were United States citizens and foreign nationals were defendants in fifty-seven (57%) of the cases.¹⁴²

All of these laws and regulations intend to limit human trafficking and help victims seek justice. However, corporate liability is still difficult to achieve since the ATS and RICO laws do not extend to corporations based in foreign countries. These foreign corporations are usually subject to lenient domestic laws, which allow corporations to escape liability. Criminal liability, as well as civil liability, is nonexistent when corporations are based in foreign countries. Corporate liability is minimal even for United States based corporations, however the corporations that are foreign based experience a lower rate of liability.

As mentioned earlier, corporations such as Nike and Pfizer have been forced to change their sweatshop practices in order to adapt to a consumer economy that is more concerned about where their products come from and the condition under which the laborers

130 *Id.* at 368.

131 Shavers, *supra* note 4 at 49.

132 *Id.*

133 *Id.*

134 Alan R. Berkowitz, *Extraterritorial Application of U.S. Employment Laws*, EMPLOYMENT LAWYERS ASSOCIATION, May 18, 2009, available at <http://bingham.com/Publications/Files/2009/05/Extraterritorial-Application-of-US-Employment-Laws>.

135 Berkowitz, *supra* note 130.

136 *Id.*

137 29 U.S.C § 1350 (2006).

138 12 U.S.C. § 5301 (2006).

139 Shavers, *supra* note 4 at 54.

140 15 U.S.C. § 7264(a) (2006).

141 *Id.*

142 Shavers, *supra* note 4 at 57.

work.¹⁴³ There must be increased regulation over multinational corporations behavior abroad, but forced compliance to a universal standard has been difficult to achieve.¹⁴⁴ Also the complexity of corporate structures does not make assigning liability any better. Many corporations claim they are not liable for the human rights violations committed by the subsidiaries abroad. But the fact that the parent companies receive profits from their subsidiary's operations should impose a chain of liability. The complex structure of corporations and lack of extraterritorial jurisdiction within the current laws, keep the human trafficking industry thriving within the United States and throughout the global world.

1 The Narrow Scope of the Alien Torts Statute

There are many traces of human trafficking within business models, which exacerbates the problem. In addition, there is extreme difficulty successfully bring claims against traffickers especially internationally. "The ATS provides domestic remedies for plaintiffs for egregious violations of international law. It authorized civil lawsuits in United States courts for damages by persons injured by violations of international law. The ATS provides federal court subject matter jurisdiction over suits by aliens (noncitizens of the U.S.) for a "tort [...] in violation of the law of nations."¹⁴⁵

The first problem regarding civil liability pertains to the ATS. In 1948, the Universal Declaration of Human Rights was signed and human rights today have become a legal reality.¹⁴⁶ Today, the ATS gives victims of the human rights abuses, the right to sue the traffickers in the United States.¹⁴⁷ It is a federal statute that grants original jurisdiction in the United States district courts "of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States."¹⁴⁸ Since 1980, the ATS

has been used successfully in cases many cases.¹⁴⁹ The TVPA gives similar rights to United States citizens and non-citizens alike to bring claims for torture and extrajudicial killing committed in foreign countries.¹⁵⁰

Beginning in the mid-1990s, a new class of ATS suits emerged.¹⁵¹ However, not one disputed corporate ATS case has resulted in a jury verdict in favor of the plaintiffs.¹⁵² Furthermore, the new suits adopted the concept of "aiding and abetting" as a theory of secondary liability under the ATS.¹⁵³ As mentioned earlier, the three main categories of responsibility are (1) direct responsibility, (2) indirect responsibility, and (3) the mere presence in a country, dealing with participation through silence or inaction.¹⁵⁴

Most ATS cases involve corporations that have provided support or funding, or have contracted with tortfeasors in the serious violations against human rights.¹⁵⁵ Yet, there is a major hurdle when plaintiffs base suit upon a violation of the ATS. There is a particularly high standard to proving aiding and abetting. The elements of aiding and abetting for tort liability in the civil context include the following: "(1) the party whom the defendant aids must perform a wrongful act that causes an injury; (2) the defendant must be generally aware of his role as part of an overall illegal or tortious activity at the time that he provides the assistance; and (3) the defendant must knowingly and substantially assist the principal violation."¹⁵⁶ Unfortunately, in *Doe v. Nestle*, the court found that the plaintiffs, Malian children, whom were forced to labor in cocoa fields in Cote d'Ivoire, failed to prove the requisite *mens rea* in order to prove the corporation's aiding and abetting liability; where the multinational corporations assisted with the production and cultivation of cocoa beans and as a result, the ATS claim was dismissed.¹⁵⁷ Consequently, on December 19, 2013, this case was reviewed by the Court of Appeals and held that the "District Court of California erred in requiring plaintiffs to allege specific intent in order to satisfy the applicable purpose *mes rea*

143 Larmon, *supra* note 54.

144 *Id.*

145 Anita Ramasastry, Corporate Complicity from Nuremberg to Rangoon and Examination of Forced Labor Cases and Their Impact on the Liability of Multinational Corporations 20 BERKELEY J. INT'L L. 91, 102 (2002).

146 The Center For Justice and Accountability, ALIEN TORTS STATUTE (2013), available at <http://www.cja.org/article.php?id=435>.

147 *Id.*

148 Naomi Jiyounng Bang, Navigating the Complexities of Corporate Liability in Human Trafficking and Forced Labor, 75 TEX B.J. 766, 767 (2012).

149 Bang, *supra* note 149 at 767.

150 The Center For Justice and Accountability, *supra* note 146.

151 *Id.*

152 *Id.*

153 *The Center For Justice and Accountability, supra* note 146.

154 Ramasastry, *supra* note 145 at 91.

155 Bang, *supra* note 149 at 767.

156 *Id.*

157 *Doe v. Nestle, S.A.*, 748 F.Supp.2d 1057, 1058 (C.D.Cal. 2010).

standard.”¹⁵⁸ This case was vacated and remanded for further proceedings. This case demonstrates the high burden of proof, which prevents many claims from being addressed and resolved.

In 2004 the Supreme Court set the ground rules in *Sosa v. Alvarez Machain*, that the ATS authorizes federal courts to recognize causes of action for certain types of sufficiently particularized “violations of the law of nations,” determined according to customary international law.¹⁵⁹ More recently, in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, the United States Supreme Court directly addressed its second ATS case ever. As it came to the Court, the case initially centered on a question mentioned but left unaddressed in *Sosa*: “whether a corporation, as opposed to an individual, could be sued under the ATS for allegedly committing human rights violations abroad or aiding and abetting their commission.”¹⁶⁰ In *Kiobel*, Nigerian citizens contended that the foreign oil companies aided the Nigerian government in violently suppressing resistance to the oil companies’ drilling operations in the 1990s.¹⁶¹ Furthermore, in the Supreme Court’s decision of *Kiobel*, the Court had initially granted certiorari on the issue of corporate liability under the ATS, but on March 5, 2012 ordered *Kiobel* for re-argument and requested supplemental briefs addressing the issue of extraterritoriality.¹⁶² This issue of extraterritoriality regards whether the ATS covers violations of international law committed by foreign countries.¹⁶³ In *Kiobel*, the Nigerian residents also filed a putative class action, under ATS, claiming that oil corporations aided and abetted the Nigerian government in committing human rights abuses against them.¹⁶⁴ The Second Circuit held that customary international law did not recognize corporate liability and neither should ATS.¹⁶⁵ According to the Supreme Court’s decision since both the plaintiff and defendant are foreign based, the ATS claim would not suffice. According to the Court’s reasoning in *Kiobel*, an ATS action may be brought “where (1) the alleged tort occurs on American soil, (2) the defendant is an American national, or (3) the defendant’s conduct substantially and adversely affects an

important American national interest.”¹⁶⁶ Chief Justice Robert’s opinion in *Kiobel*, does not support the extension or extraterritoriality of United States law to conduct occurring abroad.¹⁶⁷ Ultimately, the Court in *Kiobel* held that the plaintiffs’ “case seeking relief for violations of the law of nations occurring outside the United States is barred.”¹⁶⁸ The *Kiobel* decision severely narrowed the scope of ATS claims and severely limits corporate liability; thus enhancing the industry of human trafficking in foreign corporations and throughout the world.

2 Additional Modes of Liability

RICO offers an alternative basis for liability. Under RICO “plaintiffs must prove that the corporation engaged in labor trafficking on a systematic, widespread scale, that the American defendant gained substantial economic benefit through this activity, and this gain occurred at the expense of trafficked workers.”¹⁶⁹ Also the pleading requirements of RICO are extensive and severely complex.¹⁷⁰ The courts reject the statute from being used in an extra-territorial manner.¹⁷¹ And the statute of limitations for a claim is four years, and this is a relatively short for a victim whom has suffered from years of terrible abuse.¹⁷² Another theory of possible liability attempted by plaintiffs in trafficking or forced labor cases is that of the principal-agent.¹⁷³ Although agency law is a matter of state law, the main doctrines of agency tests appear anchored to common law notions.¹⁷⁴

In *Adhikari v. Daoud & Partners*, plaintiffs alleged an agency relationship seeking liability over KBR, a military contractor, for the actions of its sub-contractor which committed various human rights violations

158 *Doe I. v. Nestle USA, Inc.*, 738 F.3d 1048, 1050 (9th Cir. 2013).

159 *Sosa v. Alvarez Machain*, 542 U.S. 692, 724-725 (2004).

160 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 133 S.Ct. 1659, 1666 (2013).

161 *Kiobel*, 133 S.Ct. at 1666.

162 Shavers, *supra* note 4 at 59.

163 *Id.*

164 Bang, *supra* note 149 at 767.

165 *Id.*

166 Anton Metlitsky, What’s Left of the Alien Torts Statute, SCOTUSBLOG, (April 18, 2013), available at <http://www.scotusblog.com/2013/04/commentary-whats-left-of-the-alien-tort-statute/>.

167 *Kiobel*, 133 S.Ct. at 1666.

168 Kobi Kastiel, Supreme Court: Presumption Against Extraterritoriality Applies to Alien Torts Statute, THE HARVARD LAW SCHOOL FORUM ON CORPORATE GOVERNANCE AND FINANCIAL REGULATION, (May 1, 2013), available at <http://blogs.law.harvard.edu/corpgov/2013/05/01/supreme-court-presumption-against-extraterritoriality-applies-to-alien-tort-statute/>.

169 Bang, *supra* note 149 at 767.

170 *Id.*

171 *Id.*

172 *Id.*

173 *Id.*

174 Bang, *supra* note 149 at 767.

including trafficking.¹⁷⁵ Even though the court found that the plaintiffs had met the Twombly-Iqbal¹⁷⁶ plausibility standard in establishing the principal-agency relationship, this initial agency determination appears based on both the existence of the contract and additional allegations that the contractor “had the authority to supervise, prohibit, control, and/or regulate (the subcontractor).”¹⁷⁷ This claim may prevail in the global-contracting context, yet it depends on the existence of evidence supporting the “control aspect of the principal-agent relationship.”¹⁷⁸ However TVPRA is expressly extra-territorial unlike ATS, which is silent about extra-territorial application.¹⁷⁹ Section 1596 of the TVPRA, states “the courts of the United States have extra-territorial jurisdiction over any offense [...] if an alleged offender is a national of the United States.”¹⁸⁰ Claims under TVPRA are usually the most successful, however the lack of liability still persists.¹⁸¹

Ultimately, there are many legal hurdles regarding corporate liability and the routes in which victims may bring claims. Claims under the principal-agency theory and under RICO have failed and ATS claims have been severely narrowed by the *Kiobel* decision. There is a major problem with being able to designate corporate liability when these corporations are based within foreign nations. There is a need for an adoption of a universal standard or law in which victims are able to make corporations liable for human rights violations.

7 Proposed solutions

The obstacles preventing victims from seeking justice against corporations, is the lack of transparency in corporate business models, complicity of its structures and the narrow scope of current laws which are unable to reach to foreign based corporations. There have been many attempts in order to successfully charge corporations with criminal and civil liability, yet there

are still many loopholes in which these corporations escape liability.

Nevertheless, there has been some national progress in the fight against human trafficking. California has created the California Supply Chain Transparency Act, which highly encourages corporate social responsibility.¹⁸² This law became effective on January 1, 2012 and requires certain corporations to provide information to the public regarding the steps taken to ensure that their supply chains are free from trafficked labor.¹⁸³ Many companies are imposing new requirements on their suppliers in which accurate determinations can be made about supply chains.¹⁸⁴ The California Act has also influenced the state of New York to introduce a bill in the 112th Congress, similar to the California law.¹⁸⁵ The law requires companies to include in the annual report to the SEC, information on the company’s efforts “to identify and address conditions of forced labor, slavery, human trafficking, and the worst forms of child labor within the company’s supply chains.”¹⁸⁶ A recent federal proposal for mandatory disclosure is the Business Transparency Act (BTA).¹⁸⁷ The BTA “mandates that publicly-traded or private entities with a minimum of \$100 million in annual global receipts disclose the measures they take to address forced labor, slavery, human trafficking, and the worst forms of child labor within their supply chains.”¹⁸⁸

Corporations should take steps to ensure that their operations and supply chains are free of forced labor and the other severe forms of trafficking. On February 12, 2013, the United States Senate approved the Trafficking Victims Protection Reauthorization Act (TVPRA) of 2013 as an amendment to the Violence Against Women Reauthorization Act.¹⁸⁹ The TVPRA of 2013 would “reauthorize appropriations from 2014-2017 for various programs designed to assist victims of trafficking, impose additional reporting, and accountability measures on government agencies involved in anti-trafficking programs, and enhance

175 *Adhikari v. Daoud & Partners*, No. 09-cv-237, 2012 WL 718933 at *3 (Tex. S.D. 2012).

176 *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544, 567 (2007). (Factual allegations must be enough to raise a right to relief above the speculative level on the assumption that all of the complaint’s allegations are true).

177 Bang, *supra* note 149 at 768.

178 *Id.*

179 *Id.*

180 *Id.*

181 *Id.*

182 Prelogar, *supra* note 46.

183 *Id.*

184 *Id.*

185 *Id.*

186 Shavers, *supra* note 4 at 81.

187 Eckert, *supra* note 1 at 388.

188 Eckert, *supra* note 1 at 388.

189 Prelogar, *supra* note 46.

anti-trafficking measures in existing laws.”¹⁹⁰ The TVPRA of 2013 also directs various United States government agencies to establish partnerships with private entities, including corporations, to ensure that United States citizens do not use materials produced by the use of trafficked labor and that private entities do not contribute to trafficking in persons involving sexual exploitation.¹⁹¹ Furthermore, on September 25, 2012, President Obama issued an executive order, “Strengthening Protections Against Trafficking In Persons In Federal Contracts,” to help ensure that United States government contracts are performed free of trafficking and forced labor.¹⁹² These are some of the most recent advancements in the prevention against human trafficking practices.

On January 2, 2013 President Obama signed the National Defense Authorization Act of 2013 (NDAA) containing Title XVII, entitled Ending Trafficking in Government Contracting.¹⁹³ Title XVII of the Act is similar to provisions of the President’s Executive Order, but also expands on other areas of trafficking enforcement.¹⁹⁴ For example, “the law amends the TVPA by increasing criminal penalties for contractors who engage in severe forms of trafficking or forced labor, and by enlarging the scope of punishable actions.”¹⁹⁵ Moreover, to achieve stability between the goals of the TVPA, and to make improvements within the current system, there should be “a uniting of the goals of the TVPA and increasing collaboration between the agencies working to combat trafficking.”¹⁹⁶ The NDAA prohibits contractors, subcontractors, grantees, and sub-grantees from engaging in “acts that directly support or advance trafficking in persons.”¹⁹⁷ The act also requires agencies to obtain certifications regarding compliance with anti-human-trafficking procedures from all overseas contractors for work performed outside the United States valued at more than \$500,000.¹⁹⁸ These compliance procedures include “maintaining a compliance plan designed to prevent, monitor, detect, and remedy human trafficking and

human trafficking-related activities.”¹⁹⁹ Contractors must also certify that they and all subcontractors, or any agents of any sub-contractors, have not engaged in severe forms of human trafficking, the use of forced labor, or the procurement of commercial sex acts during contract performance.²⁰⁰

In addition to the revamped policies and the adoption of new provisions, companies must incorporate anti-trafficking into their ethics and compliance programs. These compliance systems will help ensure that their businesses and supply chains are free of forced labor and trafficking.²⁰¹ For example Apple has published reports identifying risks in its supply chain on the company’s website since 2007.²⁰² However the reports contained non-specific information about human rights violations uncovered in its supply chain and did not reveal any identifying information about the facilities where forced labor was found or specific details on the violations.²⁰³ Apple did discuss forced labor in its supply chain in the disclosure reports, but this information was not noticed until news agencies published detailed factual information about the labor conditions in the facilities of Apple’s suppliers.²⁰⁴

Consequently, corporations should always conduct risk assessments in order to “understand the traffic-related risks that exist in the company’s industry, its particular operations, and supply chain.”²⁰⁵ Human trafficking can occur in any industry, yet some industries present a higher risk than others. It is important to engage a range of stakeholders to gain an accurate understanding of the risks.²⁰⁶ As a result, companies can tailor other compliance measures to address the specific risks identified.²⁰⁷ Furthermore, there should be corporate codes of conduct that clearly prohibit trafficking and forced labor.²⁰⁸ The United States Department of Labor (DOL) recommends that a resilient code of conduct should address the International Labor Organization’s (ILO) core labor

190 *Id.*

191 *Id.*

192 *Id.*

193 *Id.*

194 Prelogar, *supra* note 46.

195 *Id.*

196 Sheldon-Sherman, *supra* note 20 at 501.

197 Prelogar, *supra* note 46.

198 *Id.*

199 *Id.*

200 *Id.*

201 Prelogar, *supra* note 46.

202 Eckert, *supra* note 1 at 400.

203 *Id.*

204 *Id.*

205 Prelogar, *supra* note 46.

206 *Id.*

207 *Id.*

208 *Id.*

standards, which include employment discrimination, and freedom of association and collective bargaining.²⁰⁹ The 2012 Trafficking in Persons (TIP) Report issued by the United States Department of State's Office of Trafficking in Persons emphasizes that "companies must be responsible for the full length of their extended supply chains."²¹⁰ As a result, companies should attempt to conduct due diligence on third parties presenting potential risks throughout all levels of their supply chains.²¹¹

8 Conclusion

There have been many laws enacted to fight the prevalence of human trafficking. Even though there have been numerous advancements within the policymaking process, there is still a major question regarding victims being able to seek justice against corporations for violating their human rights. The revamped acts such as the TVPRA of 2013 and President Obama's order will definitely aid in the regulation of human trafficking,

however many victims are still unable to redress the human rights violations they have experienced. There are still many problems regarding the identification of forced labor within the corporate structure since it is left up to the corporation to instill awareness within its own structure. Additionally, a major setback for the advancements in combating human trafficking was the *Kiobel* case in which the Supreme Court affirmed the narrow scope of ATS, thus making it more difficult for victims to seek justice. Instead of narrowing the scope of the ATS, the law should be broadened in order to allow foreign plaintiffs to file suit against foreign-based corporations. Furthermore, there have been major advancements in the fight against human trafficking, yet there are many gaps that need to be filled in order to help victims seek justice. The narrow scope of United States statutes, lack of priority in upholding international anti-trafficking laws, as well as the difficulty in identifying forced labor within multinational corporations, helps foster the continuing use of human trafficking throughout the world.

209 *Id.*

210 Prelogar, *supra* note 46.

211 *Id.*

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Aplicação dos princípios
UNIDROIT no plano Brasil
maior: o suprimento de uma
lacuna na política brasileira de
desenvolvimento econômico***

**Application of UNIDROIT
Principles in the “Plano Brasil
Maior”: filling a gap in the
Brazilian public policy for
economic development**

Guilherme Freire de Melo Barros
Marcelle Franco Espíndola Barros

Aplicação dos princípios UNIDROIT no plano Brasil maior: o suprimento de uma lacuna na política brasileira de desenvolvimento econômico*

Application of UNIDROIT Principles in the “Plano Brasil Maior”: filling a gap in the Brazilian public policy for economic development

Guilherme Freire de Melo Barros**
Marcelle Franco Espíndola Barros***

Resumo

O presente artigo analisa a aplicação dos Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais para promoção do desenvolvimento econômico do Brasil. O estudo parte do exame do plano de desenvolvimento econômico do atual governo, o Plano Brasil Maior. O posto a exame é a verificação se os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais podem se inserir na política de desenvolvimento econômico do Plano Brasil Maior. Isso porque, ao confrontar os objetivos relativos ao comércio internacional com as correspondentes medidas adotadas, verifica-se que não há qualquer medida efetiva no que tange ao objetivo de facilitar o comércio internacional. Há, portanto, uma lacuna a ser suprida no plano governamental. Nesse contexto, demonstra-se de que forma os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais podem ser aplicados para atender a esse objetivo, de modo a facilitar as transações comerciais internacionais e, com isso, gerar desenvolvimento.

Palavras-chave: Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais. Plano Brasil Maior. Comércio internacional. Desenvolvimento econômico.

Abstract

This article analyzes the application of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in the Brazilian economic development. The study scrutinizes the present public policy for economic development, named “Plano Brasil Maior”, in order to demonstrate that the objectives related to foreign trade will not be achieved by the measures taken by the Government. To fill this gap, the article shows how the UNIDROIT Principles could be applied to facilitate and enhance international trade in Brazil.

Keywords: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Brazilian public policy for economic development. “Plano Brasil Maior”. International trade.

*Recebido em 04.02.2014
Aprovado em 17.05.2014

** Procurador do Estado do Paraná; Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR; LL.M em Contratos Internacionais e Resolução de Disputas pela Universidade de Turim/Itália; Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Bacellar. E-mail: barrosguilherme@yahoo.com.br

*** Advogada; Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR; Bolsista da Capes; LL.M em Contratos Internacionais e Resolução de Disputas pela Universidade de Turim/Itália; Pós-graduada em Propriedade Intelectual pela PUC-RJ. E-mail: marcelle_espindola@yahoo.com.br

1 Introdução

Atualmente, quando se trata de temas ligados ao desenvolvimento, o primeiro aspecto que se destaca é o de que o crescimento econômico de uma nação está contido no conceito de desenvolvimento, mas não o exaure. Este é mais amplo do que aquele, pois abarca também diversos outros fatores, como condições de vida — saúde, saneamento, educação etc. — e exercício de direitos políticos.

Essa compreensão de desenvolvimento é relativamente nova. Durante muitos séculos ao longo da História, a prosperidade de uma nação esteve intimamente ligada à geração de riqueza, oriunda da formação de excedentes de produção. Tais excedentes poderiam ser fruto de guerras e escravidão — como no Império Romano, até o século V —, ou de trocas comerciais — como em Portugal e Holanda nos séculos XIV e XVI —, ou ainda fruto de produções industriais, como na Inglaterra do século XVIII. O ponto em comum era a associação entre desenvolvimento e crescimento econômico.

Somente a partir do século XX, e mais fortemente depois da II Guerra Mundial, é que se amplia a percepção de que o desenvolvimento está ligado à melhoria da qualidade de vida das pessoas. Nesse contexto, o crescimento econômico passa a ser visto como uma ferramenta, um meio para se alcançar o desenvolvimento.

Ainda que meio para alcançar fim maior e superior, fato é que o crescimento econômico domina amplo espaço de atenção de governos em quase todo mundo — a exceção mais notável é provavelmente o Butão, que não mede a progressão de seu produto interno bruto (PIB).

Ao longo das últimas décadas, o Brasil tem buscado promover o desenvolvimento social por meio de programas que melhorem a vida da população brasileira e reduzam a pobreza e a desigualdade — tais como o Programa Fome Zero, o Bolsa Família e o Minha Casa, Minha Vida. Dentro de um sistema capitalista como o brasileiro, porém, a viabilização desses programas demanda necessariamente recursos econômicos vultosos. Como consequência, o Brasil nunca deixou de ter o crescimento econômico em sua ordem do dia, e o atual governo desenvolveu sua estratégia através do *Plano Brasil Maior*.

Em âmbito internacional, medidas de estímulo ao desenvolvimento têm sido tomadas não só pelos

próprios países, mas também por organizações supranacionais, tanto no plano econômico quanto jurídico. Em relação a este último, tem-se verificado cada vez mais a regulação de negócios jurídicos internacionais por instrumentos legais supranacionais, dentre os quais figuram os Princípios de Contratos Comerciais Internacionais, elaborados pelo Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado — UNIDROIT.

Metodologicamente, o problema que orienta o presente estudo é o seguinte: é possível que os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais se insiram na política de desenvolvimento econômico do Plano Brasil Maior?

Para proceder ao presente estudo, inicialmente serão elencados os aspectos do Plano Brasil Maior que tratam do comércio exterior, com a identificação da lacuna quanto a um de seus objetivos. Em seguida, passa-se à explicação do que são os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais e de que forma soem ser aplicados no comércio internacional. Por fim, demonstra-se como sua aplicação pode ser útil na facilitação do comércio internacional e, via de consequência, no alcance das metas econômicas traçadas pelo Brasil para seu desenvolvimento.

2 Desenvolvimento econômico nacional e Plano Brasil Maior

O Brasil sofreu grandes transformações em seu perfil político-econômico nos últimos 30 (trinta) anos. A década de 1980 marcou a transição do governo militar para a redemocratização do país, período que culminou com dois grandes marcos, a promulgação da Constituição da República de 1988, a Constituição Cidadã, e a realização das primeiras eleições diretas para Presidente da República desde Jânio Quadros em 1960 — a célebre eleição presidencial de 1989 foi disputada por 22 candidatos, da qual saiu vencedor Fernando Collor de Mello.¹

Superada a luta brasileira pela redemocratização, o maior desafio da nação era conseguir a estabilização de sua moeda. Até 1990, o mercado brasileiro era extremamente fechado, as importações eram de pequena monta, a concorrência se limitava a poucos *players*. O governo tentou solucionar a questão com seu

1 CONTI, Mario Sérgio. *Notícias do Planalto*: a imprensa e Fernando Collor. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 324.

famigerado Plano Collor. Se por um lado fracassou ao efetuar um radical bloqueio das poupanças no afã de tentar reduzir a quantidade de dinheiro em circulação e, com isso, controlar a inflação, a empreitada teve, ao menos, o mérito de iniciar um processo de abertura dos mercados brasileiros aos produtos importados, dentro da concepção de que era necessário aumentar a concorrência para gerar maior eficiência e menores preços.²

A consolidação econômica foi alcançada finalmente a partir de meados da década de 1990, com o Plano Real, no governo Fernando Henrique Cardoso, e posteriormente mantida pelos governos seguintes.³

Nesses últimos trinta anos, o Brasil deixou de ser um país protecionista e de mercado fechado para se tornar a 6ª maior economia mundial, com um PIB aproximado de 2,253 trilhões de dólares.⁴ Essa evolução econômica foi fortemente influenciada pelo comércio internacional e isso se reflete nos dados históricos da balança de importações e exportações brasileiras. De acordo com a série histórica do Banco Central, em 1991, as exportações brasileiras somaram US\$ 31,620 bilhões, e as importações, US\$ 21,040 bilhões.⁵ Em 2012, o resultado da abertura econômica se refletiu nos superlativos números, segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior: foram exportados US\$ 243 bilhões e importados US\$ 233⁶ — aproximadamente US\$ 1 bilhão de dólares por dia útil. Tais valores fizeram do Brasil em 2012 o 22º maior importador e o 22º maior exportador mundial.⁷

Parte desse crescimento se deu no período 2007-2010, dentro do *Plano de Desenvolvimento Produtivo*. Naquela oportunidade, a meta era que as exportações

brasileiras alcançassem a marca de 1,25% do comércio internacional.⁸ A meta foi atingida e superada. A participação do Brasil no comércio internacional alcançou, em 2010, 1,3% – um significativo avanço, embora ainda atrás dos demais países que compõem o grupo dos BRICS.⁹

Para dar continuidade a seu crescimento econômico, o Governo Federal lançou o Plano Brasil Maior em agosto de 2011, que concentra a política industrial, tecnológica e de comércio exterior do País, e está dividido em quatro tópicos: dimensão setorial, dimensão sistêmica, medidas e metas.¹⁰

No presente artigo, o foco está nos aspectos do Plano que tocam ao comércio exterior.

Na dimensão setorial, o tema está tratado na diretriz estruturante nº 4, que apregoa o seguinte:¹¹

Diretriz Estruturante 4 — Diversificação das Exportações (mercados e produtos) e Internacionalização Corporativa, com foco nos seguintes objetivos:

Promoção de produtos manufaturados de tecnologias intermediárias e de fronteira intensivos em conhecimento.

Aprofundamento do esforço de internacionalização de empresas via diferenciação de produtos e agregação de valor.

Enraizamento de empresas estrangeiras e estímulo à instalação de centros de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) no país.

Na dimensão sistêmica, o Plano prevê os seguintes objetivos:¹²

8 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*. Disponível em: <<http://www.pdp.gov.br/paginas/macrometas.aspx?Language=E&Country=BR>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

9 CESAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eiiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 55, n. 1, p. 185, 2012.

10 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

11 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

12 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

2 LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. São Paulo: Record, 2011. p. 43.

3 LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. São Paulo: Record, 2011. p. 230.

4 BANCO MUNDIAL. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

5 BRASIL. Banco Central. *Série histórica do balanço de pagamentos*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

6 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Balança comercial brasileira: dados consolidados 2013, janeiro-junho*. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1380110216.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

7 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Balança comercial brasileira: dados consolidados 2012*. Disponível em: <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1365787109.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

2.1 Comércio Exterior

Inclui objetivos de curto, médio e longo prazo:

Melhoria nos instrumentos financeiros e tributários de estímulo às exportações;

Defesa comercial, consolidação e harmonização de regras tarifárias;

2.2 Facilitação do comércio

Estímulo à internacionalização de empresas nacionais visando a ampliação de mercados e o acesso a novas tecnologias; e

Atração de centros de pesquisa e desenvolvimento de empresas estrangeiras para o país.

As medidas adotadas que mais especificamente se referem ao comércio exterior foram as seguintes:¹³

Tabela 1

2011	
Medida	Ato normativo
Instituição do REINTEGRA	Medida Provisória nº 540/2011, posteriormente convertida na Lei n. 12.546/2011.
Criação do Fundo de Financiamento à Exportação	Medida Provisória nº 541/2011, posteriormente convertida na Lei n. 12.545/2011.
Criação de 120 cargos de provimento efetivo da carreira de analista de Comércio Exterior para fortalecimento da estrutura de defesa comercial	Medida Provisória nº 541/2011, posteriormente convertida na Lei n. 12.545/2011.
Aumento da exigência de certificação compulsória e fortalecimento do controle aduaneiro	Medida Provisória nº 541/2011, posteriormente convertida na Lei n. 12.545/2011.
Suspensão ex-tarifário máquinas e equipamentos usados	Resolução Camex n. 55/2011.
Combate à falsa declaração de origem	Portarias Secex n. 25 e 33 de 2011.
Fortalecimento de combate a importações ilegais	Acordo de Cooperação MJ/MDIC, DOU 15/09/2011
2012	
Medida	Ato normativo
Ampliação dos recursos para o Programa de Financiamento à Exportação – PROEX	PLN 4/2012
Aperfeiçoamento de operações do PROEX	Resolução CAMEX nº 21, de 04/04/2012; Decreto 7.710, de 03/04/2012 Resolução CMN 4.063, de 12/04/2012
Adiantamento de Contrato de Câmbio (ACC) indireto para as exportações via <i>tradings</i>	MP 564, de 03/04/2012 Circular BCB nº 3.592, de 02/05/2012 Resolução CMN 4074, de 26/04/2012
Novas regras para seguro de crédito à exportação	Resolução CAMEX nº 20, de 04/04/2012

13 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

Novas regras para enquadramento como Empresa Preponderantemente Exportadora	MP 563, de 03/04/2012
Exclusão dos sistemas Integrados da concessão de ex-tarifários	Resolução CAMEX 55/2011
Maior controle sobre mercadorias importadas	Convênio INMETRO e RFB
Ações antifraude da Receita Federal	n/a

Essas medidas objetivam alcançar as metas traçadas pelo Plano para o comércio exterior, a saber: diversificar as exportações brasileiras e ampliar a participação do País no comércio internacional de 1,36% (2010) para 1,60% em 2014.¹⁴

Em 2010, esse percentual de 1,36% de participação no comércio internacional foi equivalente a 202 bilhões de dólares, sendo que, em valores da época, alcançar 1,6% de fatia de mercado significaria um salto de aproximadamente 46 bilhões de dólares.¹⁵ Ao observar os dados consolidados de valores do final de 2012, verifica-se que o Brasil de fato ampliou em aproximadamente 40 bilhões de dólares suas exportações, mas sua fatia de mercado permaneceu inalterada em 1,3% das exportações mundiais.¹⁶

Não houve, portanto, avanço quanto ao alcance da meta governamental. Isso porque não basta aumentar o volume de exportações como ocorreu no período 2010-2012. É preciso que esse aumento seja superior aos dos demais países exportadores.

Ao se observar o quadro de medidas adotadas para o comércio exterior pelo Plano Brasil Maior, percebe-se que todas estão ligadas eminentemente a três linhas de ação: ampliação de acesso ao crédito, regime tributário e aprimoramentos aduaneiros. Essa impressão é corroborada também pelo documento elaborado para apresentar o balanço de dois anos do Plano Brasil Maior. Ao tratar das medidas adotadas, o balanço executivo indica textualmente:¹⁷

14 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

15 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Balança comercial brasileira: dados consolidados 2011*. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1365787066.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

16 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Balança comercial brasileira: dados consolidados 2013, janeiro-junho*. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1380110216.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

17 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior: balanço executivo, 2 anos*.

As medidas de comércio exterior instituídas no âmbito do PBM incluem a concessão de isenções tributárias e crédito para estimular as exportações brasileiras, além de ações de defesa voltadas contra práticas desleais e ilegais de importações, de modo a coibir irregularidades que prejudicam os resultados comerciais do país. Entre as iniciativas de destaque, incluem-se o Reintegra, o regime de Ex-tarifários, os esforços *antidumping* e o aperfeiçoamento da estrutura tarifária, com a criação de mecanismo no Mercosul que permite o aumento do Imposto de Importação.

As linhas de ação adotadas até aqui pelo Plano, de fato, estão em consonância com dois objetivos da dimensão sistêmica: (i) melhoria nos instrumentos financeiros e tributários de estímulo às exportações; e (ii) defesa comercial, consolidação e harmonização de regras tarifárias.

No entanto, nenhuma das medidas adotadas pelo Plano parece atender a outro dos objetivos traçados, que é a facilitação do comércio exterior. Há, pois, descompasso claro entre objetivos traçados e ações adotadas.

Eis, então, o vácuo que os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais (UPICC¹⁸, acrônimo em inglês para *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) podem preencher. Como se passa a demonstrar, os Princípios são instrumento jurídico extremamente eficaz para a facilitação do comércio internacional. Por consequência, esse objetivo governamental poderia ser alcançado com sua utilização.

Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/images/data/201310/64b086d9595887261eacc81931b9e6b4.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2013. p. 32.

18 Opta-se aqui pela utilização da sigla em inglês, em razão de ser a expressão mais utilizada no meio acadêmico para se referir a esse instrumento.

3 O UNIDROIT e seus Princípios de Contratos Comerciais Internacionais

Para examinar os Princípios de Contratos Comerciais Internacionais, parece adequado apresentar, ainda que de forma sucinta, a organização que o elaborou, o UNIDROIT. Esse é um passo importante para demonstrar a relevância dos UPICC no âmbito do comércio internacional.

3.1 Sucinto histórico do UNIDROIT

O Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado — UNIDROIT foi criado em 1926 como órgão auxiliar da Liga das Nações Unidas. À época, o governo italiano foi o proponente de sua criação e dispôs a custear sua manutenção.¹⁹ A proposta foi aceita pela Liga, e o UNIDROIT foi criado oficialmente em 30 de maio de 1928, tendo sua sede em Roma.

Como se sabe, a Liga das Nações teve vida curta com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, mas o UNIDROIT conseguiu se restabelecer em 1940 como uma organização internacional multilateral.²⁰

Atualmente, o UNIDROIT conta com sessenta e três países-membros, dentre eles o Brasil²¹, que contribuem financeiramente para o custeio das atividades do Instituto — à Itália compete o custeio relativo à manutenção da sede física. No orçamento de 2013, o Brasil destinou ao Instituto a quantia de R\$ 24.978,00.²²

Como o próprio nome sugere, o UNIDROIT foi fundado com o objetivo de buscar a unificação do direito privado no mundo. O artigo 1 de seu Estatuto de fundação não deixa dúvidas acerca desse objetivo²³:

19 PETERS, Lena. Unidroit. In: *ENCICLOPÉDIA Max Planck de Direito Internacional Público*. MPEPIL, 2007. p. 2.

20 WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 168, outono 2011.

21 A adesão do Brasil se deu em 1993, por meio do Decreto n. 884, de 02 de agosto de 1993.

22 BRASIL. Ministério do Planejamento. *Orçamento federal*. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2013-1/portaria%20SOF/Portaria_SOF_07_de_280113.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2013.

23 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law – Statute*, p. 2. A

Artigo 1

Os propósitos do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado são examinar formas de harmonizar e coordenar o direito privado dos Estados e dos grupos de Estado, e preparar para que gradualmente leis uniformes de direito privado sejam adotadas por vários Estados. Para alcançar esse fim, o Instituto deve:

- (a) preparar minutas de leis e convenções com o objetivo de estabelecer leis internas uniformes;
- (b) preparar minutas de acordos com o objetivo de facilitar as relações internacionais no campo do direito privado;
- (c) realizar estudos de direito comparado privado;
- (d) interessar-se em projetos já estabelecidos nessas áreas por outras instituições com as quais deve estabelecer relações se necessário;
- (e) organizar conferências e publicar trabalhos que o Instituto considere importantes.

Internamente, o UNIDROIT está estruturado em três grandes órgãos: (i) o Secretariado, a quem compete as atividades cotidianas; (ii) o Conselho de Governo (*Governing Council*), responsável pela elaboração das linhas de atuação e pela supervisão das atividades; e (iii) a Assembleia Geral, instância decisória máxima da entidade.²⁴

A adoção de leis uniformes por várias nações nunca foi alcançada completamente, mas o objetivo traçado pelo Estatuto do UNIDROIT serviu de norte para o trabalho de seus membros, o que resultou hoje em

transcrição acima é tradução livre. No original: Article 1 The purposes of the International Institute for the Unification of Private Law are to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and of groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law. To this end the Institute shall: (a) prepare drafts of laws and conventions with the object of establishing uniform internal law; (b) prepare drafts of agreements with a view to facilitating international relations in the field of private law; (c) undertake studies in comparative private law; (d) take an interest in projects already undertaken in any of these fields by other institutions with which it may maintain relations as necessary; (e) organise conferences and publish works which the Institute considers worthy of wide circulation. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

24 PETERS, Lena. Unidroit. In: *ENCICLOPÉDIA Max Planck de Direito Internacional Público*. MPEPIL, 2007. p. 3.

um elevado grau de soluções harmonizadas no plano internacional.²⁵

Os estudos produzidos pelo Instituto têm levado à produção de importantes instrumentos legais, tais como leis-modelo, guias legislativos, princípios e convenções.²⁶ Os trabalhos são desenvolvidos em inglês e francês, mas as línguas oficiais incluem ainda o alemão, o italiano e o espanhol. Os instrumentos elaborados pelos grupos de trabalho e aprovados pela Assembleia Geral são posteriormente traduzidos em diversas outras línguas, como russo, chinês, português e árabe.

Por fim, o UNIDROIT disponibiliza ainda o UNILEX, uma base de dados para pesquisa sobre casos julgados que envolvam direito internacional privado, mais especificamente para a CISG — a Convenção das Nações Unidas de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias — e para os Princípios UNIDROIT.²⁷

3.2 Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais – UPICC

A elaboração dos Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais teve seu marco inicial em 1971, quando o Conselho de Governo incluiu no programa de trabalho do Instituto o desenvolvimento de estudos para unificação da parte geral dos contratos, com vistas a posterior codificação do direito contratual de forma mais ampla.²⁸

25 WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 171, outono 2011.

26 Como exemplo de trabalhos desenvolvidos no passado pelo Unidroit, podem-se citar: Convenção Cidade do Cabo sobre garantias internacionais sobre equipamentos móveis (2001); Princípios de Processo Civil Transnacional (2004); Guia para acordos internacionais de master franquias (2007); Lei-modelo de leasing (2008). Além disso, alguns dos temas estudados atualmente pelo Unidroit são: instrumentos de financiamento em rede; princípios e regras para fortalecer o mercado de valores mobiliários em mercados emergentes; responsabilidade civil de dispositivos de navegação por posicionamento global via satélite (GPS); relação entre direito privado e desenvolvimento econômico e social. Tudo conforme: INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *Work in progress/studies: past studies*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/studies>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

27 PETERS, Lena. Unidroit. In: *ENCICLOPÉDIA Max Planck de Direito Internacional Público*. MPEPIL, 2007. p. 3.

28 BONELL, Michael Joachim. *An international restatement of*

Os estudos, discussões, encontros e elaboração de minutas perduraram de 1971 a 1994, quando finalmente a primeira versão foi lançada, com sete capítulos.²⁹ Com a evolução dos trabalhos, a segunda edição, ampliada, foi lançada em 2004 e a terceira (e atual) em 2010.

A edição atual contém 11 capítulos e 211 artigos, assim divididos: preâmbulo; disposições gerais; formação do contrato e poder de representação; validade; interpretação; conteúdo, direitos de terceiros e condições; adimplemento; inadimplemento; compensação; cessão de crédito, assunção de dívida e cessão de contrato; prazos de prescrição; pluralidade de devedores e de credores.^{30, 31}

Como se vê, os UPICC contêm regulação sobre diversos aspectos do direito contratual e cada edição recebe novos acréscimos. Trata-se, pois, de um trabalho em contínuo processo de aperfeiçoamento.³²

Há duas características que se destacam nos Princípios.

A primeira é que o trabalho dos juristas envolvidos na empreitada levou em consideração os diferentes sistemas legais, de modo que as regras contidas nos UPICC pudessem encaixar-se e ser úteis em diversos países de diferentes tradições legais.³³ Quando a regra tendia a ser mais compatível com um sistema do que com o outro, o que orientou os redatores dos Princípios foi a busca da solução que contivesse o

contract law: the INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. New York: Transnational Juris Publication, 1994. p. 13.

29 Durante esse longo período, alguns juristas brasileiros tiveram participação na empreitada, seja como redatores, observadores ou membros da Instituição, dentre os quais se destacam: Luiz Olavo Baptista, José Carlos Moreira Alves, Luiz Gastão Paes de Barros Leães e Lauro Gama Jr.

30 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

31 Os títulos dos capítulos apresentados nesse rol são os que constam da versão brasileira, traduzida por Lauro Gama Jr., disponível no site do Instituto: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

32 ZANOBBETTI, Alessandra. UNIDROIT's recent work: an appraisal. *Yearbook of Private International Law*, Itália, v. 13, p. 355, 2011.

33 BONELL, Michael Joachim. *An international restatement of contract law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. New York: Transnational Juris Publication, 1994. p. 28.

maior valor persuasivo ou que estivesse mais afinada com transações comerciais internacionais.³⁴

O segundo ponto de destaque é que os Princípios não contêm meramente os enunciados normativos. Pelo contrário, cada artigo contém comentários, explicações e exemplos a respeito de sua aplicação.³⁵ Com isso, os Princípios transcendem um simples corpo normativo para funcionar também como um guia prática do direito do contrato comercial internacional.³⁶

Quanto à sua natureza jurídica, os UPICC são considerados *soft-law*³⁷, ou seja, sua aplicação não é cogente, tampouco precisa ser adotado por nações para ser aplicado. Nas palavras de Lauro Gama Jr.³⁸, dentre várias conceituações doutrinárias possíveis, entende-se por *soft-law*: “instrumentos preparados por entes não estatais, com a pretensão de estabelecer princípios orientadores do comportamento dos Estados e de outros entes, e tendendo ao estabelecimento de novas normas jurídicas.”

Trata-se, portanto, de ferramenta legal elaborada por especialistas para regular contratos comerciais internacionais em diferentes sistemas legais, e que vem acompanhada de um manual a respeito de sua aplicação. Sua utilização é gratuita e pode orientar todos aqueles que lidam com comércio internacional — notadamente, empresários, advogados, juízes e árbitros.

34 BONELL, Michael Joachim. *An international restatement of contract law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. New York: Transnational Juris Publication, 1994. p. 42.

35 WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 169, outono 2011.

36 O texto completo dos UPICC, com regras e comentários, estão disponíveis em inglês e francês (línguas oficiais de trabalho da Instituição) no site oficial: <http://www.unidroit.org/>. Há traduções disponíveis das regras (sem os comentários) em outros dez idiomas, como chinês, húngaro, japonês e português: <<http://www.unidroit.org/overview-principles-2010-other-languages>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

37 WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 176, outono, 2011. No mesmo sentido, na doutrina brasileira: GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 248.

38 GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 247.

Em seu preâmbulo, os Princípios indicam suas formas de utilização³⁹:

Preâmbulo

(O objetivo dos Princípios)

Estes Princípios estabelecem regras gerais para contratos comerciais internacionais.

Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles.

Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares.

Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato.

Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de direito uniforme.

Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais.

Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.

Quando as partes optarem pelo uso dos Princípios como lei aplicável ao contrato, é recomendável que optem também pela arbitragem como método de resolução de disputas, especialmente para o contrato firmado no Brasil, em razão da limitação imposta pelo artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que adota a regra *lex loci contractus*.⁴⁰ Isso significa que o contrato celebrado no Brasil deve ser regido pelas normas do direito brasileiro, não se podendo utilizar os UPICC como lei aplicável ao contrato. É o que explica Ana Tereza Basílio⁴¹: “Aplicase no direito internacional privado brasileiro a regra da *lex loci contractus*, que determina que nas relações jurídicas

39 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010*. Roma. 2011. p. 1.

40 Trata-se da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC). A redação do artigo 9º é a seguinte: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

41 BASILIO, Ana Tereza. Aplicação e interpretação da Convenção de Viena sob a perspectiva do direito brasileiro. *Revista de arbitragem e mediação*, ano 10, n. 37, p. 42, abr./jun. 2013. No mesmo sentido: ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 383.

travadas entre brasileiros e estrangeiros deve-se aplicar as leis do Estado em que residir a parte proponente do negócio jurídico firmado (cf. art. 9º da LICC (Lei de Introdução às Normas Do direito Brasileiro)). Essa norma, segundo a doutrina dominante, é cogente e de ordem pública; não poderia, pois, ser modificada pela vontade dos contratantes.”

Feita a opção pela arbitragem, a sistemática é diversa. É que a Lei de Arbitragem Brasileira adota a ampla liberdade das partes para escolher a lei aplicável ao contrato, como se extrai do artigo 2º: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º 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. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”⁴²

Daí se conclui que, se as partes optarem pelos Princípios UNIDROIT como lei aplicável ao contrato, devem necessariamente valer-se da arbitragem como método de resolução de litígios.

Alternativamente, as partes podem utilizar os UPICC como ferramenta para elaboração de algumas de suas cláusulas contratuais, cuja negociação é normalmente difícil. É o caso, por exemplo, da cláusula de *hardship*, que envolve situações de desequilíbrio contratual, a permitir a renegociação dos termos pactuados. Os UPICC regulam o instituto nos artigos 6.2.1 a 6.2.3.^{43, 44}:

42 A Lei nº 9.307/1996 seguiu a linha do padrão consagrado mundialmente pela Lei Modelo de Arbitragem da Uncitral, cujo artigo 35 estabelece: “*Article 35. 1. The arbitral tribunal shall apply the rules of law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate. 2. The arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so. 3. In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract, if any, and shall take into account any usage of trade applicable to the transaction.*”

43 As regras já traduzidas para o português estão disponíveis no site do INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - Unidroit. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

44 Os comentários, explicações e exemplos estão disponíveis em inglês ou francês. No documento em inglês, o tema está tratado nas páginas 212 a 222 e no site do próprio Instituto. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

SEÇÃO 2: HARDSHIP

ARTIGO 6.2.1 (Obrigatoriedade do contrato)
Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de hardship.

ARTIGO 6.2.2 (Definição de hardship) Há hardship quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e

- (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;
- (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;
- (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e
- (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.

ARTIGO 6.2.3 (Efeitos da hardship)

- (1) Em caso de hardship, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia.
- (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução.
- (3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal.
- (4) Caso o Tribunal considere a existência de hardship, poderá, se for razoável,
 - (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou
 - (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.

A cláusula proposta pelos Princípios UNIDROIT é de caráter neutro, ou seja, não favorece excessivamente qualquer das partes (*seller-oriented* ou *buyer-oriented*). Nesse

sentido, ao invés de negociar pormenorizadamente as hipóteses que permitirão (ou não) a renegociação do contrato, as partes podem optar por seguir o parâmetro já delineado pelos Princípios do UNIDROIT.

A questão da negociação da cláusula *hardship* ganha relevância também quando analisada a Convenção de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), cuja entrada em vigor no Brasil se deu em abril de 2014. Embora seja um marco jurídico relevante para o incremento do comércio internacional no Brasil⁴⁵, a CISG não trata do tema *hardship*, pelo que continua a ser necessária a negociação contratual a esse respeito.

Outro exemplo de previsão dos Princípios UNIDROIT que pode facilitar a negociação contratual é a que toca à taxa de juros a ser fixada pelo não pagamento pecuniário devido por uma das partes. Em negociações internacionais, é comum haver discrepâncias grandes a respeito de que taxas devem ser fixadas. Mais uma vez, os UPICC podem funcionar de guia seguro para negociação das partes, pois o tema está tratado nos seguintes termos⁴⁶:

ARTIGO 7.4.9

(Juros pelo não-pagamento de soma em dinheiro)

(1) Se uma parte deixa de pagar uma soma em dinheiro no momento em que é devida, a parte prejudicada tem direito a juros sobre essa soma, contados a partir de quando o pagamento era devido até o momento em que o pagamento é realizado, independentemente de o não-pagamento ser ou não escusável.

(2) A taxa de juros deverá ser a taxa bancária média para empréstimos de curto prazo a clientes preferenciais que vigore para a moeda de pagamento no local onde o pagamento era devido, ou, à falta de taxa nesse lugar, então a mesma taxa no Estado da moeda de pagamento. Na ausência dessa taxa em um e outro lugar, a taxa de juros deverá ser a taxa apropriada fixada pela lei do Estado da moeda de pagamento.

ARTIGO 7.4.10

45 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Guilherme Freire de Melo. A adesão do Brasil à CISG: eficácia, uniformização e facilitação do comércio. *Pontes*, v. 10, n. 3, p. 19, maio 2014.

46 As regras já traduzidas para o português estão disponíveis no site do Unidroit. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

(Juros sobre a indenização)

Salvo acordo em contrário, os juros sobre a indenização pelo inadimplemento de obrigações não-pecuniárias contam-se a partir do momento do inadimplemento.

Quando as partes são de países diferentes, sua assimetria informacional é muito grande, ou seja, há pouca informação sobre quais regras prevalecem no outro país. Os UPICC funcionam para as partes como guia seguro a respeito das práticas mais comuns e usuais do comércio internacional. Nesse contexto, a sugestão de inserção de regras dos UPICC tende a encontrar menor resistência da parte contrária.

Essa mesma lógica serve para outros temas espinhosos da negociação contratual, como perdas e danos ou a cessão do contrato.

Em suma, o que se conclui é que os Princípios UNIDROIT são ferramenta legal útil à disposição das partes para facilitação de negociação de contratos internacionais.

4 Aplicação dos UPICC para facilitação do comércio internacional e a promoção do desenvolvimento

Como explicitado anteriormente, um dos objetivos do Plano Brasil Maior é a facilitação do comércio internacional. Não foram adotadas, porém, quaisquer medidas concretas para alcançar esse objetivo.

Um dos obstáculos a serem superados para a realização do comércio internacional é a negociação entre as partes. Inegavelmente, as dificuldades da negociação de um contrato internacional são maiores do que as de um contrato nacional, em razão de diversos fatores como barreiras de idioma, cultura, obtenção de informações sobre a legislação do outro país, custos com advogados etc.

Tais dificuldades elevam os custos de transação do negócio e podem até mesmo inviabilizá-lo.⁴⁷ Como explicam Ribeiro e Galeski Jr.⁴⁸:

47 Ronaldo Coase foi um dos pioneiros na demonstração de que todas as transações comerciais contêm custos de transação, que podem ser tão elevados a ponto de desestimular as partes a celebrar o negócio. A esse respeito: COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, n. 1, p. 12, 2008.

48 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 108-109.

Os custos de acordo dizem respeito à negociação e formalização de instrumentos contratuais, como, por exemplo, a contratação de advogados ou mesmo a obtenção de informações sobre os produtos que se pretendem adquirir. Esses custos são tão altos quanto mais difíceis de se obter informações sobre os valores de intimidação e as soluções de conflitos são privadas. Por outro lado, são baixos os custos, tornando mais fáceis as negociações, quando os valores de intimidação e a solução cooperativa são públicos. [...]

A redação de um contrato também se configura como um custo de acordo, sobretudo quando se demanda por profissionais habilitados. [...]

Sendo assim, a questão dos custos de transação importa para o Direito, uma vez que, havendo presença exacerbada, seja de custos de busca, acordo ou execução, há necessidade de intervenção jurídica, como um arranjo institucional, a fim de tornar mais eficientes certas relações econômicas.

Na classificação proposta por Williamson, os custos de transação podem ser divididos em custos *ex ante* e *ex post*, ou seja, custos para se chegar ao acordo — que incluem minutar, negociar e proteger — e custos posteriores ao acordo — que tocam à readaptação do contrato, à prestação de garantias e aos custos de eventuais litígios.⁴⁹

Ambos os custos anteriores e posteriores são interligados⁵⁰. É dizer, maiores esforços nos custos anteriores podem levar a menores custos posteriores. Se as partes passam longos dias negociando um acordo mais completo, provavelmente problemas posteriores tendem a ser evitados. Em contrapartida, se as partes fazem um acordo simples, com pouca negociação sobre as cláusulas que regerão o acordo, as chances de problemas posteriores são maiores.⁵¹

Nesse contexto, os Princípios UNIDROIT podem servir de ferramenta para reduzir os custos de transação *ex ante*, sem que se elevem tanto os custos de transação posteriores.

Isso porque os UPICC estão inseridos no contexto do que vem sendo chamado de nova *lex mercatoria*. A globalização e, mais especificamente, a abertura das nações ao comércio internacional (globalização econômica) tem representado um novo desafio ao Estado na regulação das relações jurídicas. A complexidade dos negócios jurídicos e a internacionalização das relações comerciais têm atraído a participação de outros atores não estatais, como as organizações internacionais, as empresas transnacionais e os indivíduos.⁵² Como bem sintetiza Tomazette⁵³: “Com a globalização econômica, o Estado já não tem mais a capacidade de lidar sozinho com toda a produção normativa. Muitas relações jurídicas já não são travadas dentro de limites territoriais que sempre pautaram a produção normativa do Estado. Há a necessidade de uma internacionalização do direito que poderá se operar de diversas formas. Diante dessa situação, impõe-se o surgimento de novos atores que assumirão o papel de protagonistas inclusive na produção normativa.”

O UNIDROIT é, portanto, uma dentre várias outras organizações internacionais que tem assumido protagonismo na produção normativa do comércio internacional. Nesse mesmo contexto, podem-se citar a título meramente exemplificativo a Uncitral⁵⁴ — responsável, dentre outros, pela elaboração da Cisg —, a Câmara de Comércio Internacional (CCI)⁵⁵ — notoriamente conhecida pelos Incoterms e por sua câmara de arbitragem — e o ICSID⁵⁶ — que resolve litígios relacionados a investimentos estrangeiros.

Os UPICC visam a servir de instrumentos de harmonização de sistemas legais⁵⁷, através da construção de pontos em comum e aproximações.

52 XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios globais contemporâneos: cenário de convergências no direito internacional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 427, jul./dez. 2009.

53 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 94, 2012.

54 UNCITRAL. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

55 INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/about-icc/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

56 INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *A Instituição, criada em 1965, compõe a estrutura do Grupo Banco Mundial*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

57 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito*

49 WILLIAMSON, Oliver. *Economic institutions of capitalism*. Nova York: The Free Press, 1998. p. 20-21.

50 WILLIAMSON, Oliver. *Economic institutions of capitalism*. Nova York: The Free Press, 1998. p. 21.

51 WILLIAMSON, Oliver. *Economic institutions of capitalism*. Nova York: The Free Press, 1998. p. 22.

Sua aplicação no contexto do Plano Brasil Maior deve ocorrer através da sua divulgação e do incentivo à sua utilização voluntária pelas partes. Não há necessidade de adoção de medidas legais ou mudanças institucionais para adoção dos UPICC. Basta que as autoridades invistam na sua promoção.

Nesse sentido, reforça-se que a proposta é a de inserção dos UPICC no contexto do Brasil Maior de forma voluntária e dirigida às partes — isso para bem pontuar a diferença entre esta opção e outros possíveis caminhos para se ampliar o comércio internacional e o desenvolvimento de países, a saber: a formação de blocos econômicos e o transplante legal de diplomas legais de países desenvolvidos para países em desenvolvimento. Vejamos cada um separadamente.

Os Princípios do UNIDROIT não precisam ser aplicados dentro do contexto de uma integração formal de sistemas, o que está mais ligado à formação de blocos econômicos. Esse caminho já é trilhado pelo Brasil através do Mercosul. Dois objetivos claros da formação dos blocos econômicos são a ampliação do comércio internacional entre os parceiros e o aumento do poder de barganha nas negociações com outras nações e outros blocos. A respeito desse último, a atuação do Mercosul tem sido bastante tímida, tendo fechado poucos acordos comerciais significativos nos últimos anos, tais como os com Israel (2007), Egito (2010) e Índia (2009).⁵⁸ Como bem alertam Winter e Hastreiter, a integração regional demanda “enorme vontade política dos países membros, justamente porque implica em uma releitura dos conceitos de soberania dos Estados.”⁵⁹ A integração econômica envolve questões macropolíticas e macroeconômicas complexas, a serem superadas através de longas reuniões diplomáticas.

Já a aplicação dos Princípios do UNIDROIT para facilitação do comércio internacional não envolve arranjos políticos específicos, senão apenas a vontade das partes. Trata-se, pois, de instrumento que se liga intimamente à microeconomia, à redução nos custos de transação da negociação do contrato pelas partes.

Internacional, v. 9, n. 4, 2012, p. 108.

58 CESAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eñiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 55, n. 1, p. 187, 2012.

59 WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. Mercosul e acordos entre blocos: perspectivas e novas cláusulas em acordos de comércio. In: WINTER, Luís Alexandre Carta et al. (Org.). *Direito Internacional*, Florianópolis: Funjab, p. 421. 2013.

Por outro lado, a inserção dos UPICC no contexto do Plano Brasil Maior defendida neste artigo não envolve o seu transplante para nosso ordenamento jurídico. Nas últimas duas décadas, diversas nações, muito influenciadas pelo Banco Mundial, adotaram as bases teóricas que defendiam o transplante de legislações de países desenvolvidos para países em desenvolvimento, ao argumento de que o arranjo jurídico institucional adequado seria suficiente para promover o desenvolvimento.⁶⁰ Esse movimento estava intimamente ligado ao Consenso de Washington e ficou conhecido pelo signo do *one size fits all*.⁶¹

Inegavelmente, os Princípios do UNIDROIT podem ser utilizados no contexto de reforma legislativa, como enuncia o seu próprio preâmbulo.⁶² E de fato isso tem ocorrido, como demonstram os exemplos das reformas legislativas na Lituânia⁶³, na China⁶⁴ e na Organização para Harmonização do Direito Comercial na África⁶⁵ (Ohada, no acrônimo em francês). Há de se destacar, porém, que a utilização dos UPICC como parâmetro para reforma legislativa não é o mesmo que

60 DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, p. 224, jan./jun. 2009.

61 SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, p. 223, jan./jun. 2010.

62 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010*. Roma. 2011. p. 1: “Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais.”

63 Após o desmembramento da União Soviética, a Lituânia promulgou seu novo Código Civil em 2000, tendo os Princípios Unidroit como guia. Fonte: WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 183, outono 2011.

64 O direito contratual chinês foi reformado em 1999, e os redatores da nova legislação utilizaram as regras dos UPICC sobre formação do contrato como base. Fonte: WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 188, outono 2011.

65 Nesse caso, a Ohada solicitou formalmente o auxílio do Unidroit para elaboração de uma legislação comercial uniforme, que teve naturalmente como ponto de partida os UPICC. Fonte: WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 191, outono 2011.

realizar o simples transplante de diplomas jurídicos de países desenvolvidos, já que os Princípios UNIDROIT foram elaborados com base em diferentes sistemas legais e congregam regras consagradas no comércio internacional, pelo que possuem caráter mais universal do que uma lei nacional transplantada.

Ainda assim, o modelo de transplante legal utilizado tão largamente nos últimos anos não é garantia de solução para sustentar desenvolvimento vigoroso para um país. Como destaca Schapiro⁶⁶, com apoio em Carles Sabel, “se é inegável que o arranjo institucional é uma variável dos processos de desenvolvimento, é absolutamente controversa a noção de que há um único padrão de organização econômica adequada — transplantável para os mais distintos países. A rigor, o sucesso ou insucesso dos países está associado à sua capacidade de desenhar um marco institucional articulado e adequado a cada contexto particular.”

Em suma, a aplicação dos UPICC no Plano Brasil Maior não perpassa a integração comercial por blocos, nem tampouco a modificação no direito positivo brasileiro. Os Princípios UNIDROIT podem seguir por outra via para facilitar o comércio internacional, que é a sua aplicação pelos particulares. Sua utilização permite que as partes cheguem mais rapidamente a acordos sobre as regras contratuais que vão reger seu negócio jurídico. Nesse sentido, não são Estados-nações que dialogam em busca de um marco jurídico comum, mas particulares que utilizam plenamente sua autonomia da vontade para estabelecer as regras jurídicas de sua relação.

Como destaca Tomazette⁶⁷, o bom funcionamento dos mercados demanda a existência de um panorama normativo que lhe seja favorável e adequado — em suas palavras: “Com efeito, nos mercados globais, há certas exigências para o seu correto funcionamento, que alguns autores sintetizam em três ideias: a necessidade da unidade das normas aplicáveis aos negócios internacionais; a facilidade de utilização e compreensão da norma pelos agentes que atuam no mercado; e a segurança na aplicação das referidas normas”.

66 SCHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, p. 343, jan./jun. 2011.

67 TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 109, 2012.

Os UPICC proporcionam exatamente isso de que fala o autor — nessas três dimensões:

(i) *necessidade de unidade de normas aplicáveis aos negócios internacionais*: suas regras foram elaboradas precisamente para regular contratos comerciais internacionais. Os redatores eram (e são) especialistas na matéria e buscaram soluções harmônicas tanto para os sistemas de *common law*, quanto para o de *civil law*.

(ii) *facilidade de utilização e compressão da norma pelos agentes que atuam no mercado*: os UPICC não contêm apenas o texto normativo descritivo de direito e deveres. Cada regra contém notas explicativas e exemplos de sua aplicação. Trata-se, portanto, de instrumento jurídico de fácil compreensão, inclusive por aqueles não letrados em direito.

(iii) *segurança na aplicação das referidas normas*: para garantir a plena aplicabilidade dos Princípios, convêm que as partes façam menção expressa à sua aplicação ao contrato e optem pela resolução de litígios por arbitragem.

Como se vê, os UPICC possuem características adequadas para reduzir os custos de negociação de contratos internacionais. A questão é que essa ferramenta ainda é pouco conhecida no Brasil. Por isso, a divulgação e promoção dos UPICC no contexto da política governamental do Plano Brasil Maior pode impulsionar sua utilização como instrumento eficaz de facilitação do comércio exterior.

5 Conclusão

O desenvolvimento de uma nação está associado à melhoria da qualidade de vida de seus cidadãos. Para alcançar tal desiderato, o Brasil busca aumentar sua riqueza interna por meio de estratégias que envolvem políticas industriais, tecnológicas e de comércio exterior.

O Plano Brasil Maior apresenta como um de seus objetivos a facilitação do comércio exterior. As medidas adotadas, porém, estão ligadas apenas a questões tributárias, aduaneiras e de defesa comercial.

O Brasil, como país membro do UNIDROIT, contribui financeiramente para a manutenção da Instituição e desenvolvimento de seus trabalhos. Via de consequência, o governo brasileiro investiu (e continuará investindo) anualmente no desenvolvimento de ferramentas legais como os Princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais. Cumpre,

então, dar utilidade à ferramenta que ajudou a elaborar — não só com esforços financeiros, mas intelectuais de juristas brasileiros — em benefício próprio, em prol do desenvolvimento econômico do País.

Os Princípios UNIDROIT podem fazer parte da política de comércio exterior através da divulgação e do incentivo à sua utilização pelos exportadores brasileiros.

Como a negociação de contratos internacionais é sempre mais complexa e demorada, os custos de transação se elevam, e os acordos podem não ocorrer. As partes podem seguir duas sistemáticas distintas nesse ponto: escolher os Princípios UNIDROIT como lei de regência do contrato — necessariamente com a escolha da arbitragem como método de solução de disputas — ou inserir o texto dos Princípios UNIDROIT no contrato em forma de cláusulas contratuais. A utilização dos Princípios UNIDROIT pelas partes pode contribuir para superar algumas das dificuldades da negociação, pois são instrumento desenvolvido especificamente para o comércio internacional e possuem não apenas texto normativo, mas também notas explicativas e exemplos.

Trata-se, portanto, de guia seguro e eficaz para negociação de contratos internacionais.

Referências

- ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BANCO MUNDIAL, *Brazil*. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/country/brazil>>. Acesso em: 05 dez 2013.
- BASILIO, Ana Tereza. Aplicação e interpretação da Convenção de Viena sob a perspectiva do direito brasileiro. *Revista de arbitragem e mediação*, ano 10, n. 37, abr./jun. 2013.
- BONELL, Michael Joachim. *An international restatement of contract law: the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Nova York: Transnational Juris Publication, 1994.
- BRASIL. Banco Central. *Série histórica do balanço de pagamentos*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>>. Acesso em: 05 dez. 2013.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Balança comercial brasileira: dados consolidados 2013, janeiro-junho*. Disponível em <http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1380110216.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Política de Desenvolvimento Produtivo*. Disponível em: <<http://www.pdp.gov.br/paginas/macrometas.aspx?Language=E&Country=BR>>. Acesso em: 12 dez. 2013.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Plano Brasil Maior*. Disponível em: <<http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/conteudo/128>>. Acesso em: 05 dez. 2013.
- BRASIL. Ministério do Planejamento. *Orçamento federal*. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2013-1/portaria%20SOF/Portaria_SOF_07_de_280113.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2013.
- CESAR, Susan Elizabeth Martins; SATO, Eiiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 55, n.1, p. 174-193, 2012.
- COASE, Ronald. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean journal of legal studies*, v. 3, n. 1, p. 12, 2008.
- CONTI, Mario Sérgio. *Notícias do planalto: a imprensa e Fernando Collor*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- DAVIS, Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, p. 217-268, jan./jun. 2009.
- GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- INTERNATIONAL CENTER FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>. Acesso em: 12 dez. 2013
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. <<http://www.iccwbo.org/about-icc/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *International Institute for the Unification of Private Law – Statute*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/presentation/statute.pdf>> Acesso em: 09 dez. 2013.
- INTERNATIONALINSTITUTEFORTHEUNIFICATION

OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: black letter rules: portuguese*. Disponível em <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2013

INTERNATIONALINSTITUTEFORTHEUNIFICATION OF PRIVATE LAW - UNIDROIT. *UNIDROIT. Work in progress/studies: past studies*. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/studies>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

LEITÃO, Miriam. *Saga brasileira: a longa luta de um povo por sua moeda*. São Paulo: Record, 2011.

PETERS, Lena. UNIDROIT. In: *ENCICLOPÉDIA Max Planck de Direito Internacional Público*. MPEPIL, 2007.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Guilherme Freire de Melo. A adesão do Brasil à CISG: eficácia, uniformização e facilitação do comércio. *Pontes*, v. 10, n. 3, p. 19, maio 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, p. 341-352, jan./jun. 2011.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *Rule of law* e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 11, p. 213-252, jan./jun. 2010.

TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do direito além do Estado: a nova *lex mercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 93-121, 2012.

UNCITRAL. <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

WHITED, Christine M. The UNIDROIT Principles of international commercial contracts: an overview of their utility and the role they have played in reforming domestic contract law around the world. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Chicago, p. 167-191, outono 2011.

WILLIAMSON, Oliver. *Economic institutions of capitalism*. Nova York: The Free Press, 1998.

WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. Mercosul e acordos entre blocos: perspectivas e novas cláusulas em acordos de comércio. In: WINTER, Luís Alexandre Carta et al. (Org.). *Direito Internacional*. Florianópolis: Funjab, 2013. p. 420-437.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios globais contemporâneos: cenário de convergências no direito internacional. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, p. 435-442, jul./dez. 2009.

ZANOBETTI, Alessandra. UNIDROIT's recent work: an appraisal. *Yearbook of private international law*, Itália, v. 13, p. 345-365, 2011.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Da desnecessidade de
inadimplemento essencial
para aplicação do Art. 74 da
CISG e dos danos efetivamente
recuperáveis***

**About the unnecessary of
fundamental breach for
application of Article 74 CISG and
about the damages effectively
recoverable**

Renata Caroline Kroska

DA DESNECESSIDADE DE INADIMPLEMENTO ESSENCIAL PARA APLICAÇÃO DO ART. 74 DA CISG E DOS DANOS EFETIVAMENTE RECUPERÁVEIS*

About the unnecessary of fundamental breach
for application of Article 74 CISG and about the
damages effectively recoverable

Renata Caroline Kroska**

Resumo

O presente trabalho iniciou-se pela conceituação de contrato, obrigação e adimplemento enfocando nas opções realizadas pela Convenção das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG). Em seguida, analisou-se o conceito de inadimplemento essencial partindo do artigo 25 da CISG, passando pelos principais pontos de dissenso doutrinário e procurando estabelecer um diálogo com julgamentos envolvendo a matéria. Definidos os contornos do inadimplemento essencial, o qual é imprescindível para a resolução do contrato, chegou-se ao ponto central do trabalho em que se verificou que não é necessária sua ocorrência para aplicação do artigo 74 da CISG, bastando que uma das partes tenha violado um dos deveres inerentes ao contrato ou à Convenção. Após a análise de situações concretas de inadimplemento não-essencial em que seria possível a postulação de perdas e danos, partiu-se para a identificação dos danos considerados recuperáveis sob a égide do artigo 74 da CISG, classificando-os e definindo seus contornos para possível verificação em um caso concreto. Em seguida, foram lançadas algumas reflexões acerca do conceito de dano, o qual está em permanente aperfeiçoamento rumo à garantia da reparação integral e à inibição do enriquecimento sem causa. Por fim, teceram-se algumas considerações acerca da consolidação no âmbito da CISG de que o dano ao renome ou à reputação comercial é de natureza material e não imaterial, contrariamente ao que os tribunais brasileiros têm decidido.

Palavras-chave: CISG. Inadimplemento essencial. Perdas e danos.

Abstract

This work was initiated by the conceptualization of contract, obligation and due performance by focusing on the choices made by the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Then, we analyzed the concept of essential breach of Article 25 from the starting of CISG, through the main points of doctrinal dissent and seeking to establish a dialogue with judgments involving matters. Defined the contours of the default key, which is essential for the solving of the contract, we have reached to the point of the work focused on what was found that it is enough that one of the parts has violated one of the duties of the contract or the Convention. After the analysis of non-essential concrete situations of default we were running through postulation of damages and broke for the identification of damage considered recoverable under

* Recebido em 01.04.2014
Aceito em 26.05.2014

**Advogada. Estudante de Especialização na Escola da Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE PR.
E-mail: renatakroska.adv@gmail.com

the aegis of Article 74 of the CISG, classifying and defining them and their outlines for possible check in a particular case. Then, we launched some reflections about the concept of damage, which are in continuous improvement towards ensuring full compensation and inhibition of unjust enrichment. Finally, we wove some considerations about consolidation within the CISG that the damage to the reputation or business reputation of material nature and is not immaterial, unlike that Brazilian courts have decided.

Keywords: CISG. Essential default. Damages.

1 Introdução

A ratificação brasileira em 2013 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) fez com que, a partir de abril de 2014, a Convenção passasse a ser amplamente aplicável às relações de compra e venda internacional em que uma das partes, vendedor ou comprador, tenha estabelecimento no Brasil.

A internalização da CISG desafia os operadores do direito na medida em que lhes impõe o conhecimento de um diploma jurídico de complexidade ímpar que busca a consolidação dos costumes internacionais aliada à harmonização dos sistemas legais de *common* e de *civil law*.

Considerando que os primeiros países a ratificar a CISG se depararam com conflitos envolvendo sua interpretação já no fim da década de 1980, é evidente que as decisões emanadas dos seus tribunais jurisdicionais e arbitrais contribuíram para conformação de alguns conceitos abertos trazidos pela CISG, de modo que conhecer a Convenção é também conhecer as decisões que a aplicaram.

Assim, partindo-se da premissa que comprometer-se com a CISG é comprometer-se também com a sua interpretação uniforme para proporcionar segurança jurídica, o trabalho analisa não apenas a doutrina, mas também decisões que envolveram a aplicação da Convenção.

O trabalho se concentra em um dos aspectos mais problemáticos da compra e venda que consiste naqueles casos em que a relação jurídica não se desenvolve como deveria. Para tais situações, o art. 74 da CISG prevê a possibilidade de requerimento de perdas e danos pela parte prejudicada.

Entretanto, a polêmica se apresenta quanto aos tipos de violações que autorizariam a atribuição dessas perdas e danos. Seria necessária uma violação essencial nos termos do art. 25 da CISG ou outras violações poderiam ensejar a condenação em perdas e danos?

Nesse ponto, tem-se por necessária a problematização do conceito de inadimplemento essencial para o adequado desenvolvimento do tema, ademais porque sua identificação tem especial relevância prática, uma vez que somente diante de sua ocorrência é que se autoriza a resolução unilateral do contrato.

A partir da análise do conceito de inadimplemento essencial, parte-se para verificação acerca da necessidade de sua existência para atribuição de perdas e danos, seguindo para um exame casuístico, cujas situações encontradas foram classificadas em três grupos: entrega de mercadorias em local diferente do pactuado; atraso na entrega de mercadorias; não conformidade das mercadorias entregues.

Em seguida, analisam-se as categorias de danos passíveis de indenização de acordo com o art. 74 da CISG, conforme a doutrina que os classifica em: perda direta ou perda por incumprimento, danos incidentais, danos consequentes e lucros cessantes.

Por fim, traz-se uma reflexão sobre o conceito de dano que já não se apresenta adequado às relações comerciais contemporâneas e que sugere uma superação do paradigma puramente econômico.

2 Contrato, obrigação, adimplemento e a convenção das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG)

A Convenção da ONU, proposta nesta análise, consiste na lei uniforme mais bem-sucedida¹ sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a qual aborda tanto a formação desses contratos quanto as obrigações das partes. Diante da menção repetida ao termo contrato, torna-se conveniente recordar que ele consiste no principal instrumento de circulação de riquezas ou nas palavras de Enzo Roppo², trata-se da “veste jurídico-formal de operações econômicas”.

1 HONNOLD, John. O. *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em: 02. set. 2013.

2 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

Esse conceito econômico de contrato mostra-se muito mais eficaz a uma pretensão unificadora do que os conceitos jurídicos atribuíveis ao contrato, pois, cada ordenamento atribui contornos próprios ao instituto³ criando um verdadeiro efeito polissêmico que dificulta sobremaneira a uniformização regulamentadora à que se propõe a CISG.

Partindo do conceito econômico acima exposto, tem-se que o contrato revestirá uma operação econômica encerrando as partes numa relação jurídica obrigacional caracterizada pelas posições de crédito e débito⁴. Na Convenção de Viena, verifica-se uma opção por denominar as posições jurídicas por vendedor e comprador.

O vendedor, de acordo com o artigo 30 da CISG, teria como prestações primordiais entregar as mercadorias, transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos. Em contrapartida, o artigo 53 da CISG impõe ao comprador as prestações de pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na Convenção.

Cumprido recordar que a relação jurídica obrigacional está polarizada pelo adimplemento⁵, o que, nas palavras de Judith Costa⁶, significa dizer que o adimplemento é a “finalidade da relação, que tem por sua própria natureza caráter transitório, nascendo para extinguir-se”.

Ainda segundo o magistério de Judith Costa⁷ o adimplemento possui um sentido lato e um sentido estrito. O sentido lato corresponde à satisfação do credor, independentemente se voluntária ou forçada. O

sentido estrito “designa o cumprimento da prestação devida, de modo voluntário e exato, no tempo lugar e forma convencionada, com satisfação do credor, desatando o vínculo.”⁸

Voltando os olhos para CISG, observa-se que é adotado o conceito estrito de adimplemento quando no artigo 25 define-se como inadimplemento essencial aquela violação que priva uma parte do que ela legitimamente esperava da outra.

De outro vértice, a CISG preocupa-se em proporcionar a satisfação forçada do credor quando verificado um inadimplemento essencial por meio de mecanismos previstos no intervalo dos artigos 74 a 76, entre os quais se destaca a disciplina das perdas e danos.

O próximo tópico destina-se a analisar o conceito de inadimplemento essencial, anteriormente esboçado, previsto no artigo 25 da CISG, tratando-se com especificidade dos seus requisitos e abordando as suas consequências para as partes.

3 O conceito de inadimplemento essencial do contrato na CISG

O artigo 25 da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) se encarrega de definir o inadimplemento essencial e o faz de forma autônoma, sem apoderar-se de conceitos existentes nas leis domésticas⁹.

Essa observação é especialmente relevante para afastar da interpretação do art. 25 da CISG a doutrina inglesa de violação fundamental do contrato que, como bem adverte Michael WILL, consiste em uma falsa predecessora¹⁰.

Identificar o inadimplemento essencial é de vital importância, pois somente diante de sua ocorrência a parte lesada poderia impor a resolução do contrato, tratando-se de verdadeiro pré-requisito¹¹.

3 Sobre a origem desse fenômeno polissêmico do contrato Enzo Roppo afirma que: “o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de *per se* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico formal, mas amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23.

4 SILVA, Clóvis V. Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 19.

5 SILVA, Clóvis V. Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 23.

6 COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações: do adimplemento e da extinção das obrigações*: arts. 304 a 388. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. t. 1. p. 30.

7 COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações: do adimplemento e da extinção das obrigações*: arts. 304 a 388. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. t. 1. p. 123.

8 COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações: do adimplemento e da extinção das obrigações*: arts. 304 a 388. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. t. 1. p. 123.

9 FERRARI, Franco. Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

10 WILL, Michael. Article 25: commentary. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

11 WILL, Michael. Article 25: commentary. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

O inadimplemento essencial figura, portanto, como verdadeira condição *sine qua non* para a resolução do contrato. Assim, em caso de violação não essencial do contrato a parte frustrada, em regra, não poderá dispor deste remédio, prevalecendo o princípio da conservação do contrato, impedindo-lhe a extinção por resolução¹².

Para se definir o inadimplemento essencial há que se partir necessariamente do próprio artigo 25 da CISG que o descreve da seguinte forma:

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado¹³.

Como se pode observar o artigo faz uso das fórmulas gerais privação substancial e legítima expectativa contratual, apresentando como contraponto à responsabilização da parte infratora a regra da previsibilidade do dano. Nos tópicos a seguir proceder-se-á a análise de cada um desses elementos que compõem o conceito de inadimplemento substancial.

3.1 Privação substancial e legítima expectativa contratual

O conceito de privação substancial, segundo Alexander Lorenz¹⁴, estaria atrelado às obrigações do

12 Frederico GLITZ aponta que a doutrina compreende a conservação do contrato sob diferentes perspectivas: como regra de interpretação do negócio jurídico, cujo objetivo é procurar atribuir efeito ao contrato; como alternativa à decretação de nulidade do contrato, utilizando-se os instrumentos da confirmação, redução, conversão entre outros; como diretriz de revisão contratual na qual se prima por reequilibrar o contrato a fim de garantir justiça contratual entre as partes; como dever de renegociação do contrato instituído em cláusula contratual; e por fim, como óbice à extinção do contrato visando evitar a resolução injustificada do contrato. GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Favor Contractus*: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no direito positivo brasileiro e no direito comparado. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/51/favor-contractus-alguns-apontamentos-sobre-o-principio-da-conservacao-do-contrato-no-direito-positivo-brasileiro-e-no-direito-comparado>. Acesso em: 05 ago.2013.

13 CONVENÇÃO das nações unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG). Dados da publicação. Trad. Eduardo Grebler; Gisely Radael. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.htm>>. Acesso em 16 abr. 2013.

14 LORENZ, Alexander. *Fundamental breach under CISG*.

vendedor e do comprador respectivamente previstas nos artigos 30 e 53 da CISG.

Sob essa perspectiva, o vendedor incorreria em inadimplemento essencial quando não entregasse as mercadorias, deixasse de lhes transferir a propriedade ou não remetesse os documentos pertinentes. De outro vértice, o comprador cometeria inadimplemento essencial quando não pagasse o preço das mercadorias, ou não as aceitasse nas condições previstas no contrato ou na CISG.

De acordo com Lorenz¹⁵ a CISG forneceria os contornos daquelas obrigações consideradas essenciais. Todavia, há doutrinadores como Franco Ferrari¹⁶ que entendem que a CISG não faz distinção entre violação das obrigações principais e violação das obrigações acessórias.

De acordo com essa concepção, o descumprimento de uma obrigação que não é principal, mas acessória, pode ser considerada um inadimplemento essencial, desde que esteja intimamente ligada à troca de bens ou que as partes a tenham subordinado às regras da CISG.

Em contrapartida, Leonardo Graffi¹⁷ sustenta que a definição de privação substancial -- estaria atrelada à expectativa contratual da parte lesada, sendo este um elemento fundamental para determinar se uma quebra de contrato é substancial ou não.

Nessa esteira, a privação deve ser considerada substancial quando a parte lesada perde o interesse na satisfação da obrigação, prescindindo de análise se esta obrigação é de caráter principal ou acessório.

Entretanto, a perda de interesse na satisfação do contrato deve se fundamentar numa expectativa legítima, ou seja, “o foco é a privação substancial da expectativa contratual da parte prejudicada”¹⁸.

Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>> Acesso em: 05 ago.2013.

15 LORENZ, Alexander. *Fundamental breach under CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>> Acesso em: 05 ago.2013.

16 FERRARI, Franco. *fundamental breach of contract under the UN sales convention*: 25 years of article 25 CISG. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago.2013.

17 GRAFFI, Leonardo. *Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

18 BIJL, Maartje. *Fundamental breach in documentary sales contracts the doctrine of strict compliance with the underlying sales contract*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bijl.html>>. Acesso em:

Sobre as expectativas das partes contratantes, Chengwei LIU¹⁹ defende serem aquelas que podem ser extraídas do instrumento contratual, tais como as disposições acerca da alocação do risco, ressalvando, todavia, os usos habituais e as disposições da Convenção como fontes de expectativas legítimas entre as partes.

De outro vértice, Franco Ferrari propõe claramente que as origens da legítima expectativa excedem o instrumento contratual, abrangendo também as negociações que precederam o contrato²⁰.

Um exemplo prático em que se acolheu a tese segundo a qual o inadimplemento é essencial quando a violação contratual priva a parte lesada da legítima expectativa fazendo-a perder o interesse no cumprimento do contrato foi o caso dos sapatos julgado pelo Tribunal de Apelação de Frankfurt²¹.

Trata-se do caso em que um fabricante italiano produziu 130 pares de sapatos conforme especificações fornecidas pelo comprador alemão em caráter de exclusividade, porém, durante uma feira de exposições, exibiu alguns pares desses sapatos produzidos de acordo com tais especificações, inclusive contendo a marca de titularidade do comprador.

O Tribunal decidiu que a violação do dever acessório de exclusividade caracterizou quebra fundamental porque colocou o objeto do contrato seriamente em perigo de modo que a parte lesada legitimamente perdeu o interesse no seu cumprimento.

Caso semelhante foi levado à apreciação da Corte de Apelação de Grenoble²² na França: um vendedor francês e um comprador estadunidense concluíram em 1991 um contrato para venda de roupas as quais seriam entregues parceladamente.

05. ago. 2013. Tradução de livre de: The focus is on the substantial deprivation of the contractual expectation of the aggrieved party.

19 LIU, Chengwei. *The concept of fundamental breach: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles and PECL and case law*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>>. Acesso em: 05. ago. 2013.

20 FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago.2013.

21 ALEMANHA. Tribunal de Apelação de Frankfurt. Julgamento em: 17, de setembro de 1991. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

22 FRANÇA. *Corte de Apelação de Grenoble*. Julgado em: 22, de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cf?m?pid=1&do=case&id=83&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

O comprador, a pedido do vendedor, declarou a intenção de revender as mercadorias a um distribuidor na América do Sul, de maneira que, após a entrega da primeira parcela dos bens, o vendedor solicitou ao comprador a apresentação do comprovante de entrega dos produtos ao revendedor dessa localidade. O comprador recusou-se a exibir o comprovante e o vendedor informado de que as mercadorias foram vendidas a um revendedor na Espanha, recusou-se a entregar as outras parcelas.

O comprador reclamava perdas e danos por quebra do contrato, enquanto o vendedor alegava danos sob o argumento de que a venda de seus produtos na Europa havia sido prejudicada pela distribuição paralela feita pelo cliente do comprador.

O tribunal considerou que a declaração de que as mercadorias seriam entregues a um distribuidor na América do Sul era de fundamental importância para o vendedor e que a violação da cláusula contratual de destinação final da mercadoria por parte do comprador, além de contrariar a boa-fé, consistiu em uma violação essencial do contrato, sendo legítima a pretensão do vendedor de resolução do contrato.

Em ambos os casos, a violação de uma obrigação acessória fundamentou a resolução do contrato sob o argumento de que o seu cumprimento era de especial interesse da parte contratante. Entretanto, há que se recordar que a segunda parte do artigo 25 da CISG faz menção à regra da previsibilidade, cuja análise é realizada a seguir.

3.2 Previsibilidade

A segunda parte do artigo 25 da CISG contém hipótese de exceção à resolução por inadimplemento essencial. Trata-se das situações em que o risco não foi previsto pela parte faltosa e nem o teria sido por uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação.

Isso implica dizer que a parte faltosa que invoca e prova a imprevisibilidade do risco pode evitar a resolução do contrato, mesmo nas situações em que a parte lesada sofreu um prejuízo.²³

23 GRAFFI, Leonardo. *Case law on the concept of "Fundamental Breach" in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

As situações em que a imprevisibilidade do prejuízo pode ser invocada são fixadas pelas partes e devem constar do contrato primando-se por definir quais obrigações são da essência do contrato, pois assim “haverá pouco espaço para provar que a violação causou um prejuízo imprevisível.”²⁴

Considerando que a CISG não define o momento decisivo para determinação da previsibilidade²⁵, discute-se doutrinariamente quando o prejuízo deve ter sido previsto, se no momento da conclusão do contrato, ou se outras comunicações trocadas entre as partes podem ser consideradas para atribuição da previsibilidade. A polêmica é muito bem sintetizada por Graffi nos seguintes termos:

Enquanto alguns autores argumentam que a importância de uma obrigação deve ser determinada apenas em função das circunstâncias conhecidas na conclusão do contrato, outros autores consideram igualmente importante qualquer informação posterior que pode indicar interesse das partes em receber o desempenho²⁶.

Leonardo Graffi²⁷, que compõe o segundo grupo, argumenta que essa concepção é a que mais se coaduna com a boa-fé e cita decisões em que informações trocadas entre as partes, para além do momento da conclusão do contrato, foram consideradas vinculativas. O autor cita decisão do Supremo Tribunal Alemão²⁸ em

24 GRAFFI, Leonardo. *Case law on the concept of “Fundamental Breach” in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013. Tradução livre de: “When the contract expressly states that performance of an obligation is of essence, there will be little room for proving that the breach caused an unforeseeable detriment”.

25 FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

26 GRAFFI, Leonardo. *Case Law on the concept of “Fundamental Breach” in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013. Tradução livre de: While some authors argue that the importance of an obligation must be determined only in light of the circumstances known at the conclusion of the contract, other authors deem equally important any subsequent information that may indicate the parties’ interest in receiving performance.

27 GRAFFI, Leonardo. *Case law on the concept of “Fundamental Breach” in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em 05 ago. 2013.

28 ALEMANHA. Supremo Tribunal Federal Alemão. Julgamento em: 31, de outubro de 2001. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

que se decidiu que termos e condições gerais previstos em instrumento apartado, mas disponibilizados à outra parte compunham e contrato celebrado entre as partes.

Em sentido diametralmente oposto Franco Ferrari²⁹, e segundo ele a maioria da doutrina, defende que o momento da previsão do prejuízo é o da conclusão do contrato, pois, do contrário, isto é, conferindo-se importância às comunicações realizadas após esse momento estar-se-ia permitindo a alteração unilateral do contrato.

Há ainda o *standard* de comportamento segundo o qual o dano não teria sido igualmente previsto por uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação da parte faltosa. Considerando que é pouco provável que a parte faltosa admita ter previsto o prejuízo em questão³⁰, pois isso o conduziria à sucumbência antecipada, o padrão da pessoa razoável é essencial para que o julgador possa analisar a situação com objetividade³¹.

De todo o exposto, percebe-se que diante de uma violação contratual deve-se primeiramente analisar se esse inadimplemento é essencial ou não, pois somente aquele pode ensejar a resolução do contrato.

Para configurar inadimplemento essencial é necessário o preenchimento de alguns requisitos: 1) uma das partes tem que ter causado à outra parte um prejuízo; 2) esse prejuízo tem que ter privado a outra parte de uma prestação essencial e legitimamente esperada do negócio; 3) esse prejuízo não deve ter sido previsto pela parte faltosa e não poderia ter sido previsto por uma pessoa razoável com a mesma qualificação em situação semelhante.

Recorde-se que a Convenção nos artigos 30 e 53 fornece uma pista das obrigações geralmente consideradas essenciais para o comprador e o vendedor, todavia, as partes podem dispor livremente acerca das prestações que consideram essenciais ao negócio.

29 FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

30 BIJL, Maartje. *Fundamental breach in documentary sales contracts the doctrine of strict compliance with the underlying sales contract*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bijl.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

31 FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 Years of Article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

Contudo, os posicionamentos doutrinários de Graffi³² e Ferrari³³ expostos no tópico sobre a privação substancial e legítima expectativa, elucidam a existência de dissenso doutrinário quanto à fonte dessa legítima expectativa: se somente o contrato deve ser considerado ou se devem ser tomadas outras declarações das partes feitas para além do instrumento contratual.

Não menos polêmica é a regra da previsibilidade, em que Ferrari³⁴ e Graffi³⁵ divergem se o momento decisivo para previsão dos danos é o da celebração do contrato ou se podem ser consideradas outras trocas de informações entre as partes.

4 Da desnecessidade do inadimplemento essencial do contrato para aplicação do art. 74

Anteriormente, foi destacado que somente o inadimplemento essencial enseja a resolução do contrato e que tal inadimplemento pode corresponder tanto à violação de uma obrigação principal quanto acessória, uma vez que a CISG não atribui consequências específicas para cada uma dessas violações.

A questão que se pretende resolver agora parte do pressuposto de que houve uma violação contratual que não ensejou resolução por não ter sido considerada um inadimplemento essencial. Nesse caso cumpre indagar se a parte lesada teria direito à reparação de eventuais danos decorrentes de um inadimplemento não -essencial?

Atualmente prevalece o entendimento de que a violação de qualquer das obrigações estipuladas pelo contrato ou pela Convenção geram o direito de reclamar perdas e danos, não havendo que se tratar de uma violação fundamental³⁶. Esse entendimento

decorre dos artigos 45(1) e 61(1) da CISG os quais preveem expressamente o direito de o comprador e o vendedor, respectivamente, reclamarem perdas e danos em face da outra parte que não executou “qualquer das obrigações que resultam do contrato de compra e venda ou da presente Convenção”.

De acordo com Jürgen Basedow³⁷, a fórmula eleita pela CISG de estabelecer um conceito uniforme de violação contratual que abrange toda e qualquer forma de descumprimento fixando-lhes os mesmos remédios é simples aos olhos dos operadores do direito comum, porém, significa uma quebra de tradição em muitos países de *civil law*. Esse autor afirma que a adesão à Convenção modificou a forma como o Código Civil Alemão regula o inadimplemento, o qual passou a prever em 2002 a responsabilização pelo incumprimento de qualquer uma das obrigações assumidas pela parte contratante, na linha do que estabelece a Convenção.

Venceslau Tavares Costa filho³⁸ ressalta que o Código Civil Alemão (BGB), antes da reforma, previa como remédios contratuais apenas a rescisão do contrato e a redução do preço para casos em que se verificasse defeito, de modo que a substituição do produto ou o conserto não consistiam em alternativas abrangidas pela lei.

Paralelamente ao BGB, os artigos 441 e 442 do Código Civil Brasileiro oferecem apenas as soluções da devolução da coisa e da redução do preço, de maneira que em nosso ordenamento somente o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a possibilidade de substituir o produto ou exigir-lhe o conserto.

Entretanto, para além do que preconiza a lei civil brasileira, é conveniente recordar que o Código de Processo Civil Brasileiro prevê a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e de dar nos artigos 461 e 461-A do CPC permitindo ao credor optar entre perdas e danos e satisfação específica da obrigação.

32 GRAFFI, Leonardo. *Case law on the concept of “Fundamental Breach” in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

33 FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

34 FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

35 GRAFFI, Leonardo. *Case law on the concept of “Fundamental Breach” in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

36 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In:

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1003. Nesse mesmo sentido: SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods. The CISG and other International Instruments*. Portland: Hart Publishing, 2008. p. 21.

37 BASEDOW, Jürgen. *Towards a Universal doctrine of breach of contract: the impact of the CISG*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html>> Acesso em: 13. ago. 2013.

38 COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Alguns aspectos da lei para a modernização do direito das obrigações na Alemanha. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, ano 12, n. 45, p. 147-164, jan./mar. 2011.

Frise-se que a satisfação específica da obrigação é ponto de grande dissidência entre os sistemas de *Common* e de *Civil Law*. Embora aqueles permitam que a parte pleiteie o desempenho específico, a base decisória é sempre discricionária e leva em conta as regras de equidade, de modo que os pedidos são em sua maioria rejeitados por se considerar que a indenização pelo equivalente protege os interesses do credor de forma satisfatória.

De outro vértice, nos países de jurisdição de *Civil Law*, o desempenho específico é uma consequência natural da promessa do devedor, ainda que o pleito por perdas e danos seja mais usual por ser considerado mais eficiente e menos complicado, é cediço que nesses países um pedido dessa natureza dificilmente é julgado improcedente³⁹.

Assim, se por um lado a CISG não previu expressamente a satisfação específica da obrigação, por outro, ela assegurou à parte lesada o direito de pleitear perdas e danos em face da violação de quaisquer das obrigações decorrentes do contrato ou da Convenção. A compreensão das situações em que uma violação não enseja resolução contratual, mas permite o pedido de perdas e danos será o próximo assunto a ser abordado pelo trabalho.

5 Situações de inadimplemento não essencial em que podem ser reclamadas perdas e danos

Anteriormente esclareceu-se que os inadimplementos não essenciais podem ensejar pedido de reparação de danos, ainda que não deem causa à resolução do contrato. As situações em que isso seria possível, de acordo com as decisões já proferidas pelos tribunais, foram divididas em três grupos: entrega de mercadorias em local diferente do inicialmente pactuado; atraso na entrega das mercadorias e não conformidade das mercadorias entregues.

5.1 Entrega de mercadorias em local diferente do inicialmente pactuado

A primeira situação digna de destaque refere-se à entrega da mercadoria em local diferente do inicialmente pactuado, violação que, a princípio, não configura inadimplemento essencial e, portanto,

39 BASEDOW, Jürgen. *Towards a universal doctrine of breach of contract: the impact of the CISG*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html>> Acesso em: 13. ago. 2013.

não implica resolução contratual. Abordando essas situações, há dois casos bastante interessantes, ambos julgados na Alemanha, dignos de nota.

O primeiro caso diz respeito a um vendedor alemão e um comprador belga que negociaram 12.600 Kg (doze mil e seiscentos quilogramas) de carne de veado. O contrato estipulava que a carne deveria ser enviada para a cidade de Antuérpia, a 45 km (quarenta e cinco quilômetros) de Bruxelas, na Bélgica, e que a expedição se daria mediante o pagamento da fatura.

Logo após a conclusão do contrato, o vendedor informado de que parte da carne chegaria de avião em Bruxelas, perguntou ao comprador se ele poderia retirar a mercadoria naquela cidade. Como o comprador se recusou a tomar a mercadoria na cidade de Bruxelas, então o vendedor se ofereceu para entregar a mercadoria na cidade de Antuérpia, dentro do prazo do contrato e reiterou o pedido de pagamento imediato. O comprador não efetuou o pagamento e alegou que o vendedor se recusou a cumprir o contrato no que diz respeito ao local da entrega.

A discussão foi levada ao Tribunal de Apelação de Braunschweig⁴⁰, na Alemanha, o qual ponderou que não era convincente a alegação do comprador de que a proposta do vendedor para que mercadoria fosse retirada em local diferente do previsto em contrato caracterizava recusa ao cumprimento, tomando-se em conta a interpretação que lhe conferiria uma pessoa razoável em circunstâncias semelhantes nos termos do art. 8º da CISG.

O Tribunal entendeu que o comprador não manifestou interesse em cumprir o contrato e decidiu que o vendedor tinha direito a perdas diretas, despesas com armazenamento da carne e lucros cessantes.

Nesse caso, verifica-se que o vendedor propôs uma alteração no local de entrega da mercadoria com a qual o comprador poderia ter concordado ou não. Evidentemente que o fato de o comprador retirar a mercadoria em Bruxelas ao invés de Antuérpia, acabaria por lhe transferir um custo que antes pertencia ao vendedor, de maneira que se as partes não chegassem a um consenso quanto a essa recomposição, poderiam ter submetido a causa a julgamento.

40 ALEMANHA. Tribunal de Apelação de Braunschweig. Julgamento em: 28, de outubro de 1999. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html>> Acesso em: 14 ago. 2013.

Entretanto, a forma como o comprador conduziu a situação, dando o contrato por resolvido e recusando-se ao pagamento do preço, fez com que, ao invés de ter um direito a reparação de danos, ele incidisse em inadimplemento substancial perante o vendedor sendo condenado ao pagamento de indenização.

Situação bastante diferente, mas que envolve a entrega das mercadorias em local diferente do pactuado, é a que se verifica no caso julgado pelo Superior Tribunal Regional de Oldenburg⁴¹. O réu Alemão tinha uma relação negocial duradoura com uma empresa dinamarquesa produtora de salmão defumado, a qual adquiria a matéria-prima da autora do processo, uma empresa norueguesa.

Devido a dificuldades econômicas da empresa dinamarquesa, o réu contactou diretamente a autora para lhe vender certa quantidade de salmão cru para processamento pela empresa dinamarquesa.

O local de entrega estabelecido em contrato era um armazém público à disposição do comprador. Contudo, a autora não entregou a mercadoria no local estabelecido em contrato, mas sim no local de negócios da empresa dinamarquesa, como indicado nas faturas às quais o réu alemão não se havia oposto.

Efetuada a entrega do produto, a empresa dinamarquesa faliu e o réu não recebeu qualquer salmão cru ou defumado. A autora ajuizou a ação para receber o preço do salmão cru que o réu se recusava a pagar alegando a resolução do contrato. O Tribunal entendeu que não assistia razão ao réu e lhe negou o direito a resolução do contrato sob o argumento de que a autora não o privou daquilo que tinha direito por força do contrato, isto é, não houve inadimplemento essencial nos termos do art. 25 da CISG.

Ademais, considerou que houve aceitação tácita de diferente local de entrega, uma vez que este constava nas faturas emitidas pela autora. O Tribunal ponderou ainda que as mercadorias foram colocadas à disposição do comprador (réu) transferindo-se o risco a ele e julgou procedente o pedido do autor condenando o réu ao pagamento do preço.

Esse caso é especialmente intrigante porque o comprador não teve efetivamente acesso às mercadorias

41 ALEMANHA. Superior Tribunal Regional de Oldenburg. Julgamento em: 22, de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=506&step=Abstract>> Acesso em: 14 ago. 2013.

e ainda assim foi condenado a pagar o preço, pois, considerou-se que o risco já havia sido transferido a ele.

Destaque-se que, nesse caso, ao contrário do anterior em que o vendedor apenas propôs a entrega em local diferente do estabelecido em contrato, a entrega foi efetivada em outro local e mesmo assim o tribunal não entendeu tratar-se de um inadimplemento essencial nos termos do art. 25 da CISG.

5.2 Atraso na entrega das mercadorias

Não menos delicada que alteração do local de entrega é o tempo da entrega. No que se refere ao atraso na entrega das mercadorias, o Tribunal de München⁴² na Alemanha já manifestou, de forma incidental, que não configura inadimplemento essencial, a menos que o comprador tenha fixado um período adicional de tempo para a entrega e o vendedor o tenha descumprido novamente, nos termos do art. 49(1)b da Convenção.

O caso em que o Tribunal ventilou o assunto envolvia um vendedor italiano e um comprador alemão que acordaram a compra e venda de sapatos, mas como o comprador não pagou o preço, o vendedor entregou apenas parte da quantidade de sapatos encomendada e processou o comprador para obter o preço de compra. O comprador alegou que os bens estavam em desconformidade e pediu indenização por perda de lucro.

Nessa situação o Tribunal de München entendeu que o vendedor tinha direito de exigir o preço do comprador, pois este havia perdido o direito de invocar falta de conformidade por não ter avisado o vendedor tempestivamente. O tribunal rejeitou o de resolução do contrato por parte do comprador, bem como seu pedido de perdas e danos por fixação de preço mercado de acordo com o art. 76 da CISG.

O Tribunal de Apelação de Turku⁴³, na Finlândia, também decidiu pela não resolução do contrato em face de atraso na entrega. A situação envolvia um vendedor alemão e um comprador finlandês que firmaram um contrato de compra e venda de alimentos de origem

42 ALEMANHA. Tribunal de Primeira Instância de München. Julgamento em: 20, de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=904&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013

43 FINLÂNDIA. Tribunal de Apelação de Turku. Julgamento em: 16, de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=797&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

animal cuja entrega foi adiada. Segundo o Tribunal, o tempo razoável e usual de entrega nesse ramo de atividade é de 8 semanas, mas a entrega se deu em 14 semanas, de maneira que não considerou o atraso como um inadimplemento essencial do contrato.

Entretanto, há situações em que o atraso na entrega caracteriza inadimplemento essencial. O Supremo Tribunal Regional de Hamburg⁴⁴, na Alemanha, certa vez decidiu que o atraso na entrega de mercadoria configurava inadimplemento essencial.

O caso analisado envolvia a compra e venda de ferro cuja composição deveria conter pelo menos 64% de molibdênio. Nessa situação era do conhecimento do vendedor que a entrega das mercadorias dentro do prazo era fundamental ao comprador.

Não bastasse isso, o vendedor não deu satisfação ao comprador deixando-o na incerteza acerca do cumprimento ou não do contrato. No caso, o comprador realizou uma compra em substituição e sua indenização foi fixada nos termos do art. 75 da CISG.

Nessa perspectiva, para que um atraso seja classificado como um inadimplemento essencial deve-se levar em conta uma série de fatores que excedem o instrumento contratual em si considerado, passando por uma análise do tipo de mercadoria e das suas condições de mercado, bem com as informações que as partes trocaram entre si durante a relação negocial além da conduta das partes diante da dificuldade encontrada para cumprimento da obrigação.

5.3 Não conformidade das mercadorias

A próxima situação a ser considerada é aquela em que se verifica a não conformidade dos bens entregues pelo vendedor, situação que pode ou não conduzir à resolução do contrato conforme o caso. Em 2002 o Superior Regional de Köln⁴⁵, na Alemanha, julgou um caso em que um vendedor italiano e um comprador alemão celebraram um contrato de compra e venda de roupas femininas sazonais de alta qualidade.

44 ALEMANHA. Superior Tribunal Regional de Hamburg. Julgamento: 28, de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=291&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

45 ALEMANHA. Superior Tribunal de Köln. Julgamento em: 14, de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=860&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

Entretanto, no ato de conferência o comprador observou que um número significativo de peças de roupas apresentava deformidade e os tamanhos se desviavam significativamente (até três números) da escala regular tornando-as insuscetíveis de venda. O comprador imediatamente reclamou da não conformidade dos bens ao vendedor, informando-lhe não estar mais interessado em novas entregas e solicitando a devolução do pagamento parcial realizado.

O Tribunal considerou legítima a resolução do contrato por parte do comprador nos termos do art. 49(1)(a) da CISG e lhe concedeu o direito de ser reembolsado pelo pagamento realizado. Contudo, o Tribunal ressaltou que no sistema da Convenção, a resolução do contrato é remédio excepcional devendo-se dar preferência à redução do preço e à fixação de danos, nos termos dos artigos 50 e 45(1)(b) da CISG respectivamente.

Ademais, ponderou-se que mesmo uma substancial não conformidade dos bens não equivale a uma violação fundamental capaz de declarar o contrato resolvido se o vendedor estiver disposto a reparar os bens e desde que isso não cause transtornos irrazoáveis ao comprador.

Observe-se que o contrato tinha por objeto a aquisição de roupas sazonais, isto é, de determinada época do ano. Considerando que as coleções se dividem, em geral, em primavera-verão e outono-inverno, o comprador dispunha de apenas seis meses para liquidar o produto comprado. Diante dessa informação é possível entender porque o Tribunal julgou legítima a resolução do contrato, pois como explicam Schelechtriem e Butler⁴⁶, se o contrato tem como objeto mercadorias sazonais, “um atraso geralmente resultará em uma quebra fundamental do contrato, de modo que este contrato pode ser imediatamente resolvido (sem tempo adicional para a entrega)”.

Ademais, à luz do que foi elucidado no tópico referente à privação substancial e legítima expectativa, se o contrato tinha por objeto roupas femininas de alta qualidade, é evidente que o defeito grosseiro que tornou as peças insuscetíveis de venda privou o comprador daquilo que ele legitimamente esperava do contrato.

46 SCHELECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN law on the international sales: the UN Convention on the International Sale of Goods*. Wellington, Springer. p. 99.

Contudo, como bem ressaltado na decisão do Tribunal de Köln⁴⁷ não é em todos os casos que o defeito enseja a resolução do contrato. A título de exemplo cumpre mencionar o caso levado a julgamento perante o Superior Tribunal Regional de Frankfurt⁴⁸, na Alemanha, em 1994, em que um comprador alemão e um vendedor italiano celebraram um contrato para venda de calçados femininos. O comprador não pagou parte do preço alegando que o vendedor não entregou a mercadoria no prazo e que esta apresentava defeitos, então o vendedor ajuizou ação para obter o saldo do preço.

O Tribunal afirmou que para o comprador declarar resolvido o contrato por entrega de mercadoria a destempo tem que fixar um período adicional para o desempenho do vendedor, conforme art. 49(1)(b) da CISG. Em relação à alegação de não conformidade dos bens, o Tribunal sustentou que somente pode caracterizar inadimplemento essencial quando os defeitos impedem o comprador de fazer uso razoável dos bens.

No caso em questão o comprador se restringiu a alegar que os sapatos apresentavam defeitos e que foram produzidos com material diferente daquele acordado, entretanto, não comprovou que os sapatos não poderiam ser utilizados em decorrência de tais defeitos. O pedido do vendedor foi julgado procedente condenando-se o vendedor ao pagamento do saldo do preço acrescido de juros de 10%.

Frise-se que na ocorrência das roupas femininas, o comprador explicou detalhadamente o defeito e sustentou que, devido a sua ocorrência as peças eram invendáveis. Já o comprador dos sapatos limitou-se a afirmar que os sapatos apresentavam defeitos, mas não demonstrou a impossibilidade de vendê-los.

Em outra situação que envolvia calçados, dessa vez entre um comprador esloveno e um vendedor italiano, o julgamento foi favorável ao comprador⁴⁹. Após a assinatura do contrato o comprador esloveno pagou

47 ALEMANHA. Superior Tribunal de Köln. Julgamento em: 14, de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=860&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

48 ALEMANHA. Superior Tribunal Regional de Frankfurt. Julgamento em: 18, de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=40&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

49 ITÁLIA. Tribunal de Forlì. Julgamento em: 9, de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=1729>>. Acesso em: 27 maio 2014.

o preço acordado, porém, ao realizar inspeção nos produtos recebidos constatou que a maioria dos itens apresentavam defeitos que os tornavam insuscetíveis de venda.

O comprador comunicou o vendedor italiano que se ofereceu para substituir os bens defeituosos, mas tal substituição não era possível por condições atinentes ao mercado esloveno, de maneira que o comprador solicitou a restituição do valor pago.

Como o vendedor se opôs a restituição do valor, o comprador ajuizou a demanda no Tribunal de Forlì na Itália. O Tribunal julgou procedente a pretensão do comprador e condenou o vendedor a restituir os valores pagos. Nesse caso o Tribunal ponderou que houve um inadimplemento essencial, dado que apenas 10% dos bens entregues atendiam as condições especificadas no contrato.

Entretanto, é importante recordar que nem sempre os tribunais consideram a violação contratual um inadimplemento essencial. Veja-se o negócio realizado entre um comprador Chinês e um vendedor Japonês de polipropileno em que o contrato previa condições pormenorizadas quanto à embalagem e inspeção no porto de destino⁵⁰.

O comprador, ao realizar a inspeção, encontrou significativa quantidade de mercadorias danificadas devido à embalagem inadequada. Nesse caso havia ocorrido uma modificação quanto ao porto de destino, o que levou o vendedor a argumentar que o comprador não inspecionou as mercadorias no porto de destino originalmente previsto.

Analisando a situação, a Comissão Internacional de Arbitragem Comercial da China (CIETAC) decidiu que o vendedor violou o contrato quando não embalou adequadamente os produtos e considerou que os danos causados eram perfeitamente previsíveis. O vendedor foi condenado a compensar o prejuízo sofrido pelo comprador, incluindo perda de bens, parte da perda de lucros, juros e outros custos razoáveis, mas não foi declarado inadimplemento essencial do contrato.

Ainda quanto à conformidade das mercadorias, é importante mencionar que a descrição pormenorizada das características técnicas da mercadoria no contrato

50 CHINA. Comissão Internacional de Arbitragem Comercial da China (CIETAC). Julgado em: 23, de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=1895>>. Acesso em 27 maio 2014.

pode ser decisiva para uma futura atribuição de indenização.

Um caso envolvendo uma compradora Coreana e uma vendedora espanhola ilustra bem a importância da descrição⁵¹. Trata-se de situação em que a compradora depois de ver uma amostra do material produzido pela vendedora declarou resolvido o contrato por considerar que a mercadoria não atendia os padrões acordados.

A compradora fez uma compra em substituição de outra empresa e ingressou com pedido de perdas e danos pela diferença contra a vendedora espanhola. O Tribunal Distrital Central de Seul, ao apreciar a questão julgou improcedente o pedido por considerar que não havia prova da exigência de uma qualidade específica afirmando que nesses casos as mercadorias são consideradas desconformes apenas quando não são adequadas para os fins aos quais normalmente se destinam.

A análise das decisões mencionadas acima evidencia que as especificidades do caso concreto permitem precisar se há ou não um inadimplemento essencial, porém, este não é necessário para que se condene a parte que violou o contrato a perdas e danos.

6 Dos danos recuperáveis perante o artigo 74

A análise das decisões envolvendo a aplicação da CISG revela uma tendência das partes requererem aos tribunais o reconhecimento da resolução do contrato, revelando uma subutilização do instituto das perdas e danos em casos de inadimplemento não essencial. Em outras palavras, a parte lesada busca a resolução do contrato argumentando pelo inadimplemento essencial mesmo quando isso não é razoável como caso da entrega da carne em Bruxelas, ou no caso dos defeitos dos sapatos femininos.

Abusos de direito à parte, é de se convir que a situação fica ainda mais complicada porque as mesmas violações que em alguns casos caracterizam inadimplemento essencial e conduzem à resolução do contrato, em outros casos não têm o mesmo efeito dependendo, em grande medida, das especificidades de cada situação e das provas produzidas pelas partes.

Assim, se para alguns contratos específicos referentes a determinadas mercadorias inseridas

em certos mercados o atraso na entrega não priva substancialmente o comprador daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, em contrapartida, em outros casos, isso é suficiente para tornar o inadimplemento totalmente desinteressante para o comprador.

Nessa perspectiva, o contexto no qual o caso concreto se insere e as provas produzidas pelas partes são essenciais para a caracterização do inadimplemento essencial que autoriza a resolução do contrato. Contudo, partindo do princípio que a violação de qualquer obrigação contratual pode conduzir a um pedido de indenização, quais seriam as perdas e os danos efetivamente recuperáveis de acordo com esse artigo?

Segundo John GOTANDA⁵², costuma-se classificar os danos recuperáveis sob o amparo da CISG em três categorias, são elas: perdas diretas, danos incidentais e danos consequentes.

6.1 Perda direta ou perda por incumprimento

A perda direta segundo John GOTANDA⁵³ corresponde à perda de valor resultante da violação apurada por meio da diferença entre o valor do desempenho que deveria ter sido recebido e o que efetivamente foi recebido pela parte lesada.

Ingeborg Schwenzer⁵⁴ prefere utilizar o termo “perda por incumprimento” (*non-performance loss*) ao termo “perda direta”, por considerá-lo mais adequado ao caráter universal da CISG, uma vez que aquele abrange o que as leis domésticas costumam chamar de perda direta sem, entretanto, considerar os mecanismos que os ordenamentos nacionais utilizam para distingui-las das perdas indiretas.

Para elucidar o conceito do que Schwenzer⁵⁵ define como “perda por incumprimento”, a autora afirma

52 GOTANDA, John. Section II, Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011. p. 995.

53 GOTANDA, John. Section II, Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011. p. 995.

54 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. *Global sales and contract law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 611.

55 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed.

51 KOREA. Corte Distrital Central de Seul. Julgado em: 5 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081205k3.html#uab>>. Acesso em: 27 maio 2014.

tratar-se da perda verificada quando o comprador não recebe uma contraprestação adequada ao preço pago. Se o contrato foi resolvido, a perda direta é calculada segundo o artigo 75 e 76, porém, se o contrato não foi resolvido os danos são calculados de acordo com o art. 74 tomando-se por base os custos de uma transação substituta.

No caso de as mercadorias terem sido entregues com defeito, o dano consiste na diferença entre o valor dos bens defeituosos e o valor que eles teriam se estivessem em conformidade com o pactuado⁵⁶. Se o defeito dos bens é sanável, a perda por incumprimento pode ser calculada de acordo com as despesas necessárias fazê-lo.⁵⁷

Contudo, a explicação mais didática ao que se compreende por perda direta pode ser atribuída a Djakhongir Saidov⁵⁸, a qual segue em tradução livre:

Uma parte no contrato, muitas vezes, incorre em despesas que constituem parte do seu desempenho do contrato na expectativa de que elas serão recuperadas a partir do valor recebido do desempenho da outra parte. Se, porém, essa outra parte não o fizer, essas despesas podem, totalmente ou em parte, acabarem sendo desperdiçadas, causando perdas.

O conceito acima evidencia que as perdas diretas correspondem àquelas despesas que na ausência de violação seriam consideradas como normais do negócio. De acordo com Saidov⁵⁹, o critério para definir as perdas diretas consiste em verificar se a despesa realizada pela

parte possui “essencial dependência” com a execução do contrato. Constatando-se essa dependência, a perda deve ser classificada como direta.

Como exemplo pode se citar a decisão proferida pelo Tribunal de Apelação de Hamm⁶⁰, na Alemanha, em 1978, quando ainda vigorava a Lei Uniforme para Venda Internacional de Mercadorias (Uniform Law for the International Sale of Goods - ULIS), decidiu que o comprador deveria indenizar o vendedor que fabricou amostras dos produtos, bem como, após a conclusão do contrato, criou ferramentas para a fabricação das válvulas a serem entregues ao comprador.

6.2 Danos incidentais

Têm-se como danos incidentais aqueles verificados quando a parte lesada se obriga a incorrer em despesas adicionais para evitar novas perdas.⁶¹ A recuperação das perdas incidentais que não está explicitamente mencionada no artigo 74 abrange, por exemplo, despesas com preservação e armazenamento de bens, custos adicionais de transporte⁶², custos de modificação do produto para atender às necessidades de um novo comprador, custos com transação substituta⁶³, entre outros.

Saidov⁶⁴ aponta para um fenômeno interessante em relação a esses danos incidentais verificado nos tribunais. Segundo ele, além do critério da razoabilidade, isto é, a despesa incorrida para evitar outras perdas deve ser de um valor razoável, tem-se defendido que a despesa incorrida tem que ser necessária ou inevitável.

Tomando em conta a inevitabilidade da despesa, a Comissão Internacional Chinesa de Arbitragem

Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1006.

56 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1006.

57 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1007.

58 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other International Instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 40. Tradução livre de: “A party to the contract often incurs expenses which constitute part of its performance of (or preparation to perform) the contract in the expectation that they will be recouped from the value received from the other party’s performance. If, however, that other party fails to do so, these expenses may, wholly or in part, turn out to be wasted, thereby causing loss.”

59 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 41.

60 ALEMANHA. Tribunal de Apelação de Hamm. Julgado em: 23, de março de 1978. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/780323g1.html>>. Acesso em: 19 set. 2013.

61 GOTANDA, John. Section II, Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011. p. 996.

62 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1009.

63 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 44-45.

64 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 45.

Econômica e Comercial (CIETAC)⁶⁵ obrigou o vendedor que falhou com a entrega a compensar o comprador quanto ao valor que este teve que desembolsar a título de indenização ao subcomprador.

Existe uma polêmica se os custos de litígio e os custos com advogado incorridos por causa de uma violação seriam recuperáveis⁶⁶ a título de perdas incidentais. De acordo com Djakhongir Saidov o dissenso se justifica porque segundo ele não há uniformidade de tratamento quer no âmbito das leis domésticas, quer no da arbitragem internacional.⁶⁷

Saidov⁶⁸ afirma que os argumentos pela recuperação dos custos de litígio e honorários advocatícios decorrem de uma leitura simples do artigo 74, segundo a qual, a parte lesada somente incorre em tais custos em razão do incumprimento. Para sustentá-lo com mais vigor, lançam-se mão dos princípios da reparação integral e da proteção da confiança.

De outro vértice, tem-se sugerido que a recuperação dos custos de litígio e honorários de advogado é matéria que foge ao âmbito de aplicação da Convenção porque a distribuição desses custos é assunto de ordem processual que deve ser deixada para lei doméstica aplicável, uma vez que a Convenção se destina a regular os contratos e não a matéria processual.

Foi sob esse argumento que a Corte Federal de Apelação dos Estados Unidos da América da 7ª Seção cassou a decisão de primeira instância que condenou a ré Lenell Cooky Company ao pagamento dos honorários advocatícios à autora Zapata Hermanos Sucesores S.A.⁶⁹

A empresa mexicana forneceu à indústria estadunidense latas para embalar biscoitos, mas não recebeu a maior parte do pagamento pelos produtos

fornecidos. Diante disso, ingressou com a ação da qual saiu vencedora e obteve, em primeira instância, a condenação da Maurice Lenell ao pagamento dos honorários de advogado gastos com a ação.

A Corte Federal de Apelação reverteu o julgamento sustentando que a Convenção trata do direito material dos contratos e não de procedimento, o qual fica sujeito à aplicação da lei doméstica, no caso, a lei processual dos Estados Unidos da América que prevê que o vencedor arca com suas próprias despesas de litígio.

Essa última opinião, de que os custos de litígio e os honorários de advogado não são recuperáveis perante a Convenção, é a que tem prevalecido segundo Schwenzler⁷⁰ tornando-se recomendável às partes, mediante cláusula contratual, estabelecer a quem eventualmente compete o pagamento desses custos, pois, se assim não o fizerem, isso será definido pela lei doméstica aplicável ou por meio das regras arbitrais.

No que se refere aos custos pré-litígio, SCHWENZLER⁷¹ afirma ser prevalente o entendimento de que estes são recuperáveis a título de danos incidentais, principalmente, aqueles relacionados à mitigação do dano. Haveria, entretanto, custos pré-litígio não recuperáveis entre os quais se enquadrariam os custos de análise provisória da situação jurídica e de análise do possível resultado de quaisquer litígios e negociações.

Schwenzler⁷² também sustenta que custos agência de cobrança e não estariam albergados pelo art. 74 da CISG, todavia, é importante mencionar que Alisson Butler⁷³ discorda desse entendimento e inclui entre as perdas recuperáveis sob o art. 74 da CISG os custos com agência de cobrança e os custos com advogado no exterior.

6.3 Danos consequentes

70 SCHWENZLER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZLER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1010.

71 SCHWENZLER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZLER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1012.

72 SCHWENZLER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZLER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1012.

73 BUTLER, Allisson E. *A practical guide to the CISG: negotiations through litigation*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>. Acesso em 14 maio 2013.

65 CHINA. Comissão Internacional Chinesa de Arbitragem Econômica e Comercial (CIETAC) Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960314c1.html>>. Acesso em: 20 set. 2013.

66 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 50.

67 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 50.

68 SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of goods: the CISG and other international instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 50.

69 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Federal de Apelação da 7ª Seção. Julgamento em: 19, de novembro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html>>. Acesso em: 28. mai. 2014.

Além das perdas diretas e danos incidentais, a doutrina aponta a existência dos danos consequentes compreendidos como aquelas perdas adicionais para além das causadas pelo incumprimento em si. Os danos consequentes incluem, principalmente, a responsabilidade do inadimplente perante terceiros decorrente da violação.⁷⁴

Assim, se um vendedor deixou de entregar um produto ou entregou-o com defeito e o comprador firmou um contrato subsequente de fornecimento daquilo que fabricaria utilizando o produto adquirido no qual assumiu uma multa por atraso esta pode ser cobrada do fornecedor que não cumpriu sua obrigação.⁷⁵

É controvertida a possibilidade de se reclamarem danos por morte ou lesões pessoais a terceiros decorrentes da violação contratual uma vez que a Convenção em seu artigo 5º ressalva sua não aplicação à responsabilidade do vendedor pela morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a quem quer que seja.

Muito embora exista essa previsão, Ingeborg Schwenzer⁷⁶ aponta para uma tendência crescente em se admitir a recuperação de danos causados por mercadorias adquiridas mediante negócios regulados sob a Convenção de Viena como parte dos prejuízos financeiros do comprador.

Há um caso emblemático envolvendo reclamação de danos por lesão corporal e morte de terceiros julgado pelo Tribunal de Apelações de Düsseldorf⁷⁷. No caso, o comprador, cuja empresa localizava-se em Krefeld, Alemanha, adquiriu uma máquina de corte do réu vendedor localizado em Indiana, Estados Unidos. A máquina de corte foi instalada numa unidade Russa de processamento de lâminas para mobiliário.

Depois de ser colocada em operação, a máquina causou um acidente que levou um operário à morte e lesionou outro. Então, o subcomprador russo exigiu em juízo a reparação da máquina defeituosa, e o comprador processou o vendedor para recuperar os custos da reparação.

O comprador também requereu que o Tribunal declarasse que o vendedor era obrigado a indenizar o comprador contra todos os danos reclamados pelo russo subcomprador a respeito do acidente em discussão. O Tribunal decidiu que a obrigação do terceiro decorreu de defeitos no produto vendido e que a indenização de tal obrigação é abrangida pelos danos da CISG.

No que se refere aos custos legais, judiciais ou extrajudiciais, incorridos pelo promissário em litígios com terceiros, estes estariam abrangidos pelo art. 74 da CISG e podem ser recuperados do promitente⁷⁸ a título de danos consequentes, como a propósito decidiu a Corte do Distrito de Berlin⁷⁹. Trata-se de um caso em que um comprador diante de defeitos apresentados no veículo revendido a um consumidor francês teve que retomar o veículo e reembolsá-lo pelo preço da compra.

Como o comprador teve que contratar um advogado francês, exigiu na ação de reparação de danos contra o vendedor que o Tribunal o condenasse a reembolsar este custo com advocacia estrangeira, uma vez que o veículo apresentava defeitos e o vendedor havia sido tempestivamente informado disso.

Ainda dentro do que se compreende por danos consequentes estaria aquele referente à perda de reputação ou perda do renome comercial (*loss of reputation, loss of goodwill*) sob qual circunda a discussão se detém natureza pecuniária ou não.

Schwenzer⁸⁰ defende o caráter pecuniário desta perda, uma vez que o renome comercial tem uma inegável importância econômica, ainda que o cálculo e prova necessária sejam incertos e controversos.

74 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1012.

75 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1012.

76 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1012.

77 ALEMANHA. Corte de Apelação de Düsseldorf. Julgado em: 02, de julho de 1993. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>> Acesso em: 16 maio 2013.

78 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1012.

79 ALEMANHA. Corte do Distrito de Berlin. Julgado em: 13, de setembro de 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060913g1.html>> Acesso em: 16. jun. 2013.

80 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1013.

Djakhongir Saidov⁸¹, que também defende o caráter pecuniário do dano ao renome, chega a afirmar que os pedidos de condenação são frequentemente rejeitados porque os autores falham ao provar o seu dano, uma vez que sob a Convenção reconhece-se o padrão probatório da ‘razoável certeza’. Ademais, haveria a necessidade de, inicialmente, se demonstrar a existência da reputação ou do renome comercial para depois provar os danos que a violação contratual lhe causou.

A importância de se demonstrar a existência da reputação é reforçada pelo caso Flippe Christian versus Sarl Douet Sport Collections julgado em 19 de janeiro de 1998 pelo Tribunal de Comércio de Besaçon⁸². O comprador, promotor de um clube de judô sueco, adquiriu do vendedor 69 agasalhos infantis e 29 agasalhos para adultos.

A mercadoria foi revendida aos membros do clube de judô, os quais reclamaram que após a lavagem dos agasalhos verificou-se um encolhimento entre 6 e 8 centímetros nas peças. Tal fato pode, em certa medida, ter afetado o renome do clube de judô, entretanto, o pedido de indenização por danos ao renome foi rejeitado pelo tribunal, favorecendo-se o réu que argumentou que o comprador não era comerciante.

Como possíveis provas dos danos à reputação ou ao renome, Saidov⁸³ sugere a apresentação dos registros demonstrando a diferença entre o volume de vendas e o nível de lucros atingidos antes e depois do dano, testemunhas que deponham sobre a existência de danos à reputação ou que atestem a dependência do negócio da entrega dos bens pelo vendedor, ou ainda depoimentos de ex-clientes e outras testemunhas que possam indicar que a atividade empresarial foi encerrada por causa das entregas defeituosas. Por fim, esse autor indica que a própria perda de lucro pode ser usada como indício do dano ao renome comercial, entrando ressalta que ela sozinha pode não conduzir a essa conclusão.

81 SAIDOV, Djakhongir. *Damages to Business Reputation and Goodwill*. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 403.

82 FRANÇA. Tribunal de Comércio de Besaçon. Julgado em: 19, de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=416&do=case>> Acesso em: 23 maio 2013.

83 SAIDOV, Djakhongir. *Damages to Business Reputation and Goodwill*. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: Domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 404-405.

Além das dificuldades de provar o dano à reputação, bem como promover o respectivo cálculo, John Gotanda⁸⁴ aponta como dificuldade a fluidez do termo reputação comercial que pode significar desde um relacionamento positivo com os consumidores, até a habilidade de a empresa obter lucros acima do normal.

Ciente da dificuldade conceitual em torno do conceito de reputação comercial (goodwill), o Conselho Consultivo da CISG, ao lançar mão do parecer número 6 no qual define diretrizes para o cálculo dos danos sob o art. 74 da CISG, enfatiza que a perda de renome comercial é o “declínio da reputação empresarial ou da imagem comercial, quantificada pela retenção de clientes e que alternativamente, a perda da reputação comercial tem sido definida como a diminuição do valor de um interesse comercial”⁸⁵.

Existe polêmica também quanto à possibilidade de se exigir reparação de perdas não pecuniárias, as quais não são expressamente excluídas pela CISG.⁸⁶ A opinião prevalente é a de que a Convenção só admite a recuperação dos danos materiais⁸⁷, estando excluídos os danos por dor e sofrimento.⁸⁸

De acordo com Peter Schlechtriem⁸⁹ os autores que sustentam a reparabilidade dos danos morais à égide da CISG, o fazem com intuito de proteger a reputação comercial. Todavia, o autor considera um equívoco classificar o dano ao renome como moral e alerta

84 GOTANDA, John. Section II, Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011. p. 1008.

85 CISG Advisory Council Opinion n° 6. *Calculation of damages under CISG article 74*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>> Acesso em: 06 jun. 2013. Tradução livre de: “Loss of goodwill also has been defined as a decline in business reputation or commercial image, quantified by the retention of customers. Alternatively, loss of goodwill has been defined as the decrease in the value of a business interest”.

86 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1015.

87 GOTANDA, John. Section II, Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011. p. 1001.

88 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1015.

89 SCHLECHTRIEM, Peter. *Non-Material Damages: recovery under the CISG?*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem15.html>>. Acesso em: 06 jun. 2013.

para a existência do parecer número 6, do Conselho Consultivo da CISG que sedimentou o entendimento de que o artigo 74 não permite a recuperação de perdas imateriais.

Pode-se concluir, portanto, que a CISG não prevê a reparação de danos imateriais, mas que entre esses não estão incluídos os danos ao renome, os quais são considerados materiais. Lembrando que o parecer número 6 do Conselho Consultivo da CISG, orienta que a recuperação das perdas por dano ao renome esteja disponível à parte prejudicada que provar com razoável certeza a perda financeira suportada⁹⁰.

6.4 Lucros cessantes

O artigo 74 da CISG inclui entre os danos recuperáveis a perda de lucros, ou lucros cessantes e o faz de forma expressa porque em alguns sistemas jurídicos o termo perda não abrange a categoria dos lucros cessantes⁹¹.

Diante dessa opção feita pela CISG, autores como SCHWENZER⁹² passaram a afirmar que “enquanto o termo perda dentro do artigo 74 contempla o prejuízo para os ativos existentes ao tempo da conclusão do contrato, a noção de lucro cessante cobre cada aumento no ativo que foi impedido em decorrência da violação”.

Ainda segundo o magistério de Schwenger⁹³, os lucros cessantes abrangem o lucro que o comprador teria obtido com a revenda dos produtos e que foi obstado pela quebra contratual do vendedor, bem

90 CISG Advisory Council Opinion n° 6. *Calculation of damages under CISG article 74*. Disponível em: <<http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=202&sid=202>> Acesso em: 06 jun. 2013.

91 Comentário sobre o Projeto de Convenção sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias elaborado pela Secretaria. Comentário ao art. 74. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644#Article%2074>> Acesso em: 04. set. 2013.

92 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1014. Tradução livre de: “While the term ‘loss’ within the meaning of Article 74 envisages detriment to the assets existent at the time of the conclusion of the contract, the notion of ‘loss of profit’ covers every increase in assets which was prevented by the breach.”

93 SCHWENZER, Ingeborg. Section 11, Damages. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 1014.

como incluem as perdas resultantes da impossibilidade de manter a atividade empresarial funcionando por conta da violação contratual.

Nessa perspectiva, o lucro de revenda seria uma espécie de lucro cessante a admitir duas formas de cálculo: pela diferença entre o preço do contrato e o preço de revenda ao cliente do comprador; ou pela diferença entre o preço de mercado e o preço do contrato.⁹⁴

O primeiro método foi usado no caso do *Papel de Arte*⁹⁵ julgado pela Comissão Internacional Chinesa de Arbitragem Econômica e Comercial (CIETAC) em 12 de fevereiro de 1996 no qual um comprador chinês e um vendedor americano celebraram um contrato para compra e venda de papel de arte.

Seguindo os ditames contratuais o comprador emitiu uma carta de crédito irrevogável, mas o vendedor não entregou as mercadorias. Entre os pedidos formulados pelo autor, estavam o pedido de indenização por atraso na entrega e o de recuperação dos custos associados à emissão da carta de crédito ambos rejeitados pelo Tribunal Arbitral.

Contudo, o comprador obteve a recuperação da perda de pagamento, uma vez que em razão da violação contratual perpetrada pelo vendedor o comprador chinês deixou de cumprir o contrato com o seu cliente para quem teve que devolver em dobro o pagamento que havia recebido. O Tribunal também julgou procedente o pedido do comprador pela recuperação dos lucros cessantes calculados como a diferença entre o preço do contrato e o preço de revenda, além de condenar o vendedor a suportar os custos do processo de arbitragem.

Essa diferença entre o preço do contrato e o preço de revenda pode ser calculada de forma estimada como fez Corte de Apelação de Köln, na Alemanha, no caso julgado em 12 de janeiro de 2007 conhecido como caso das embalagens de papelão⁹⁶.

94 RACZYNSKA, Magdalena. *Recoverability of the buyer's lost resale profit under CISG*. Disponível em: <http://www.njcl.fi/2_2007/article2.pdf> Acesso em: 16 set. 2013.

95 CHINA. Comissão Internacional Chinesa de Arbitragem Econômica e Comercial (CIETAC). Julgado em: 12, de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960212c1.html>> Acesso em: 16 set. 2013.

96 ALEMANHA. Corte de Apelação de Köln. Julgado em: 12, de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070112g1.html>>. Acesso em: 16. set. 2013.

A compradora alemã e a vendedora checa celebraram contrato de fabricação e fornecimento, pelo prazo de 4 anos, de arquivos em papelão firme. Nesse contrato as partes estipularam volume padrão de negócios, descontos para pagamento antecipado e direito de varejo exclusivo ao comprador em todo território alemão.

Um ano antes do término do contrato, a compradora recusou-se a assinar um termo aditivo em a parte vendedora alterava o foro competente, bem como a lei aplicável ao contrato. Diante disso, o vendedor declarou a resolução imediata do contrato, por carta, em 12 de dezembro de 2002, deixando de fornecer as mercadorias.

O Tribunal de Köln entendeu que a resolução era indevida e condenou a parte vendedora ao pagamento de lucros cessantes à compradora, nos termos da estimativa apresentada por esta. A compradora apresentou uma expectativa de volume de negócios com uma margem de lucro de 30%, dos quais deveriam ser excluídos os custos de revenda estimados em 10%.

Considerando que havia uma expectativa de negócios no montante de €115.000,00 (cento e quinze mil euros), cujo volume de negócios efetivamente prestados pelo vendedor foi no importe de €1.444,00 (mil quatrocentos e quarenta e quatro euros), restando um volume de negócios a serem satisfeitos no montante de €113.556,00 (cento e treze mil quinhentos e cinquenta e seis euros).

Calculando-se o lucro de 30% sobre esse último valor, tem-se o equivalente a €34.066,80 (trinta e quatro mil, sessenta e seis euros e oitenta centavos), dos quais se subtrai os 10% referentes aos custos de operação, equivalentes a €3.406,68 (três mil quatrocentos e seis euros e sessenta e oito centavos). Dessa forma os lucros cessantes foram arbitrados em €30.660,12 (trinta mil seiscentos e sessenta euros e doze centavos).

O segundo método foi aplicado pelo Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa em caso julgado em 27 de maio de 2005⁹⁷.

Trata-se de contrato de compra e venda firmado entre um comprador turco e um vendedor russo, em que este não entregou parcela da mercadoria pré-paga

97 RÚSSIA. Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa. Julgado em: 27, de maio de 2005. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>>. Acesso em: 16. set. 2013.

ao comprador que o processou por lucros cessantes. Ao conceder o pedido de lucros cessantes, o tribunal russo tomou por base a taxa de lucro existente no mercado turco, que poderia ser obtida com a revenda das mercadorias e que foi comprovada pelo comprador por meio de documentos.

Contrariando a opinião de Gottanda⁹⁸, que afirma que os lucros cessantes “não precisam ser calculados com precisão matemática” tratando-se de uma estimativa, em todos os casos mencionados anteriormente observa-se que houve uma preocupação com a exatidão dos cálculos.

Corroborando com esse entendimento a decisão do Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Ucrânia⁹⁹ em que se reduziram os lucros cessantes do comprador porque se entendeu que este não apresentou cálculos fundamentados da perda de lucros no montante de US\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil dólares).

Nesse caso o Tribunal arbitrou os lucros cessantes em US\$ 897.000,00 (oitocentos e noventa e sete mil dólares) sob o argumento de que este valor consistia na diferença entre o preço de mercado e o preço atribuído em contrato para os bens, subtraindo-se 10% a título de desvio dos números concretos apresentados pelas partes.

Em síntese, pode-se afirmar ainda que o volume de vendas possa ser estimado, o preço de mercado tem que ser provado com razoável certeza, havendo sim uma preocupação por parte dos Tribunais com a exatidão do cálculo.

7 O dano como um conceito em transformação

Diante do exposto fica evidente que além das dificuldades probatórias enfrentadas por aquele a quem incumbe a demonstração do dano, existem impasses doutrinários sobre aspectos centrais da disciplina de danos.

Se partirmos da concepção tradicional amparada pela teoria do benefício econômico perante a qual um

98 GOTANDA, John. Section II. Damages. In: KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011. p. 998.

99 UCRÂNIA. Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Ucrânia. 2005. Case n 48. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050000u5.html>>. Acesso em: 16 set. 2013.

contrato é sempre firmado no intuito de se obter uma vantagem financeira calculável monetariamente e que, conseqüentemente, a disciplina dos danos deve proteger a posição econômica da parte lesada, corremos o risco de tornar irrecuperáveis as perdas que não aparecem no balanço econômico da parte lesada, que em geral são as perdas consideradas não pecuniárias¹⁰⁰.

Schwenzer e Hachem¹⁰¹ apresentam três exemplos interessantes para reflexão da atual perspectiva de danos:

Hipótese 1: suponha que o comprador é transportador comercial que comprou 10 caminhões para transporte. Se eles não forem entregues no prazo, o comprador terá que alugar caminhões substitutos para exercer sua atividade. Os custos de aluguel serão unanimemente reconhecidos como perda pecuniária sob o princípio do benefício econômico. No entanto, vamos mudar um pouco os fatos. O comprador não é mais um transportador profissional, mas sim uma organização não governamental (ONG) transportando comida para o Sahel. Como não existem caminhões substitutos a serem alugados lá, eles são necessários, não ocorrendo perda nesse sentido.

Hipótese 2: Suponha que uma empresa Suíça, consciente dos direitos humanos, compra camisetas de um vendedor na Índia sob a condição contratual de que não sejam empregadas crianças na fabricação dos produtos. O comprador está disposto a pagar 100% a mais do preço de mercado para garantir o respeito a esses direitos humanos básicos. Se o vendedor quebrar o contrato por empregar crianças esse fato não altera fundamentalmente a propriedade tangível dos bens. Se o comprador revende os bens sem que ninguém esteja consciente da quebra do contrato, suas receitas vão ser as mesmas como se o vendedor tivesse cumprido com os termos do contrato. Assim, no sentido estrito, nenhuma perda pecuniária é verificada.

100 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. *Global sales and contract law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 583.

101 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG provisions on damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 94.

Hipótese 3: imagine que um fotógrafo profissional comprou uma Ferrari em cor-de-rosa chamativo pagando um extra por essa pintura especial para utilizar o veículo em sessões de fotos. A Ferrari é entregue em vermelho padrão comum. Como ninguém iria comprar uma Ferrari rosa chamativa, o preço de revenda de um vermelho padrão é ainda maior do que o carro negociado. Será que isso significa que o fotógrafo não sofreu perda e não pode pedir indenização?¹⁰²

Assim, de acordo com a visão tradicional que restringe os danos às perdas econômicas, não haveria, em nenhuma das três hipóteses, danos a serem compensados, “ignorando-se o fato de que a parte prejudicada pagou o preço precisamente para obter o correto desempenho do contrato”¹⁰³.

Por esse motivo, esses autores propõem a superação da concepção tradicional do benefício econômico por meio do que denominam princípio do desempenho

102 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The scope of the CISG provisions on damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 94. Tradução livre de: Hypothetical 1: Suppose that the buyer is a commercial carrier buying 10 trucks for transportation. If they are not delivered in time, it rents substitute trucks to carry on its business. Rental costs will unanimously be recognized as pecuniary loss under the economic benefits principle. However, let us change the facts slightly. The buyer is no longer a professional carrier but a non-governmental organization (NGO) transporting food to the Sahel. As no substitute trucks can be rented where they are needed, no loss in this sense occurs. Hypothetical 2: Suppose that a Swiss company, conscious of human rights, buys T-shirts from a seller in India on the contractual condition that no children are to be employed in manufacturing the goods. The buyer is willing to pay a price 100% higher than the market price to ensure that such basic human rights are complied with. If the seller breaches the contract by employing children, this fact does not fundamentally change the tangible properties of the goods. If the buyer resells the goods without anybody becoming aware of the breach of contract, its revenues will be the same as if the seller had complied with the terms of the contract. Thus, in the strict sense, no pecuniary loss could be ascertained. Hypothetical 3: Imagine that a professional photographer buys a Ferrari in a flashy pink colour, paying extra for special paint work for photo shootings. The Ferrari is delivered in ordinary standard red. As nobody else would buy a flashy pink Ferrari, there sale price of a standard red one is even higher than that of the car bargained for. Does this mean that the photographer has suffered no loss and cannot claim damages?

103 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The scope of the CISG provisions on damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 94. Tradução livre de: “[...] one ignores the fact that the aggrieved party has paid the price precisely to obtain the correct performance of the contract”.

(*performance principle*), segundo o qual as obrigações contratuais assumidas pelas partes são contraídas de acordo com a vontade delas e de acordo com a lei, devendo, portanto, atuar-se no sentido de dar efetividade a esta vontade¹⁰⁴.

À luz do princípio do desempenho é possível proteger as legítimas expectativas dos compradores nas três hipóteses anteriormente mencionadas o que representa a superação do paradigma puramente econômico comum ao século XIX, mas que já não é mais adequado às relações negociais contemporâneas reconfigurando a extensão dos danos abrangidos pela Convenção de Viena.¹⁰⁵

Reforce-se que as categorias de danos apresentadas como recuperáveis neste estudo mediante aplicação do art. 74 da CISG estão em transformação sempre no intuito de proporcionar ao lesado à reparação integral do dano, mas sem propiciar-lhe o enriquecimento sem causa.

8 Considerações finais

A CISG, como instrumento de unificação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias representa um grande avanço em termos de segurança jurídica internacional. Contudo, a aplicação uniforme fica comprometida pelo uso de conceitos, cujo conteúdo tem necessariamente que ser preenchido pelo intérprete, o qual inevitavelmente recorre à doutrina que lhe é mais próxima, qual seja, aquela que se dedica à hermenêutica do direito doméstico.

É interessante observar que é justamente nesse preenchimento dos conceitos que estão os principais pontos de divergência da doutrina. Assim, por exemplo, o artigo 25 da CISG define satisfatoriamente o que é inadimplemento essencial, porém, no momento em que se tem de definir o que é “privação substancial da legítima expectativa”, os doutrinadores manifestam entendimentos divergentes.

Contudo, no que se refere ao problema exposto na introdução quanto à necessidade de existir um inadimplemento essencial para fixação de perdas e

danos, verificou-se que a doutrina soa uníssona pela sua dispensabilidade, bastando que tenha havido uma violação a quaisquer das obrigações decorrentes do contrato ou da Convenção.

Partindo para análise dos casos concretos, contactou-se uma subutilização do instituto das perdas e danos pelas partes, uma vez que elas geralmente sustentam o inadimplemento essencial para justificar a resolução do contrato.

Da comparação entre os vereditos dos casos selecionados, observou-se que não há padrões rígidos definidos *a priori* para o inadimplemento essencial, de maneira que a constatação da privação substancial de uma legítima expectativa é feita casuisticamente com base nas provas produzidas e nas circunstâncias específicas que envolvem a situação concreta, resultando, muitas vezes, em decisões díspares para casos semelhantes.

A identificação dos danos considerados recuperáveis pelo artigo 74 da CISG resultou em quatro categorias já bem consolidadas pela doutrina, são elas: perdas diretas; danos incidentais; danos consequentes e lucros cessantes.

A principal polêmica se situa no campo dos danos consequentes e consiste na classificação do dano ao renome ou à reputação comercial como material ou imaterial. A doutrina internacionista tem-se consolidado no sentido de que o dano ao renome é de caráter material e que, portanto, deve ser provado com razoável certeza.

Todavia, o assunto chama a atenção porque no Brasil a doutrina e a jurisprudência há tempos assentaram o entendimento de que a pessoa jurídica pode ser vítima de dano moral, em que se enquadram os danos ao renome, à reputação e até à marca.

Optando por classificar tal dano como imaterial, os tribunais e a doutrina brasileiros pretendiam, e em certa medida conseguiram, eliminar o problema da prova nessas questões, confiando ao juiz a tarefa de arbitrar um valor suficiente para a reparação do dano.

Verifica-se nesse sentido um possível ponto de dissidência entre o que está consolidado no âmbito de aplicação da Convenção, ainda mais com a edição do parecer nº 06 do Conselho Consultivo da CISG, e o que está consolidado no domínio dos tribunais brasileiros.

Resta a pergunta: será que os tribunais brasileiros estão dispostos a se comprometer com a uniformidade na aplicação da CISG?

104 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. *Global sales and contract law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 584.

105 SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The Scope of the CISG provisions on damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 105.

Referências

- ALEMANHA. Corte de Apelação de Düsseldorf. Julgado em: 02, de julho de 1993. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>> Acesso em: 16 maio 2013.
- ALEMANHA. Corte de Apelação de Köln. Julgado em: 12, de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070112g1.html>>. Acesso em: 16 set. 2013.
- ALEMANHA. Corte do Distrito de Berlin. Julgado em: 13, de setembro de 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060913g1.html>> Acesso em: 16 jun. 2013.
- ALEMANHA. Superior Tribunal de Köln. Julgamento em: 14, de outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=860&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- ALEMANHA. Superior Tribunal Regional de Frankfurt. Julgamento em: 18, de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=40&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- ALEMANHA. Superior Tribunal Regional de Hamburg. Julgamento em: 28, de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=291&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- ALEMANHA. Superior Tribunal Regional de Oldenburg. Julgamento em: 22, de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=506&step=Abstract>> Acesso em: 14. ago. 2013.
- ALEMANHA. Supremo Tribunal Federal Alemão. Julgamento em: 31, de outubro de 2001. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>. Acesso em: 08 ago.2013.
- ALEMANHA. Tribunal de Apelação de Braunschweig. Julgamento em: 28, de outubro de 1999. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991028g1.html>> Acesso em: 14 ago. 2013.
- ALEMANHA. Tribunal de Apelação de Frankfurt. Julgamento em: 17, de setembro de 1991. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910917g1.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.
- ALEMANHA. Tribunal de Apelação de Hamm. Julgado em: 23, de março de 1978. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/780323g1.html>>. Acesso em 19 set. 2013.
- ALEMANHA. Tribunal de Primeira Instância de München. Julgamento em: 20, de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=904&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- BASEDOW. Jürgen. *Towards a universal doctrine of breach of contract: the impact of the CISG*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html>> Acesso em: 13, ago. 2013.
- BIJL. Maartje. *Fundamental breach in documentary sales contracts the doctrine of strict compliance with the underlying sales contract*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/bijl.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.
- BUTLER, Allisson E. *A practical guide to the CISG: negotiations through litigation*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>. Acesso em 14 maio 2013.
- CHINA. Comissão Internacional Chinesa de Arbitragem Econômica e Comercial (CIETAC). Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960314c1.html>>. Acesso em: 20, set. 2013.
- CHINA. Comissão Internacional Chinesa de Arbitragem Econômica e Comercial (CIETAC). Julgado em: 12, de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960212c1.html>> Acesso em: 16 set. 2013.
- CHINA. Comissão Internacional de Arbitragem Comercial da China (CIETAC). Julgado em: 23, de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=1895>> Acesso em 27. maio 2014.
- CISG Advisory Council Opinion nº 6. *Calculation of damages under CISG article 74*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>> Acesso em: 06 jun. 2013.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1984.
- COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Alguns aspectos da lei para a modernização do direito das obrigações na Alemanha. *Revista de Direito Privado*, ano 12, n. 45, p. 147-164, jan./mar. 2011.
- COSTA, Judith Martins. *Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações: do adimplemento e da extinção das obrigações: arts. 304 a 388*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. t. 1.
- COSTA, Judith Martins. Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de

- Viena de 1980. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 126, p. 115-128, abr./jun. 1995.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Federal de Apelação da 7ª Seção. Julgamento em: 19, de novembro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021119u1.html>>. Acesso em: 28. Maio 2014.
- FERRARI, Franco. *Fundamental breach of contract under the UN sales convention: 25 years of article 25 CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.
- FINLÂNDIA. Tribunal de Apelação de Turku. Julgamento em: 16, de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=797&step=Abstract>>. Acesso em: 14. ago. 2013.
- FONSECA, Patrícia Galindo da. Anotações pertinentes à regulamentação sobre transmissão do risco: convenção da ONU de 1980, Incoterms e Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 39-56, jul./set. 1998.
- FONSECA, Patrícia Galindo da. O Brasil perante uma nova perspectiva de Direito Mercantil Internacional. *Revista Forense*, v. 94, n. 341, p. 193-211, jan./mar.1998.
- FRADERA, Vera Maria Jacob. *A noção de contrato na convenção de Viena de 1980 sobre venda internacional de mercadorias*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/vfradera1.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2013.
- FRANÇA. Corte de Apelação de Grenoble. Julgado em: 22, de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=83&step=Abstract>>. Acesso em: 14 ago. 2013.
- FRANÇA. Tribunal de Comércio de Besançon. Julgado em: 19, de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=416&do=case>> Acesso em: 23. mai. 2013.
- GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Favor Contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no direito positivo brasileiro e no direito comparado*. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/51/favor-contractus-alguns-apontamentos-sobre-o-principio-da-conservacao-do-contrato-no-direito-positivo-brasileiro-e-no-direito-comparado>. Acesso em: 05 ago. 2013.
- GRAFFI, Leonardo. *Case law on the concept of "Fundamental Breach" in the Vienna sales convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>. Acesso em 05 ago. 2013.
- GREBLER, Eduardo; RADAEL, Gisely. *Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2013.
- HONNOLD, John. O. *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em 02 set. 2013.
- ITÁLIA. Tribunal de Forlì. Julgamento em: 9, de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=1729>> Acesso em: 27 maio 2014.
- KOREA. Corte Distrital Central de Seoul. Julgado em: 5, de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081205k3.html#uab>> Acesso em: 27 maio 2014.
- KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASSILAS, Pilar Perales. *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, 2011.
- KRONMAN, Antony Townsend. *Specific performance: yale law school legal scholarship repository*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2071&context=fss_papers> Acesso em: 16 maio 2013.
- LIU, Chengwei. *The concept of fundamental breach: perspectives from the CISG, UNIDROIT principles and PECL and case law*. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.
- LORENZ, Alexander. *Fundamental Breach under CISG*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>> Acesso em: 05 ago.2013.
- NEUMAYER, Karl Heinz; MING, Catherine. *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*. Lausanne: Cedidac, Lausanne, 1993.
- RACZYNSKA, Magdalena. *Recoverability of the buyer's lost resale profit under CISG*. Disponível em: <http://www.njcl.fi/2_2007/article2.pdf> Acesso em: 16 set. 2013.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- RÚSSIA. Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Federação Russa. Julgado em 27 de maio de 2005. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050527r1.html>>. Acesso em: 16 set. 2013.
- SAIDOV, Djakhongir. *Damages to Business Reputation and Goodwill*. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 389-418.
- SAIDOV, Djakhongir. *The law of damages in the international sale of good: the CISG and other Internationsl Instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *Non-Material Damages: recovery under the CISG?* Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem15.html>>. Acesso em: 06 jun.2013.

SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN law on the international sales: the UN Convention on the International Sale of Goods*. Wellington, Springer, 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. The scope of the CISG provisions on damages. In: SAIDOV, Djakhongir; CUNNINGTON, Ralph. *Contract damages: domestic and international perspectives*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 91-106.

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal; KEE, Christopher. *Global sales and contract law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SILVA, Clóvis V. Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

UCRÂNIA. Tribunal de Arbitragem Comercial Internacional da Câmara de Comércio e Indústria da Ucrânia. 2005. Case n 48. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050000u5.html>>. Acesso em: 16 set. 2013.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (UNCITRAL). *Commission Sessions*. <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions.html>> Acesso em: 05 mar. 2013.

UNITED NATIONS. *Convenção de Viena das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadoria*. Trad. Eduardo Grebler e Gisely Radael. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>> Acesso em: 14 abr. 2013.

WILL, Michael. *Article 25: commentary*. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb25.html>>. Acesso em: 05 ago. 2013.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Essay on unequal treaties and
modernity through the example
of bilateral investment treaties**

Nitish Monebhurrun

VOLUME 11 • N. 1 • 2014
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
PRIVATE INTERNACIONAL LAW

ESSAY ON UNEQUAL TREATIES AND MODERNITY THROUGH THE EXAMPLE OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES*

Nitish Monebhurrn**

Abstract

Unequal treaties and its theory have long been inhumed by the evolution of modern international law and reciprocity has become the principle in the quest of balancing rights and obligations of States party to a bilateral agreement. Despite this accepted configuration, a particular type of now expanding agreement – the bilateral investment treaty –, has sometimes been criticised in reason of the disequilibrium which mark its substance. Some of these agreements may, at first sight, raise the equality conundrum; others have been denounced for similar reasons. By excavating the buried and perhaps forgotten theory of unequal treaties, this article explains the normality of the disequilibrium and inequality characterising some international agreements and legal practices, and does this through the lenses of bilateral investment treaties used as an illustration.

Keywords: Unequal treaties. Theory. Bilateral investment treaties. Disequilibrium.

Resumo

Tratados desiguais junto com a sua teoria têm sido enterrados e esquecidos pela evolução do direito internacional moderno, e a reciprocidade tornou-se o princípio, com o objetivo de encontrar um equilíbrio entre direitos e obrigações dos Estados assinatórios de um tratado bilateral. Embora a existência dessa configuração, um novo tipo de tratado – os tratados bilaterais sobre a proteção dos investimentos –, tem sido criticado em razão da sua falta de equilíbrio. Alguns destes justamente apontam a problemática da igualdade; outros foram denunciados pela mesma razão. Ao escavar a teoria dos tratados desiguais, este artigo afirma a normalidade do equilíbrio e da desigualdade que caracterizam alguns acordos internacionais e a prática dela decorrente; assim sendo, utiliza-se o exemplo dos tratados bilaterais sobre os investimentos a título de exemplo.

Palavras chaves: Tratados desiguais. Teoria. Tratados bilaterais sobre os investimentos. Desequilíbrio.

1 Introduction

It would be a truism to note the unequal aspects of international relations. States have various levels of economic power which determine their political influence: the latter marks their position on the international scene. The law, as for it, aims at polishing these differences by creating a legal equality between States. This is, for example, what is provided for by the United Nations Charter's preamble and by its articles 1(2), 2(1) and 55¹ on sovereign equality. The principle of equality has a reversed logic: it erases in theory the factual inequality which

* Recebido em: 12.04.2014
Aprovado em: 20.05.2014

** Doctor in International Law (School of Law of Sorbonne, Paris) and Associate Professor (University Centre of Brasília).
E-mail: nitish.monebhurrn@gmail.com

1 See: The United Nations Charter, available on: <http://www.un.org/fr/documents/charter/>

practically exists². It is dressed with a psychological peel as it enables to tolerate and support the other types of inequality³. Equality between States means similar rights, similar duties and similar treatment⁴. States are equal legal subjects taken for granted that international law grants them with a similar level of protection while crediting them with the same duties⁵. For some authors this “forensic equality” must not even be proved: it is obvious⁶. Despite the inequality of States in terms of size, of population, of power or wealth, they remain equal international legal entities⁷. This being said, there is often a direct relationship between States’ power and the process of creation of international law – and of its enforcement afterwards⁸. Consequently, and as asserted by Kelsen, this legal equality is merely theoretical. It constitutes the expression of the principle of a legal theory and not – intrinsically –, of the substance of law. And, it is the latter which is normally most relevant to interpret the principle of States’ equality. Equality of States is construed as implying equality of their rights, and it cannot be supported that States always have the same rights and the same obligations: this would obviously be contrary to the legal reality⁹.

Still, under this configuration, modern international agreements are not tantamount to unequal treaties. Unequal treaties are those which are imposed upon States by other States using military, political or economical force, and which are not grounded on the

2 SCHINDLER Dietrich. Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 46, p. 261.

3 Ibid., p.263.

4 SCOTT, James Brown. Le principe de l'égalité juridique dans les rapports internationaux. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 42, p. 477.

5 PREUSS, Ulrich K. Equality of States-Its Meaning in a Constitutionalized Global Order. *Chicago Journal of International Law*, v. 9, p. 18, 2008-2009; VAN, Wynen thomas Ann. THOMAS JUNIOR, A. J. Equality of States in International Law: Fact or Fiction? *Virginia Law Review*, v. 37, n. 6, p. 801-802, oct. 1951

6 MCNAIR, Arnold D. Equality in International Law. *Michigan Law Review*, v. 36, n. 2, p. 136, déc. 1927.

7 OPPENHEIM, Lassa. *International Law: a treaties*. 3. ed. Londres: Ronald F. Roxburg, 2008. p. 196.

8 SCHINDLER, Dietrich. op. cit., p.262.; VAN, Wynen Thomas Ann, THOMAS JUNIOR, A. J. op. cit., p. 802.

9 KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public: problèmes choisis. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 42, p. 190, 1932; see also: GILBERT, Guillaume. Droits et devoirs des nations: la théorie classique des droits fondamentaux des Etats. *R.C.A.D.I.*, ano 5, v. 10, p. 593-597, 1925; VERDROSS, Alfred. Règles générales du droit international de la paix. *R.C.A.D.I.*, ano 5, v. 30, p. 415, 1929; SCHINDLER, Dietrich. op. cit., p. 262.

principle of reciprocity; the rights and duties of the parties are, therein, not reciprocal¹⁰. The old, long-buried theory of unequal treaties is here mentioned and excavated for the purpose of analysing one specific conundrum — at least, sometimes considered as such by some —, of international investment law: the so-called imbalanced nature of bilateral investment treaties. Bilateral treaties are signed between States to offer reciprocal protection to their investors. Some States – especially Latin American ones¹¹ – have been criticising the general system of international investment law and their flanked bilateral investment agreements for being flawed with an inherent disequilibrium. The system is often considered as imbalanced in favour of foreign investors. Bilateral investment treaties which are signed between States to protect and to promote international investments provide an arsenal of rights to foreign investors without providing for equivalent obligations. An investor can claim rights by invoking the provisions of an investment agreement but he cannot be held liable for any obligation under the same treaty. Conversely, States have an obligation to protect foreign investors as per the investment-related agreements they have ratified, but they cannot expect any reciprocal obligation from them. In a nutshell therefore, investors have mostly rights and no obligations towards States which have, on their side, mostly obligations but no equivalent rights in their relation with investors. For part of the doctrine, international investment law is a monster of power aiming only at the protection of investors and their investments, ignoring in this process the other interests implied by presence of other actors¹². Politically, the President of Ecuador, Raphael Correa has, for example, explained the necessity of

10 DETTER, Ingrid. The Problem of Unequal Treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 15, p. 1073, 1966; GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*. Trad. Jean Barbeyrac. Amsterdam: Pierre de Coup. p. 546, t. 1. cap. 15; PETERS, Anne. Unequal treaties: the max planck encyclopedia of public international law. Oxford University Press, 2011. Available on: <www.mpepil.com>. p.8.

11 GAILLARD, Emmanuel. Anti-Arbitration Trends in Latin America. *New York Law Journal*, v. 239, n. 108, 2008; GARCIA-BOLIVAR, Omar E. The surge of investment disputes: Latin America testing the international law of foreign investments. In: GENERAL CONFERENCE OF THE ASIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 2., 2009, Tokyo. *Proceeding...* Tokyo. 2009. p. 4-6; FACH, Katia Gomez. Latin America and ICSID: David versus Goliath. *Law and Business Review of the Americas*, v. 17, p. 195-230, 2011.

12 SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 9.

denouncing the Washington Convention¹³ instituting the International Centre for the Settlement of Investment Disputes by affirming with sheer virulence that this initiative implied freedom of States from ICSID which symbolises colonialism, enslavement by multinational companies, by Washington and by the World Bank¹⁴. He also – wrongly – affirmed that developing countries always lost against private companies in international arbitration proceedings¹⁵. There is the idea that States, namely developing ones, are the pariahs with no real rights in an imbalanced international investment law system¹⁶. They have no legal title to claim and therefore no interest to start any action before an arbitral tribunal¹⁷.

Initially, such investment agreements were derived from treaty models of developed States which proposed them to their partners – the developing States –, and they were signed without any thorough negotiation process¹⁸. These were often agreements between newly decolonised States and ancient colonial States. Many of these agreements are still in force and there are very few treaty models from developing States. There is an ongoing movement in Latin America with, for example, the Colombian bilateral investment treaty model of 2007¹⁹, but the process is far from being completed as confirmed, for example, by the American refusal in 2006 to consider a Bolivian proposition on an equitable

trade agreement between the two States²⁰. Developing States have a very relative capacity to negotiate with industrialised ones and they cannot easily impose their conditions during negotiations. This is surely one of the reasons why bilateral investment treaties do not normally refer in an extensive mode to the interests of developing countries²¹. However, the question of the political and economical force is not the only reason for this. The agreements between developing States are in turn not always really negotiated, and contain very few provisions valuing their interests. It is often an existing model of a developed State which will be used by a developing State in its economic relationship with other developing States²²; at least, various agreements between developing States have followed this path. This is sometimes due to a lack of expertise and technical know-know²³ – and is also perhaps related to a fashion trend whereby each State must have its own constellation of agreements. Exceptions exist. Many bilateral investment treaties of Singapore, for example, are not mere reproductions of existing European treaty models²⁴. Standing as an exception in the field, Brazil has, for the moment, not ratified any bilateral investment treaty – without hindering the flows of investments towards its territory²⁵.

There is surely a disequilibrium in treaty negotiations but this pertains to the cold reality of international relations which are characterised by their unequal

13 The Convention is available on: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archiv/ICSID_English.pdf

14 See: Investment Treaty News, Jun 2009, p. 3. Available on: <www.investmenttreatynews.org>.

15 FRANCK, Suzanne. Development and outcome of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, p. 202, 2009.

16 HELLIO, Hugues. L'Etat, un justiciable de second ordre? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers. *RGDIP*, ano 113, n. 3, p. 598, 2009; See also: Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil (Table ronde), In: LEBEN, Charles. (Org). *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*. Paris: LGDJ, Anthémis, 2006. p. 185-202; EL BOUDOUHI, Saïda. L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. *AFDI*, p. 542, 2005.

17 HELLIO, op. cit., p. 598.

18 JUILLARD, Patrick. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil? (Table Ronde). In: LEBEN, Charles (Org). *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. Nouveaux Développements. Paris: L.G.D.J., 2006. p.191.

19 The Colombian treaty model is available on: http://italaw.com/documents/inv_model_bit_colombia.pdf

20 FACH, Katia Gomez. op. cit., p. 216-221; VIS-DUNBAR Damon. Analysis: Latin America's new model bilateral investment treaties. *Investment Treaty News*, 17 jul. 2008. Available at: <<http://www.iisd.org/itn/2008/07/17/in-depth-latin-america-s-new-model-bilateral-investment-treaties/>>.

21 ALEXANDER, Emily. A. Taking Account of Reality: Adopting Contextual Standards for Developing Countries in International Investment Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 48, p. 823-824, 2008.

22 MALIK, Manaz. South-South Bilateral Investment Treaties: the same old story? In: FORUM FOR DEVELOPING COUNTRY INVESTMENT NEGOTIATORS BACKGROUND PAPERS NEW DELHI, 4., 2010. *Anais...* 2010. In: THE INTERNATIONAL INSTITUTE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2011, p.1-5. Available on: <http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_south_bits.pdf>. p. 1-5; VANDEVELDE, Kenneth. J. a brief history of International Investment Agreements. *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, v. 12, p. 170, 2005.

23 MALIK, op. cit., p. 1-5.

24 Ibid.

25 See: WHITSITT, Elizabeth. VIS-DUNBAR, Damon. Investment Arbitration in Brazil: yes or no?. *Investment Treaty News*, 30 nov. 2008. Available on: <<http://www.iisd.org/itn/2008/11/30/investment-arbitration-in-brazil-yes-or-no/>>

nature. If this has an effect on the creation of law, it does not necessarily mean that the law produced is in itself imbalanced. And even if it were, the problem might not be purely legal; it might simply be a moral appreciation without any serious effects on the legal structure. Through the lenses of the theory of unequal treaties which must here be excavated and developed for being an old, nearly fossilised concept (I), it can be affirmed and confirmed that the latter does not apply to investment agreements – despite the latter’s appearance (II).

1.1 Excavating The Theory of Unequal Treaties

Studying this theory starts by an analysis of the legal status of unequal treaties (A) before understanding the reasons grounding their former existence (B).

(A) The Legal Status of Unequal Treaties

The inequality characterising an unequal treaty rests on the imbalanced promises which it contains whereby one party is made inferior to the other²⁶. The inexistence of reciprocity is here a critical and determining factor²⁷: the inter-State relationship favours one of the parties in an unreasonable manner²⁸; the interests of one party are valued, those of the other are ignored²⁹. The inequality is substantial and procedural. It is substantial as the obligations of the parties are not symmetrical, and it can be procedural if the treaty has been concluded by the means of force and violence, flawing subsequently one of the parties’ consent³⁰. Many treaties concluded by European States with indigenous peoples of conquered territories during the colonisation periods between the 16th and the 17th century have been considered as substantially and procedurally unequal³¹. The most famous unequal treaties are certainly the Chinese ones³². More than

a thousand treaties signed by China with eighteen States between 1842 and 1949 have been construed as unequal³³. Some of these States were, for example, the United-States, the United Kingdom, Japan, Italy, France, the Netherlands, Belgium, Sweden, Denmark, Spain, Portugal, Peru and Brazil³⁴. These treaties had an extraterritorial object³⁵. The well-known treaty of Nanking imposed by the United Kingdom on the 29th August 1842 is one of these³⁶. By the application of the extraterritoriality principle, the nationals of one State cannot be submitted to the jurisdiction of the foreign State in which he is, or in which he has established business. In China, for example, foreigners under this regime were not under the empire of Chinese law but under the jurisdiction of their own national law³⁷. This extraterritoriality was obviously not reciprocal; Chinese citizens did not have this privilege abroad. An author described and justified this unequal relationship as such – and the quote, although extensive, is telling and informative:

The very necessity of things requires . . . that certain States should not be called to enjoy international rights in an integral fashion as with perfect equality. So it is reasonable that the States of Europe should not admit perfect equality with Turkey and its dependencies; with the States of Africa, with the exception of Liberia and the English and French colonies; with the States of Asia, with the exception of Siberia and Hindostan. . . . we may lay down the following rules:

unequal treaties doctrine. *Boston College of International and Comparative Law Review*, v. 2, n. 2, p. 455-460, 1979; GREENBERG, Katherine.A. Hong Kong’s future: Can the People’s Republic of China Invalidate the Treaty of Nanking As an Unequal Treaty? *Fordham International Law Journal*, v. 7, p. 544-548, 1984; KU, Charlotte. Abolition of China’s unequal treaties and the search for regional stability in Asia, 1919-1943. *Chinese/Taiwan Yearbook of International Law and Affairs*, v. 12, p. 67-86, 1992-1994; NOZARI, Fariborz. *Unequal Treaties in International Law*. Stockholm: S-Bryan Sundt, 1971. p.201.

33 PETERS, op. cit., p. 3.

34 WANG, op. cit., p. 241; WOOLSEY, L.H. [intervention]. The Termination of unequal treaties. *American Society of International Law Proceedings*, v. 21, p. 96, 1927.

35 CRAVEN, op. cit., p. 34; DETTER, op. cit., p. 1075; SCOTT, Shirley V. The Problem of unequal treaties in contemporary international law: how the powerful have reneged on the political compacts within which five cornerstone treaties of global governance are situated. *Journal of International Law and International Relations*, v. 4, n. 2, p.105, 2008.

36 WANG, op. cit., p. 237. See pages 252-253 for a list of matters present in Chinese Treaties.

37 NOZARI, op. cit., p. 159; PETERS, op. cit., p. 4.

26 WANG, Teyia. International law in China: historical and contemporary perspectives. *R.C.A.D.I.*, ano 2, v. 221, p. 334, 1990.

27 PETERS, op. cit., p.8.

28 GROTIUS, op. cit., p. 546.

29 DETTER, op. cit., p. 1073.

30 PETERS, op. cit., p. 2.

31 PETERS, op. cit., p. 3.

32 CRAVEN, Matthew. What happened to unequal treaties? the continuities of informal empire. *Nordic Journal of International Law*, v. 74, p. 343, 2005; FINKELSTEIN, Jesse. A. An examination of the treaties governing the far-eastern sino-soviet border in light of the

(a) Full and entire juridical equality ought to be limited to those States among which there have been developed the fundamental juridical ideas essential to the co-existence of States in society.

(b) A State which does not find itself in a position to fulfil its international duties towards other States, either as a result of traditional prejudices, of its internal organization, or its customs and its religious beliefs, can only demand the full enjoyment of international rights in perfect equality on condition that it change its internal organization so as to enable it to fulfil its international duties by giving substantial guarantees on this subject...

(c) As long as such reforms are not carried out within those States, other States which have relations with them ought to observe the stipulations of treaties.³⁸

The theory of unequal treaties has not always been recognised by the majority of the doctrine in international law, especially the European one³⁹. Contextually, this is normal. The European States were the 'superior' and dominant parties to these agreements and the European doctrine of this epoch and even of more recent times considered this legal configuration as something obeying to the utmost normality. And utmost normality is never questioned. Logically, in the opposite sense, the doctrinal approach of States suffering from these treaties was different and they were qualified as unequal and humiliating⁴⁰. It is in great part the Chinese and Russian authors who have forged the theory of unequal treaties⁴¹. For the Russian doctrine, the majority of treaties emanating from States following a capitalist and market-based economy was unequal especially when concluded with developing States. They were means to enslave powerless States⁴². Hence, treaties having for principal object military bases on foreign territories or those concerning economical and technical assistance between States, those providing for credits and loans were

38 FIORE, Pasquale. *Diritto internazionale*. Torino: 1904. p. 291, quoted by: DETTER, op. cit., p. 1076.

39 DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit International Public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J., 2002, p. 201; PETERS, op. cit., p. 7; WANG, op. cit. p. 335.

40 WANG, op. cit., p. 334-335; PETERS, op. cit., p. 7.

41 PETERS, op. cit., p. 7.

42 KRYLOV, Serge. La notion principale du droit des gens: la doctrine soviétique du droit international. *R.C.A.D.I.*, ano 1, v. 70, p. 434, 1947.

considered as unequal and void⁴³. For this doctrine, the unique imbalance of power of the signatories invalidates the agreement. The inequality of the parties colours the agreements they sign and this kills their legal value and existence⁴⁴. This was also the position of many newly decolonised States⁴⁵. The African-Asian Conference, having met for the first time in Bandung in 1955⁴⁶, voted a resolution on unequal treaties in 1957 defining them, therein, as openly imbalanced treaties imposed by the powerful States on the powerless ones⁴⁷. One draft constitution of the Popular Republic of China affirmed the will of the Chinese people to denounce, renegotiate or revise the treaties signed by the Empire so as to abolish all the privileges of the foreign powers⁴⁸. China, in fact, undertook various initiatives to denounce these treaties⁴⁹. From the stance of those who bore these agreements, domination and humiliation were the leitmotifs. There are various other reasons explaining unequal treaties.

(B) The reasons behind unequal treaties.

Two main series of reasons ground the logic of unequal treaties. The first one has a civilisational character, the second, an economical one. Firstly, the civilisational reason is related to the difference in the legal culture and in the general culture of States. In this sense, the Chinese law was not of immediate access and understanding to Europeans because of the language barrier and also because the principles, rules and customs differed utterly⁵⁰. In Imperial China,

43 LUKASHUK, I. The Soviet Union and international treaties. *Soviet Yearbook of International Law*, 1959, p.16-50; TALALEV, A; BOYARSHINOV, V.G. Unequal Treaties as a Mode of Prolonging the Colonial Dependence of the New States of Asia and Africa. *Soviet Yearbook of International Law*, p. 156-170, 1961. These texts being in Russian, the arguments made by their authors have been taken from: PETERS, op. cit., p. 7. See also: DETTER, Ingrid. The Problem of Unequal Treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 15, p. 1082, 1966.

44 FINKELSTEIN, Jesse. A. An examination of the treaties governing the far-eastern sino-soviet border in light of the unequal treaties doctrine. *Boston College of International and Comparative Law Review*, v. 2, n. 2, p. 452-461, 1979.

45 SINHA, Prakash. Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 14, p. 124, 1965.

46 For a summary of the conference, see: VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 10-11.

47 WANG, op. cit., p. 336.

48 WANG, op. cit., p. 337.

49 WANG, op. cit., p.260.

50 DETTER, op. cit., p. 1078.

law had a relative value and there was a reign of a Confucian conception of the social structure whereby non-legal rules of behaviour which the citizens imposed to themselves to regulate their social life were more important and were therefore given priority over the sovereign rules. The legal culture as it existed in Europe at that time was inexistent in China⁵¹. The principle of the separation of powers, dear to many European States, did not have roots in China⁵². In another region, the Ottoman Empire had also signed capitulation treaties with Western European States or with the United States. The inequality here was not, as a matter of fact, related to the element of power, the Empire being itself a dominant one under the rule of the sultans. The Empire's territory was under the jurisdiction of Islamic law which did not apply to non-Muslims. As a result, treaties passed with the sultans enabled non-Muslim foreigners to remain under the jurisdiction of their State of nationality on the Empire's territory; here, there was not a real subordination⁵³. These were some factors which justified, initially, the will to establish such conventional relationship qualified as unequal. However, and this is the second reason, a mercantile objective also lurked behind these treaties. The United States, for example, wanted to maintain its extraterritorial rights on the Moroccan soil at any cost even when the latter State fell under the French protectorate regime, and therefore under French law⁵⁴. The same trade-oriented will applied in the Chinese case. The interests of the independent States of that era in building and maintaining a relationship with China were, of course, commercial ones. The aim of the treaties they imposed was to open the Chinese market and to exploit the Chinese production. It is this political and economical conjunction which led China – unfavourable to any foreign presence on its territory –, to the two Opium wars in 1839 and 1857 respectively. These wars resulted in the above-mentioned Treaty of Nanking with the United Kingdom in 1842 and in that of Tientsin with the United Kingdom, France and

the United States in 1858⁵⁵. The first one provided for an extraterritorial regime for British citizens in China whilst the second legalised the trade of opium with special tariffs. It is namely after the conclusion of these treaties that China suffered from the imposition of other unequal treaties by other States⁵⁶. The effects of these treaties were worsened by the existence in their provisions of a most-favoured nation clause. The advantage or privilege offered to a State had to be extended to the others⁵⁷ and this deepened the disequilibrium of the relations with China.

This being said, modern international law does not, as such, prohibit these types of treaties containing rights and duties with no or with relative reciprocity⁵⁸. According to Judge Simma, reciprocity is the status of a relationship between two or more States whereby the behaviour of one party is in one way or the other legally dependent on the other party's posture⁵⁹. It constitutes, nowadays, the pillar of a conventional relationship and contrarily to most ancient treaties⁶⁰, it does not have to be mentioned and highlighted in the agreements' body. Reciprocity is normality: it is the principle. The rights and obligations of the parties have a reflective effect even if the mirror can have a deformity, thereby attributing more rights or obligations to one party or to the other. As per the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), a treaty is void only if it has been concluded by the use of force or by threat⁶¹, by error, by fraud⁶², by corruption⁶³ or coercion of the State's representative⁶⁴. An imbalanced treaty between sovereign States is not void and invalid if it has been concluded in conformity with the Vienna Convention. This however does not mean that a disequilibrium

51 LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains: approche comparative*. Paris: Litec, 2008. p. 218-224.

52 DETTER, op. cit., p. 1078.

53 DETTER, op. cit. p. 1077; NOLDE, Boris. *Droits et techniques des traités de commerce*. R.C.A.D.I., ano 2, v. 3, p. 304; NOZARI, Fariborz. *Unequal treaties in international law*. Stockholm: S-Bryan Sundt, 1971. p. 161-162; STRISOWER, Leo. *L'extraterritorialité et ses principales applications*. R.C.A.D.I., ano 1, v. 1, p. 234, 1923.

54 DETTER, op. cit., p.1081.

55 NOZARI, op. cit., p. 201-211; WANG, op. cit., p. 237-253.

56 NOZARI, op. cit., p. 201-202.

57 CRAVEN, op. cit., p. 343-344; PETERS, op. cit., p.4.

58 PAULUS, Andreas. *Reciprocity revisited*. In: FASTENRATH et al. *From Bilateralism to Community Interest: essays in honour of Judge Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 119; SIMMA, Bruno. *Reciprocity: the max planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, 2008. Available on: <www.mpepil.com> . p.4.

59 SIMMA, op. cit., p. 2.

60 See: NOLDE Boris. *Droits et techniques des traités de commerce*. R.C.A.D.I., ano 2, v. 3, p. 320-321, 1924.

61 See article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, available on: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf

62 See article 49 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

63 See article 50 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

64 See article 51 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

characterising an agreement does not give rise to any practical problem. The latter can be of a political character but it obeys to a legal concretisation in the case of a treaty denunciation, for example, – and it is not useless to pay attention to the reasons underscoring treaty denunciation. The denunciation of bilateral investment treaties by Venezuela or by Ecuador and the will of some States, often developing ones, to end the investment-related agreements by which they are linked is justified by the disequilibrium inherent to their conventional relationship with industrialised States⁶⁵. If these agreements are legally founded and valid, they have become unacceptable for some. The aim here is not to affirm that bilateral investment treaties are by definition always unequal and that this is condemnable or must be condemned, but to understand what legal consequences are attached to an eventual disequilibrium.

II. Upholding the Relativity of Bilateral Investment Treaties as Unequal Treaties

Understanding the overall equilibrium of bilateral investment treaties (A) enables to affirm that they do not pertain to the category of unequal treaties when studied through the lenses of the unequal treaties theory (B).

A) Understanding The Overall Equilibrium of Bilateral Investment Treaties

Firstly, the procedural equilibrium of the bilateral treaties has to be examined (i); secondly, the study has to focus on the material provisions of these treaties in order to see if they unreasonably favour one party more than the other and if, in so doing, the latter finds itself in a position of subordination, forcefully at the mercy of his economic partner (ii).

65 FACH, op. cit., p. 216-221; MACHADO, Decio. Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión. *CATDM*, 7 dec. 2009. Available at: <<http://www.cadm.org/Ecuador-y-la-denuncia-de-los>>; VAN, Harten Gus. Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, 2010. Available at: <[http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2\(1\)%20TL%26D%2019%20\(2010\)/38](http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2(1)%20TL%26D%2019%20(2010)/38)>; VIS-DUNBAR, Damon. Analysis: Latin America's new model bilateral investment treaties. *Investment Treaty News*, 17 jul. 2008. Available on: <<http://www.iisd.org/itn/2008/07/17/in-depth-latin-america-s-new-model-bilateral-investment-treaties/>>.

(i) The question of the procedural inequality of bilateral investment treaties.

On a procedural level, the existence of a disequilibrium is often decried in that the investors are always the claimants before arbitral tribunals and that the States are always the defendants even if the arbitration rules enables them to produce counterclaims⁶⁶. There is no reciprocity in the capacity of asking for the constitution of an arbitral tribunal⁶⁷. The investor finds himself in a monopoly position enabling him to trigger the arbitral procedure following his will⁶⁸. Consequently, a State cannot sue an investor in international investment arbitration. This situation had already been noticed before the Iran-US claims tribunal in a case of the 21st December 1981 concerning the tribunal's competence following Iran's claims against nationals of the United-States⁶⁹. On the basis of the Algiers declarations, Iran asked the tribunal to declare its competence to receive its claims against American companies. According to article II of the Declaration on the settlement of claims, the tribunal is competent for cases implying the claims of American citizens against Iran or for the claims of Iranian citizens against the United-States. At the same time, the tribunal is competent for any contractual dispute between Iran and the United-States⁷⁰. Iran argued that it was founded

66 See : article 46 of The Washington Convention instituting ICSID and article 40 of the Arbitration Rules; WALDE Thomas. Procedural Challenge in Investment Arbitration Under the Shadow of the Dual role of States. Asymmetries and Tribunals' Duty to Encure Pro-Actively, the Equality of Arms. *Arbitration International*, vol.26, no.1, 2010, pp.15-16.

67 BEN, Hamida Walid. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil? (Table Ronde). In: LEBEN, Charles (Org.). *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux Développements*. Paris: L.G.D.J., 2006. p.200.

68 SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Power and Justice: Third World Resistance in International Law. *Singapore Yearbook of International Law*, v. 10, p. 32, 2006.

69 Case related to the tribunal's competence following Iranian claims against American citizens, award, 21 December 1981 (signed on the 13th January 1982), Iran-US Claims Tribunal, *International Legal Materials*, vol.21, 1982, pp.78-91. For a commentary of the award, see, voir: STERN (B.), A propos d'une sentence d'un Tribunal des différends irano-américain, *Annuaire française de droit international*, v. 28, p. 425-453, 1982.

70 Case related to the tribunal's competence following Iranian claims against American citizens, award, 21 December 1981 (signed on the 13th January 1982), Iran-US Claims Tribunal, *International Legal Materials*, v. 21, p. 80, 1982.

to submit a claim against American companies. The tribunal rejected the claim and explained that if Iran could submit a counterclaim against American citizens – which supposed that the latter had already started legal proceedings –, no interpretation could imply that the parties had initially provided for the triggering of the procedure by a State against a national⁷¹. Hence, in the relationship between private person and State, the initiative of action rested in the former's hands. This award was rendered with three dissenting opinions. The dissenting arbitrators underlined the absence of consideration of the reciprocity principle by the tribunal. They affirmed that the Algiers Declarations were built on this principle which is the ratio of mutual obligations between the States⁷². In their opinion, the Declarations must not be interpreted in a way to benefit only one of the parties so that the other's claims be forever classified as procedurally inadmissible because if this was the case, the Declarations would lose their equilibrium and would be wither without a cause or with a superficial cause. The reasons on which they rest to support this position is contextual; the context is such that there is a higher probability that it is an American company which starts proceedings against Iran than an Iranian company against the United-States. The tribunal, say the dissenting arbitrators, has not considered this context and this deprives the provision providing for Iranian claims against the United-States of any effectivity and leaves it with a mere poetical effect, they add⁷³. In this situation where only American companies have the upper hand, these arbitrators do not understand why Iran has to bear half of the tribunal's expenses. As for counterclaims, they argue that these are means of defence which can be used against a claimant for an action which has already started and that in any case, producing a counterclaim

71 Case related to the tribunal's competence following Iranian claims against American citizens, award, 21 December 1981 (signed on the 13th January 1982), Iran-US Claims Tribunal, *International Legal Materials*, v. 21, p. 81-82, 1982.

72 Case related to the tribunal's competence following Iranian claims against American citizens, award, 21 December 1981 (signed on the 13th January 1982), Iran-US Claims Tribunal, *International Legal Materials*, v. 21, p. 85, 1982.

73 Case related to the tribunal's competence following Iranian claims against American citizens, award, 21 December 1981 (signed on the 13th January 1982), Iran-US Claims Tribunal, Dissenting Opinion of arbitrators Kashani, Shafieie et Hossein Enayat, *International Legal Materials*, v. 21, p. 87, 1982.

is a right which is made available to any defendant⁷⁴. Conceptually, the point on which they dissented was the absence of equilibrium between the parties which is prone to kill the reciprocity of any agreement. It is exactly on this background that investor-State arbitration is held in international investment law. Investors and States have pre-defined and pre-established roles.

According to an author, this is normal as the private investor is himself in an unequal position, taken as a hostage, he claims, by the double function of the State which is on one hand, a contracting party and on the other, the public person with regulatory powers, with *prérogatives de puissance publique*⁷⁵. There is perhaps an exaggerated reference to a hostage-like situation, especially when many multinational companies are sometimes more powerful than their State partners⁷⁶. The author however adopts an interesting analogical approach. He compares the logic of international investment arbitration to administrative law or to other international legal procedure, like the one applicable before the European Court of Human Rights, whereby only the person having suffered a damage has the capacity to start a proceeding against a State which has promised to abide to certain obligations; any asymmetry is consequently implicit but at the same time, quite normal⁷⁷ – and surely accepted. If it is an arbitration to assess the responsibility of the host State of an investor, the procedure is very close to a control of legality found in administrative law, especially the French one, and in this case, it is obvious that only one party can start the arbitration machinery⁷⁸. The difference with

74 Case related to the tribunal's competence following Iranian claims against American citizens, award, 21 December 1981 (signed on the 13th January 1982), Iran-US Claims Tribunal, Dissenting Opinion of arbitrators Kashani, Shafieie et Hossein Enayat, *International Legal Materials*, v. 21, p. 88, 1982.

75 WALDE, op.cit., p. 15-16.

76 See, MAUREL Olivier. *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. I. Nouveaux enjeux, nouveaux Rôles. Étude de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*, Paris: La Documentation Française, 2009, pp.263-264: The study establishes the ranking of the 100 richest States and multinational companies and it shows that the revenue of these companies is superior to the gross national product of many States; SORNARAJAH Muthucumaraswamy. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p.14.

77 WALDE, op. cit., p. 15-16.

78 BURDEAU, Geneviève. *Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil?* (Table Ronde). In: LEBEN, op. cit., p. 187.

administrative law is that in investment arbitration, the claimant is always a foreign company. What is surely somehow disturbing for some and what eventually takes the form or the appearance of a disequilibrium is the image of the multinational company which ferociously distrusts the national tribunals of the host State and which prefers the jurisdiction of international arbitral tribunals. This situation of a dominant foreigner with such power against a State, especially when the latter is a developing one, gives birth to the mental image of the colonial usurper having a violent force of domination and enslavement on State's sovereignty. Finally, it may be that the disequilibrium is only a question of image or of images' association. Indeed, it is less disturbing and less questionable when a private person or company sues the State of which he is a national before an administrative tribunal of the municipal legal order. The same can be said as far as the European Court of Human Rights or the Inter-American Court of Human Rights are concerned. For these reasons, assimilating bilateral investment treaties with unequal treaties can be tricky considering, moreover, that these treaties are not imposed by violence and are done in crystal-clear legality, in conformity with the Vienna Convention on the Law of Treaties⁷⁹. It is mostly the extraneous character of the private foreign investor which gives rise to the question of inequality which must now be assessed following the substantial provisions of bilateral investment treaties.

(ii) The Question of the Substantial Inequality of Bilateral Investment Treaties

These treaties are often criticised because of the numerous and important rights they confer to investors without providing for equivalent obligations⁸⁰. Reading any bilateral investment treaty confirms the large extent of protection granted to investors, sometimes even overprotected by the application of the most-favoured nation clause. It is very rare to see bilateral investment treaties containing any substantial provision

on development objectives or other State interest for example. As aforementioned, this is due to an inequality in the bargaining and negotiating power of States⁸¹. This being said, the situation is a formalisation of a legal bilateralism as it is possible to clearly identify who has rights and obligations and by whom these can be enforced⁸². However, the effectivity of norms in bilateral agreements is guaranteed by the principle of reciprocity⁸³, and it is in this sense that bilateral investment treaties are sometimes considered as practically unilateral. The relationship between private persons and States makes sense only if these actors accept and recognise each other mutually and if, at the same time, they acknowledge their respective interests. This is what must be understood by reciprocity which, as put by Professor Virally, is the soul of treaties⁸⁴; outside this framework, the relationship is that of a master and a slave or that of a permanent state of war, he argues⁸⁵. Bilateral treaties are not unilateral acts providing privileges to foreign traders against any form of violence as it was the case in Europe between the VIIIe and the XIIIe century⁸⁶. This unilateral aspect of investment treaties must, nonetheless, be processed through relativity.

The legal reciprocity of a bilateral investment treaty in fact means that the investors from both signatory States can invoke the treaties' provisions against a reprehensible behaviour of the host State. On the basis of a bilateral investment treaty between the United Kingdom and Russia, a British investor can sue the Russian State if the latter infringes the treaty's provisions and similarly, a Russian investor vexed by the United Kingdom can ask for the constitution of an arbitral tribunal to seek damages. Both investors are protected in a similar fashion. Legally, the principle of reciprocity is not frustrated; it concerns the reciprocal actions of private investors from the States parties to the treaty rather than the States' actions themselves. Again, some bitter relativity must be brought here, and this is related to the status of the States having signed the agreement. In his Hague lecture, Professor

79 See article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, available on: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/francais/traites/1_1_1969_francais.pdf

80 JUILARD, op. cit., p. 190-191.; MUCHLINSKI, Peter. Corporate Social Responsibility. In: MUCHLINSKI Peter. et al. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 638; SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Power and Justice: Third World Resistance in International Law. *Singapore Yearbook of International Law*, v. 10, p. 32, 2006.

81 VIRALLY, Michel. Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain. *R.C.A.D.I.*, ano 3, v. 122, p. 66, 1967.

82 SIMMA, Bruno. From Bilateral to Community Interest in International Law. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 250, p. 232-233, 1994.

83 Ibid, p. 233.

84 VIRALLY, op. cit., p.6.

85 Ibid. p. 5.

86 See: NOLDE, op. cit., p. 299-305.

Virally raised the question of the possibility of any reciprocity when one of the partners was a developing State⁸⁷. The legal equality is not a factual equality. To continue with the same example, the United Kingdom is also a party to bilateral investment treaties signed with States like Haiti, Nepal, Burundi or Cameroon. The question here is of a practical and logical order. There are certainly more British investors in Nepal or Cameroon than Nepalese or Camerooneses investors in the United Kingdom. Thus, it is more probable that the treaty be really useful only to British investors. The economic disparity between the States frames the treaty to the only benefit and use of the investor from developed States as he only has sufficient means to undertake international investments. What has been said is far from being subversive and demagogical but is a mere description of reality. Despite the rise of the so-called BRICS, there are, for the time being, more investments circulation from developed States towards developing ones⁸⁸. On these grounds, the bilateralism can be doubtful. Reciprocity exists in law and this cannot be denied. It however sometimes remains in its theoretical aspect and loses itself behind a factual inequality. But, in any case, any disequilibrium which might characterise investment treaties is, in reality, an accepted disequilibrium.

B) Affirming The Voluntary Disequilibrium Of Bilateral Investment Treaty.

From the precedent analysis, it is possible to conclude that bilateral investment treaties are theoretically equal but that some relativity must sometimes be injected, especially when it comes to the interaction between developing and developed States. Nevertheless, these agreements are not forcefully imposed on States as it was in the case of Imperial China. There is an obvious difference in the economic level and negotiation capacity of the States but bilateral investment treaties are always signed voluntarily⁸⁹; even those States which denounce such treaties later on had initially consented as per the requirements of the Vienna Convention on the Law of Treaties. It is true that some States did not master the appropriate technical tools of international investment law and have signed such agreements without an iota

of knowledge of the future consequences. As Professor Juillard ironically stated, very often, the treaty models of developed States were just sent to the relevant ministry of developing States and a few days later, the treaties were sent back with the competent authority's signature⁹⁰. Other States engage in such agreements even if they are aware that their citizens will probably not invest abroad simply because they expect to derive some benefits in terms of an increase in the level of foreign investments or in terms of a consolidation of the political relationship with the other partner⁹¹. It is a sort of compromise of interests which do not, as such, pertain to the field of law. The United Nations Charter, for historical reasons, provides for the existence of five permanent members with a right of veto⁹². If this is a form of inequality between States, many States accept it despite the gradual evaporation of the historical reasons. The question is not whether there is or not a voluntary servitude from some States; legally speaking, the signature and the ratification means consent and therefore, the State has to abide to its conventional engagement in good faith⁹³ whether it is based on an equal or an unequal foundation, and whether it is or not reciprocal. The consequences have to be measured before the signature. The latter, once sealed, is submitted to *pacta sunt servanda*⁹⁴. If some States are no longer satisfied with such agreements, they have the possibility of denouncing them⁹⁵ or of refusing their extension. This is an attribute of their sovereignty. They cannot be engaged without their will⁹⁶, but once the consent has been given, it remains legally valid and binding.

87 VIRALLY, op. cit., p. 88-89.

88 JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du droit des investissements. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 250, p. 107, 1994.

89 BEN, op. cit., p. 201.

90 JUILLARD, Patrick. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'Etat d'accueil? (Table Ronde). In: LEBEN, Charles. (Org.). *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*. op. cit., p.191.

91 PAULUS, op. cit., p.117.

92 See United Nations Charter, article 23, article 27, Available on: <<http://www.un.org/fr/documents/charter/>>

93 See article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

94 See article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; see also: *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgement, 20 December 1974, I.C.J., ICJ Reports, 1974, p. 268, §46.

95 See article 56 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

96 *Case of the S.S. Lotus (France c. Turkey)*, judgement, 7th September 1927, Permanent court of International Justice, Series A., n. 10, p.18.

Bibliography

- ALEXANDER, Emily. A. Taking account of reality: adopting contextual standards for developing countries in International Investment Law. *Virginia Journal of International Law*, v. 48, p. 817-841, 2008.
- CRAVEN, Matthew. What Happened to Unequal Treaties? the continuities of informal empire. *Nordic Journal of International Law*, v. 74, p.335-382, 2005.
- DAILLIER, Patrick; PELLET Alain. *Droit International Public*. 7. ed. Paris: L.G.D.J, 2002.
- DETTNER, Ingrid. The problem of unequal treaties. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 15, p. 1069-1089, 1966.
- EL BOUDOUHI, Saïda. L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements. *AFDI*, p. 542-563, 2005.
- FACH, Katia Gomez. Latin America and ICSID: David versus Goliath. *Law and Business Review of the Americas*, v. 17, p. 195-230, 2011.
- FINKELSTEIN, Jesse. A. An examination of the treaties governing the Far-Eastern Sino-Soviet Border in light of the unequal treaties doctrine. *Boston College of International and Comparative Law Review*, v. 2, n. 2, p. 452-461, 1979.
- FRANCK, Suzanne. Development and Outcome of Investment Treaty Arbitration. *Harvard International Law Journal*, v. 50, n. 2, p. 435-489, 2009.
- GAILLARD, Emmanuel. Anti-Arbitration Trends in Latin America. *New York Law Journal*, v. 239, n. 108, 2008.
- GARCIA-BOLIVAR, Omar E. The surge of investment disputes: Latin America testing the international law of foreign investments. In: GENERAL CONFERENCE OF THE ASIAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, 2., 2009, Tokyo. *Proceedings...*Tokyo 2009.
- GIDEL, Guillaume. Droits et devoirs des nations: la théorie classique des droits fondamentaux des Etats. *R.C.A.D.I.*, ano 2, v. 10, p. 537-597, 1925.
- GREENBERG, Katherine. A. Hong Kong's future: Can the People's Republic of China Invalidate the Treaty of Nanking As an Unequal Treaty? *Fordham International Law Journal*, v. 7, p. 534-560, 1984.
- GROTIUS, Hugo. *Le droit de la guerre et de la paix*. Trad. Jean Barbeyrac. Amsterdam: Pierre de Coup, 1724. t. 2. cap. 15.
- HELLIO, Hugues. L'Etat, un justiciable de second ordre? A propos des demandes étatiques dans le contentieux arbitral transnational relatif aux investissements étrangers. *RGDIP*, v. 113, n. 3, p. 589-620, 2009.
- JUILLARD, Patrick. L'évolution des sources du droit des investissements. *R.C.A.D.I.*, ano 6, v. 250, p. 9-216, 1994.
- KRYLOV, Serge. La notion principale du droit des gens: la doctrine soviétique du droit international. *R.C.A.D.I.*, ano 1, v. 70, p. 407-476, 1947.
- KELSEN, Hans. Théorie générale du droit international public: problèmes choisis. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 42, p. 117-352, 1932.
- KU, Charlotte. Abolition of China's unequal treaties and the search for regional stability in Asia, 1919-1943. *Chinese/Taiwan Yearbook of International Law and Affairs*, v. 12, p. 67-86, 1992-1994.
- LEGEAIS, Raymond. *Grands systèmes de droit contemporains: approche comparative*. Paris: Litec, 2008.
- MACHADO, Decio. Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión. *CATDM*, 7 dec. 2009. Available at: <<http://www.cadtm.org/Ecuador-y-la-denuncia-de-los>>.
- MALIK, Manaz. South-South Bilateral Investment Treaties: the same old story? In: FORUM FOR DEVELOPING COUNTRY INVESTMENT NEGOTIATORS BACKGROUND PAPERS NEW DELHI, 4., 2010. *Anais...* 2010. In: THE INTERNATIONAL INSTITUTE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2011, p.1-5. Available on: <http://www.iisd.org/pdf/2011/dci_2010_south_bits.pdf>.
- MAUREL, Olivier. *La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme: nouveaux enjeux, nouveaux rôles: étude de la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*: Paris: la documentation Française, 2009.
- MUCHLINSKI, Peter. Corporate social responsibility. In: MUCHLINSKI, Peter et al. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

- MCNAIR, Arnold D. Equality in international law. *Michigan Law Review*, v. 26, n. 2, p. 131-152, déc. 1927.
- NOZARI, Fariborz. *Unequal treaties in international law*. Stockholm: S-Bryan Sundt, 1971.
- OPPENHEIM, Lassa. *International Law: a treaties*. 3. ed. Londres: Ronald F. Roxburg, 2008. v. 1.
- PAULUS, Andreas. Reciprocity revisited. In: FASTENRATH et al. *From bilateralism to community interest: essays in honour of Judge Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- PETERS, Anne. *Unequal treaties: the max planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, 2011. Available on: <www.mpepil.com>.
- PREUSS, Ulrich K. Equality of States-Its meaning in a constitutionalized global order. *Chicago Journal of International Law*, v. 9, p. 17-50, 2008-2009.
- SCHINDLER, Dietrich. Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 46, p. 229-326, 1928.
- SCOTT, James Brown. Le principe de l'égalité juridique dans les rapports internationaux. *R.C.A.D.I.*, ano 4, v. 42, p. 467-360, 1932.
- SCOTT, Shirley V. The problem of unequal treaties in contemporary international law: how the powerful have reneged on the political compacts within which five cornerstone treaties of global governance are situated. *Journal of International Law and International Relations*, v. 4, n. 2, p. 101-126, 2008.
- SIMMA, Bruno. *Reciprocity: the max planck encyclopedia of public international law*. Oxford University Press, 2008. Available on: <www.mpepil.com>.
- SIMMA, Bruno. From bilateral to community interest in international law. *R.C.A.D.I.*, ano 6, v. 250, p. 217-384, 1994.
- SINHA, S. Prakash. Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 14, p. 121-131, 1965.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. Power and Justice: Third World Resistance in International Law. *Singapore Yearbook of International Law*, v. 10, p. 19-57, 2006.
- STRISOWER, Leo. L'extraterritorialité et ses principales applications. *R.C.A.D.I.*, ano 1, v. 1, p. 229-288, 1923.
- VANDEVELDE, Kenneth J. A brief history of international investment agreements. *University of California Davis Journal of International Law and Policy*, v. 12, p. 157-194, 2005.
- VAN, Gus Harten. Five Justifications for Investment Treaties: a critical discussion. *Trade, Law and Development*, v. 2, n. 1, 2010. Available at: <[http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2\(1\)%20TL%26D%2019%20\(2010\)/38](http://www.tradelawdevelopment.com/index.php/tld/article/view/2(1)%20TL%26D%2019%20(2010)/38)>.
- VAN, Thomas Ann Wynen; THOMAS JUNIOR, A.J. Equality of States in International Law: fact or fiction? *Virginia Law Review*, v. 37, n. 6, p. 801-802, oct. 1951.
- VARELLA Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VERDROSS, Alfred. Règles générales du droit international de la paix. *R.C.A.D.I.*, ano 5, v. 30, p. 271-518, 1929.
- VIRALLY, Michel. Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain. *R.C.A.D.I.*, ano 3, v. 122, p.1-106, 1967.
- VIS-DUNBAR, Damon. Analysis: Latin America's new model bilateral investment treaties. *Investment Treaty News*, 17 jul. 2008. Available at: <<http://www.iisd.org/itn/2008/07/17/in-depth-latin-america-s-new-model-bilateral-investment-treaties/>>.
- WALDE, Thomas. Procedural challenge in investment arbitration under the shadow of the dual role of States: asymmetries and Tribunals' Duty to Encure Pro-Actively, the Equality of Arms. *Arbitration International*, v. 26, n. 1, p. 3-42, 2010.
- WANG, Tieya. International law in China: historical and contemporary perspectives. *R.C.A.D.I.*, ano 2, v. 221, p. 195-370, 1990.
- WHITSITT, Elizabeth; VIS-DUNBAR, Damon. Investment arbitration in Brazil: yes or no? *Investment Treaty News*, 30 nov. 2008. Available on: <<http://www.iisd.org/itn/2008/11/30/investment-arbitration-in-brazil-yes-or-no/>>.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, coregulação e autorregulação*

Concepts of international relations and legal theory in front of the pluralistic effects of globalization: global governance, legal systems, reflexive law, legal pluralism, and coregulação autoregulation

Gabriela Garcia Batista Lima

Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, corregulação e autorregulação*

Concepts of international relations and legal theory in front of the pluralistic effects of globalization: global governance, legal systems, reflexive law, legal pluralism, and coregulação autoregulation

Gabriela Garcia Batista Lima**

Resumo

O presente estudo busca explorar alguns conceitos da teoria das relações internacionais e da teoria do direito para o estudo da norma jurídica em um campo globalizado, considerando-se a crise que esse contexto pluralista da globalização enseja para o estudo da norma jurídica. Por globalização entende-se o contexto geral atual, caracterizado por uma pluralidade de atores e de questões que passam a ser tuteladas pelo direito. Tal crise se faz na medida em que o elemento “estatal” dos conceitos de direito e de fontes jurídicas sofrem pressão diante dessa pluralidade de atores e de questões a serem absorvidas pelo direito. Além disso, essa crise não é limitada ao aspecto “estatal” do direito e repercute em outras esferas jurídicas, ainda que privadas, pois os efeitos pluralistas da globalização implicam também na coexistência de regimes jurídicos que interferem um no outro. A problemática se faz porque o estudo do direito não pode se limitar ao estudo da norma envolvida, seu modo de implementação, jurisprudência relacionada, entre outros elementos tradicionalmente elencados como objetos da teoria do direito. A insuficiência no estudo desses elementos se dá principalmente porque estamos interessados em melhorar a aplicação do direito em sociedade cujos efeitos da globalização exigem a consideração de elementos próprios de suas consequências pluralistas; elementos que permitam vislumbrar o estudo do direito diante de uma pluralidade de atores, regimes jurídicos, lógicas normativas e a tensão entre eles. Esse estudo é uma contribuição nesse sentido. Diante disso, precisamos compreender esses elementos de formação e de aplicação das normas jurídicas em um contexto globalizado. Para tanto, esclarecem-se os conceitos de governança global como institucionalização das ações coletivas, assim como a sua relação com os conceitos de regimes jurídicos, pluralismo jurídico, direito reflexivo, corregulação, autorregulação, buscando-se delinear a importância desses institutos para o estudo do direito diante dos efeitos da globalização.

Palavras-chave: Governança global. Regimes jurídicos. Direito reflexivo. Pluralismo jurídico. Corregulação e autorregulação.

* Recebido em 21.10.2012
Aceito em 24.01.2013

** Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, em cotutela com a Université Aix-Marseille, França. Doutorado em Direito, na linha de Direito das Relações Internacionais. Doutorado realizado com bolsa CAPES. É mestre e bacharel em Direito e especialista em Direito Internacional Ambiental. E-mail: gblima@gmail.com

Abstract

This study aims to explore some concepts of international relations and others from Legal theory to study the rule of law in a globalized field, considering the crisis that the pluralistic context of globalization entails into the study of the legal norm. Globalization, for this article, means the current general context characterized by a plurality of actors and issues that become tutored by law. This crisis affects the “state” element of the concept of law and legal sources, because of this plurality of actors and issues to be absorbed by the law. Moreover, this crisis is not limited to the “state” aspect of the law, having also repercussions in other areas, even private law, because the effects of globalization also imply the coexistence of legal regimes that interfere with each other. The problem exists because the study of law can't be limited to the study of norm involved, its mode of implementation, cases law, among other elements traditionally listed as objects of legal theory. It is not enough because we are interested in improving the application of law in society, considering the study of law in the face of a plurality of actors, legal systems, normative logics and the tension between them. This study is a contribution in this direction. For that, we need to understand these elements of the application of the law in a globalized context, and we can move on this direction by clarifying the concepts of global governance as the institutionalization of collective action, as well as their relationship with the concepts of legal regimes, legal pluralism, reflexive law, coregulation and autoregulation, searching to delineate the importance of these institutes for the study right before the effects of globalization.

Keywords: Global governance. Legal regimes. Legal pluralism. Reflexive law. Coregulation and autoregulation.

1 Introdução

O estudo da norma jurídica diante dos efeitos da globalização, por vezes permeia o campo de análise das relações internacionais. A interação entre o estudo do direito e o estudo das relações internacionais ocorre na medida em que a análise da norma pode tratar de relações de poderes, de análise de estruturas normativas, de modo de interação dos atores envolvidos etc., que são questões presentes no estudo das relações internacionais e em um contexto globalizado. Todavia,

direito e relações internacionais são campos distintos de conhecimentos; são, por exemplo, cadeias acadêmicas distintas, com epistemologias, com objetos, com conceitos e com estudos próprios.

Por globalização entende-se o contexto geral dos dias de hoje em que as relações jurídicas se formam independentemente de território ou de soberania, com uma pluralidade de atores e de questões que, por vezes, passam a ser tuteladas pelo direito. Direito e relações internacionais são campos que interagem, principalmente considerando os efeitos da globalização no direito, entre eles, os efeitos de pluralidade de atores na formação e na aplicação de normas jurídicas. Essa interação por vezes coloca em crise alguns pilares como o próprio conceito de direito e de fontes jurídicas, que são tradicionalmente associados à atuação do Estado.

Tal crise se faz principalmente nos âmbitos tradicionalmente estatais de atuação no direito, como por exemplo, o direito ambiental, ou o direito internacional público, na medida em que o elemento “estatal” dos conceitos de direito e de fontes jurídicas tem sofrido pressão pela pluralidade de atores e de questões a serem absorvidas pelo direito. Mas essa crise não é limitada ao aspecto “estatal” do direito e repercute em outras esferas jurídicas, ainda que privadas, seja no estudo das fontes jurídicas, seja no estudo da efetividade da norma etc. Isso porque os efeitos pluralistas da globalização não afetam ainda a sua efetividade em geral, pois tal pluralidade implica também na coexistência de regimes jurídicos que interferem um no outro.

Nesse sentido, como enquadrar o estudo da norma jurídica em um momento em que o direito nacional e o internacional interagem em um campo globalizado, com atuação pública, privada, nacional, internacional e transnacional? Tais indagações repercutem no modo de analisar o direito e no entendimento da importância da interação entre os campos do direito e de relações internacionais, pois é possível utilizar ferramentas de análise das relações internacionais para o estudo do direito, em especial, o conceito institucionalista de governança global. Ao mesmo tempo, a teoria do direito reage com conceitos que nascem e renascem para o estudo do direito em tempos de globalização. Em especial, destacam-se os conceitos de regimes internacionais, direito reflexivo, pluralismo jurídico, coregulação e autorregulação, tendo direta relação com a pluralidade de atores na formação, legitimidade e efetividade das normas jurídicas. Nesse sentido,

governança global pode colaborar para o estudo do direito, da mesma forma que esses conceitos de teoria do direito podem colaborar para o estudo da governança global.

A problemática se faz porque o estudo do direito não pode se limitar ao estudo da norma envolvida, seu modo de implementação, jurisprudência relacionada, entre outros elementos tradicionalmente elencados como objetos da teoria do direito. A insuficiência no estudo desses elementos se dá principalmente porque estamos interessados em melhorar a aplicação do direito; ou seja, em aprimorar o seu papel em sociedade, em buscar aperfeiçoar a sua efetividade como instrumento para o aumento da qualidade de vida em sociedade. E para tanto, é preciso nos atentarmos para a pluralidade de atores envolvidos em movimentos de correção e de autorregulação, além da pluralidade de questões que vêm sendo tuteladas pelo direito.

As consequências desse contexto pluralista são os âmbitos de governança global e regimes jurídicos, com estruturas normativas em diferentes níveis que interagem e interferem umas nas outras. Diante disso, e porque estamos interessados em melhorar a aplicação do direito na sociedade, precisamos compreender esses elementos de formação das normas jurídicas pela correção e pela autorregulação, de um contexto de direito reflexivo, de governança global, de coexistência entre regimes jurídicos que interferem uns nos outros. O presente estudo é uma contribuição nesse sentido, já que busca enquadrar esses conceitos na análise do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização.

Seguindo esse raciocínio, primeiro, busca-se esclarecer acerca do conceito de governança global em seu modelo institucional, para, em seguida, demonstrar sua possível colaboração com o estudo do direito. Na institucionalização das questões levantadas internacionalmente, a governança global é capaz de representar o contexto no qual podemos estudar o direito, considerando os efeitos da globalização, em especial na pluralidade de atores e de estruturas normativas.

Em um segundo momento, esclarece-se como a teoria do direito reproduz esse contexto pluralista em torno do direito, por meio dos conceitos de direito reflexivo, de pluralismo jurídico, de correção e de autorregulação. Tais conceitos espelham alguns dos entendimentos de governança global, ‘traduzindo’ seus significados para uma linguagem jurídica. Nesse sentido,

a presente análise corrobora com uma perspectiva sistêmica luhmanniana¹ para tratar normas jurídicas na relação entre direito e relações internacionais. Ou seja, busca-se enquadrar possibilidades de como analisar a norma, tanto por avanços na teoria do direito, quanto pela sua interface com as relações internacionais que corrobora nos estudos pluralistas da norma jurídica por meio de sua perspectiva de governança global.

2 Governança global como institucionalização: elementos para a análise do direito diante de efeitos da globalização

O termo governança é capaz de nos remeter a vários conceitos, como, “governança”, “boa governança”, “governança global” etc. Para o presente estudo, entretanto, o conceito de governança fica de acordo com uma abordagem institucionalista de governança global, específica para tratar do estudo das normas diante dos efeitos de globalização: é a institucionalização das ações coletivas. Mas, explica-se, a título introdutório, que, tanto a forma institucional quanto essas outras clivagens de governanças são diferentes formas de se enquadrar o estudo das relações internacionais, considerando, de maneiras diversas, um contexto de fragmentação, o pluralismo, as necessidades de cooperação diante dos efeitos de interdependência, principalmente, em um mundo globalizado.

Explica Barros-Platiau que, nos estudos de governança global como forma de estudar relações internacionais, as relações de poder tendem a ser afastadas, na consideração da crise do multilateralismo jurídico, político e econômico, efeito dessa fragmentação do poder e das fontes reguladoras globais.² Nesse sentido, a governança como conceito de análise objetiva tratar as relações internacionais de forma diversa do tradicional enquadramento das análises que foca a atuação dos Estados.³ Enquanto a

1 Mesmo que o presente estudo não seja puramente « Luhmanniano », o seu conceito de sistema serve como base para uma perspectiva da interação entre campos de conhecimento, aqui focados no direito e nas relações internacionais. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998. p. 9.

2 PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental*. 2001. p. 01-11. (Série Grandes Eventos)

3 De forma diversa, pela sistemática tradicional de estudos das relações internacionais, a composição política do âmbito internacional seria definida a partir do equilíbrio de poder entre os Estados, cujas premissas restringem-se a considerações a respeito do potencial militar, da iniciativa diplomática e do poder econômico.

análise tradicional, de modo geral, enquadra as relações internacionais pela sua condução entre governos,⁴ estudos de governança, por outro lado, podem dar igual atenção para essas esferas estatais no processo de coordenação política dos interesses, mas podem ainda avançar para a consideração da influência de fatos específicos nas resoluções de disputas, envolvimento de diferentes níveis normativos, atores etc.

A partir dessa primeira diferença em relação ao modo tradicional de análise das relações internacionais, governança pode ainda ter diferentes significados. Ressalta-se que, para trabalhar as diferentes abordagens de governança, partimos aqui de algumas composições vislumbradas na segunda metade século XX, em que trouxemos como exemplos diferentes significados para o termo, “governança”, “boa governança” e “governança global”. De um modo geral, “governança” ou “boa governança” envolve princípios e estruturas voltadas para guiar a ação estatal, embora possa também abordar a ação não estatal.⁵

Thomas Weiss explica que, no início dos anos de 1980, “governança” e, especialmente, “boa governança” permeou o discurso do desenvolvimento, principalmente para o nível nacional. Esse conceito está ligado à transparência, à participação, à promoção dos direitos humanos e a baixo índice de corrupção.⁶ Nesse sentido, “governança” e “boa governança” são ligadas a valores e a um modo específico de comportamento⁷.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002. p. 167.

4 ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002. p. 52.

5 YOUNG, Oran R. Teoria de regimes e a busca de governança global. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009. p. 371-398.

6 Thomas Weiss explica que, no início dos anos 80, “governança” e especialmente “boa governança” permeou o discurso do desenvolvimento, principalmente para o nível nacional. Esse conceito está ligado à transparência, participação, promoção dos direitos humanos e baixo índice de corrupção. WEISS, Thomas G. Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges. *Third World Quarterly*, v. 21, n. 5, p. 795-814, oct. 2000. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0143-6597%28200010%2921%3A5%3C795%3AGGGAGG%3E2.0.CO%3B2-O>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

7 Por exemplo, o Banco Mundial, no discurso do desenvolvimento no final do século XX, trouxe o termo “governança” e “boa governança” como a capacidade governativa, que não seria avaliada apenas pelos resultados das políticas governamentais, mas também pela forma do governo exercer o seu poder. GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: CONSELHO NACIONAL

De forma mais ampla, “governança global” compreende influências na tomada de decisão e diferentes centros de autoridade que definem a implementação das ações em determinado contexto. Em especial, para o entendimento de governança global como institucionalização das ações coletivas, é importante entender que existe uma relação entre governança global, globalização e interdependência, já que a governança global, nesse sentido, são os centros de institucionalização de formas de organização, em diferentes níveis (nacionais, internacionais, transnacionais), haja vista efeitos de interdependência diante da globalização.

De um modo geral, sobre globalização, corrobora-se com a perspectiva de Ulrich Beck, que apresenta estratégias de cunho político-jurídico para lidar com os efeitos desse fenômeno. Segundo o autor, um efeito da globalização é a politização, ainda que descentralize do Estado a capacidade de tocar a ordem e os assuntos internacionais e também as funções de informatização e influência do comportamento em sociedade.⁸ A interdependência, de modo geral, é pressuposto de formação de regras em comum ao contextualizar que as consequências das atuações, na cena internacional, alcançam a todos, tornando-se necessário mensurar a ação coletiva. Segundo Oran Young, governança global e interdependência estão relacionados, uma vez que as racionalizações esquematizadas em modelos de governança respondem ao contexto de interdependência envolvido. Os envolvidos ponderam riscos que escolhem passar, e sistematizam regras para condução das atividades. A criação de elementos que visem à cooperação reflete a necessidade de se racionalizar as consequências dessas interdependências.⁹

Assim, a relação entre governança e globalização pode ser explicada em relação aos efeitos de interdependência. Os âmbitos de interdependência globalizados ensejaram uma necessidade cooperação, o que levou para a conseqüente formação de instituições e regimes jurídicos.

DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Manaus. *Anais...* Manaus, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

8 BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo*: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 14.

9 YOUNG, Oran R. A eficácia das instituições internacionais: alguns casos difíceis e algumas variáveis críticas. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo*: ordem e transformação na política mundial. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 239-253.

Matthew Paterson estuda diferentes modos de análise de governança global.¹⁰ Dentre esses modos, interessa-nos quando ressalta governança global apresentada por Rosenau, pois essa perspectiva nos ajuda a compreender as práticas das governanças como formas de tentar conduzir os efeitos da globalização, considerando que os seus efeitos não se limitam a território ou nacionalidade.¹¹ Outra abrangência de governança global consiste na consideração de outra concepção que enfatiza a natureza transnacional da governança de forma mais consolidada, admitindo uma ordem fora das relações entre os Estados, e o reconhecimento de uma sociedade civil transnacional que pode ou não ter a participação estatal. Essas duas abordagens são importantes para o entendimento da governança global como institucionalização, pelo seu caráter transnacional, porque envolve os âmbitos público e privado de um modo geral. Nesse sentido, governança global como institucionalização corresponde ao reconhecimento de uma pluralidade de níveis de atuação e de atores e toma como premissa a busca por cooperação, haja vista um contexto de globalização e interdependência.

É assim que se percebe a importância de um conceito de governança como institucionalização para o estudo do direito, pois as normas jurídicas ali presentes, entre atores públicos e privados, é a institucionalização das ações coletivas, haja vista a necessidade de cooperação diante de eixos de interdependência, consequências da globalização. É a composição que inclui sistemas de regras nacionais, internacionais e transnacionais em diferentes níveis da atividade humana, que foram se constituindo para conduzir a cooperação global em face dos objetivos comuns.

Governança global como institucionalização das ações coletivas, apresentada principalmente por Rosenau, possui quatro elementos essenciais que são:

10 Outro modelo apresentado por Parteson, que não é o modelo adotado no presente artigo, seria por meio da teoria dos regimes internacionais, que envolve práticas que operam no sistema interestatal, ora o complementando, ora o suplementando. Sob esse modelo, governança global é primariamente um fenômeno interestatal. Nominar como “global” (em oposição à internacional) é para explicar as redes de conexões delineadas pela formação de regimes internacionais. PATERSON, Matthew. Interpreting trends in global environmental governance. *International Affairs: Royal Institute of International Affairs* 1944, v. 75, n. 4, p. 793-802, oct. 1999. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=00205850%28199910%2975%3A4%3C793%3AITIGEG%3E2.0.CO%3B2-V>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

11 PATERSON, Matthew. *Interpreting trends in global environmental governance*. p. 793-802.

sistema de regras, níveis da atividade, definição de objetivos e repercussão transnacional. Quanto ao sistema de regras, têm-se como relevantes aspectos de controle e distribuições de poder, capacidade dos atores, que são questões que se inserem na natureza do regime e descrição do sistema de regras, delineando-se sua legitimidade e eficácia. Nesse sentido, sobre a estrutura normativa, importa saber como o controle é exercido, quem são os envolvidos, como as normas são aplicadas, como é a interação entre esses atores, como o comportamento é afetado e como ele reflete na efetividade das regras.

A respeito da delimitação dos níveis da atividade e de quais objetivos, responde-se a uma demanda de racionalização e de ponderação dos riscos para orientação das ações que, conforme já ressaltado, dizem respeito aos diversos âmbitos de globalização e de interdependência. E a noção de repercussão transnacional, por sua vez, é ressaltada em uma abordagem generalizada do termo, para explicar que as consequências não se limitam a fronteiras e que podem se atrelar também ao fato de que não foram necessariamente ensejadas por atores estatais em face do sistema de regras vislumbrado.¹²

Tais considerações dizem respeito à institucionalização dos objetivos comuns, ou seja, a formação do plano da eficácia jurídica, com a politização dos objetivos frente à ponderação dos riscos, distribuindo normas de conduta entre os envolvidos, assim como as formas que devem ser realizadas. É nesse sentido que as organizações internacionais e regimes diversos são vislumbrados como instituições de governança, uma vez que consistem nos instrumentos de definições de sistema de regras, de direitos e deveres em face de questões globais de interdependência.¹³

Eis a pertinência do conceito de governança global para o estudo do direito: arranjos normativos, públicos e privados, nacionais, internacionais e transnacionais em torno de uma questão de tutela juridicamente. Tal entendimento auxilia na superação de uma “crise” epistemológica que limita a análise do direito à norma

12 ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 16. e também: DINGWERTH, Klaus; PATTBERG, Philipp. *Global governance as a perspective on world politics*. p. 185-203.

13 PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental*. 2001. p. 01-11. (Série Grandes Eventos. Meio Ambiente)

jurídica estatal. Para esses efeitos pluralistas, a teoria do direito também tem apresentado seus conceitos, que, então, juntos ao conceito de governança global como institucionalização, podem auxiliar no estudo do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização, como segue.

3 Governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação

Na medida em que governança global caracteriza arranjos jurídicos formados por regimes, que são normas, princípios e procedimentos em torno de um problema que determinados atores resolveram organizar sua condução, existe aqui uma correlação com alguns conceitos de teoria do direito, que estão renascendo ou se fortalecendo por estarem aptos a enquadrar um contexto pluralista do direito. Precisamente, trata-se dos conceitos de regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação e a relação de cada um deles com o conceito de governança global como institucionalização.

3.1 Governança global e os regimes jurídicos

Governança global e regimes jurídicos embora com aspectos em comum, não se confundem. Relembrando-se o conceito precursor de Krasner, os regimes se estruturam nos princípios, nas normas, nas regras e nas decisões e nos reflexos da convergência de interesses dos seus atores. São específicos no que se refere à matéria e ao modo de tratá-la, adquirindo uma verdadeira autonomia, uma sistêmica própria, descentralizando também o processo de efetivar a norma.¹⁴

Governança, por outro lado, é mais amplo. Rosenau afirma serem os regimes, formas de governança. Explica que, como a governança, os regimes abrangem atores governamentais e privados. Governança global e regimes concordam sobre a necessidade de cooperação para os interesses compartilhados, que justifica a aceitação de princípios, normas, regras e procedimentos, e cuja efetividade não está necessariamente vinculada a uma autoridade central. Todavia, os regimes jurídicos se referem a atividades específicas, com uma estrutura em que é possível, com maior precisão, definir os

envolvidos, normalmente especificados pelo próprio regime, assim como define também o modo de efetividade de suas normas.¹⁵

São estruturas afetadas pelo comportamento desses atores e por uma série de outros fatores contextuais. Os regimes podem afetar o comportamento intensificando a preocupação com um problema, melhorando o ambiente contratual entre os participantes ou capacitando-os para lidar com a questão. Keohane retrata que outra função dos regimes é procurar estruturar um equilíbrio nessas relações, ou seja, para tentar corrigir assimetrias causadas pela política mundial e pela condição dos atores envolvidos.¹⁶ Nesse sentido, tem-se também que o papel dos regimes jurídicos como provedores de governança na possibilidade de conjugar os diferentes objetivos e impedir que a ação individual conduza à diminuição do bem-estar social.¹⁷

É nessa interação que os regimes jurídicos internacionais são vistos como instrumentos de promoção e de concretização de determinada governança global, ao sistematizar o modo de realização de determinada atividade, ligando os âmbitos nacionais e internacionais de forma legítima, na visão dos envolvidos. Estudar a natureza do regime permite vislumbrar as bases da legitimidade para as ações coletivas, assim como permite uma compreensão de como se dá a sua efetividade.

3.2 Governança global e direito reflexivo

Primeiramente, falar de um direito reflexivo consiste no simples posicionamento epistemológico que reconhece a formação do direito na interposição de relações sociais. Trata-se de uma perspectiva sistêmica ao reconhecer que existe um diálogo entre os diferentes âmbitos sociais que interagem, mas guardam

15 ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 21.

16 KEOHANE, Robert O. The demand for international regimes: *international organization*. *International Regimes*, v. 36, n. 2, p. 325-355, spring 1982. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0020-8183%28198221%2936%3A2%3C325%3ATDFIR%3E2.0.CO%3B2-J>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

17 YOUNG, Oran. Teoria de Regimes e a busca de Governança Global. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009. p. 377.

14 KRASNER, Stephen D. *Structural conflict: The third world against global liberalism*. California: University of California Press, 1985. p. 4.

sua autonomia, nos seus respectivos procedimentos internos. Cada âmbito social é visto, nesse sentido, como um sistema. O direito responde, na medida em que tutela os objetos e objetivos que estão nos seios dessas relações, por meio de normas jurídicas. O direito em uma abordagem reflexiva leva em consideração as interações sistêmicas dos campos de conhecimento de onde as normas surgem.¹⁸

Tais interações têm repercussões internas, externas no âmbito de cada sistema, e também no próprio procedimento de interação. Por exemplo, podemos perceber o uso da linguagem econômica no seio da proteção ambiental, quando vemos a regulamentação de serviços ambientais, sendo “serviços” o conceito econômico que foi inserido para interpretar um elemento ambiental no momento da elaboração da proteção jurídica ambiental. O uso de “serviços” para se trabalhar a qualidade ambiental consiste em um esforço de legitimidade e de efetividade, buscando a norma, interagir com o campo para o qual dialoga: o de comportamento econômico. Esse breve exemplo nos mostra a importância do entendimento do direito reflexivo, qual seja, aquele que se forma na interação dos campos sociais.

Significa considerar a relação do direito com outros campos sociais como o econômico, ou o ambiental, ou a ética, ou das relações internacionais etc., no momento do estudo da norma, já que esses outros campos fornecem elementos de legitimidade e de efetividade para o estudo da norma. Direito reflexivo e governança global se relacionam, nesse sentido, na medida em que podemos identificar os elementos que formam tal direito, em um arranjo de governança: os atores, os elementos de poder, as normas correlatas, etc.

A partir desse entendimento do direito reflexivo, basta ampliarmos o campo de análise para enquadrarmos o direito em um campo de governança global. Nessa perspectiva, torna-se lógico o uso de conceitos como o pluralismo jurídico, correção e autorregulação, para se trabalharem as fontes jurídicas e a efetividade do direito no campo da governança global.

18 TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: L'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Traduit de l'allemand par Nathalie Boucquey avec la collaboration de Gaby Maier. Bruylant: L.G.D.J, 1996. p. 163.

3.3 Governança global, pluralismo jurídico, correção e autorregulação

A caracterização de um pluralismo jurídico corresponde ao reconhecimento desses arranjos normativos estatais e não estatais, nacionais, internacionais e transnacionais em torno da resolução de um problema. Nesse sentido, não é difícil perceber sua relação com a institucionalização das ações coletivas como modelo de governança global, são, pois, diferentes explicações sobre uma mesma situação.

Com o amparo da governança global como outro eixo que corrobora com um pluralismo jurídico, importa observar, entretanto, os efeitos da consideração desse contexto de pluralismo jurídico para a teoria do direito. Primeiramente, o critério estatal, elemento clássico¹⁹ que caracterizava o conceito de direito, não espelha a realidade, o que reforça a linhagem pluralista em teoria do direito. Trata-se de um reforço porque o pluralismo jurídico não é um conceito novo, permeando estudos de coexistências de diferentes ordens jurídicas de diversas formas, como na relação entre classes sociais ou na relação entre ordens normativas indígenas e não indígenas etc.

Nesse sentido, é preciso deixar claro sobre que perspectiva de pluralismo jurídico se está, aqui, enquadrando em sua relação com um modelo de governança global como a institucionalização das ações coletivas. Para tanto, explica-se que os efeitos pluralistas da globalização, por enquadrarem um pluralismo de atores de modo global, são uma perspectiva de pluralismo jurídico diferente dessas que tratam de pluralismo jurídico para estudar a relação entre o direito estatal e as diversas ordens culturais, éticas ou de classes sociais de um mesmo Estado, por exemplo, quando falamos do reconhecimento de uma ordem estatal e outra indígena tratando sobre o mesmo assunto, ou ainda quando falamos da luta de classes como constituinte de uma ordem distinta daquela estatal.²⁰ Aqui falamos de uma linhagem que reconhece

19 Como exemplo, o conceito de direito segundo Hans Kelsen «A norma jurídica é a regra em virtude da qual se opera uma imputação ao Estado, como sujeito dos atos estatais, ela é a personificação da ordem jurídica.» (tradução livre). Do original: «...La norme juridique est la règle en vertu de laquelle s'opère l'imputation à l'État, qui, en tant que sujet des actes étatiques, n'est que la personnification de l'ordre juridique.» KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. The Hague Academy of International Law, 1926, p. 242-243.

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Vers un nouveau sens commun*

a formação do direito em rede,²¹ que é, justamente, a formação transnacional desses arranjos normativos.

Destaca-se assim, a relação entre o Estado e os atores não estatais, e seus elementos são importantes para tratar das fontes jurídicas. Nesse quadro pluralista, Teubner discrimina as fontes jurídicas pela denominação « centro/periferia »²² para tratarmos de fontes estatais (centro) e não estatais (periferia). A peculiaridade de se enquadrar o direito pela governança global, reconhecendo sua formação em rede, com diferentes graus de interdependência entre os arranjos normativos, consiste em perceber que cada vez mais temos normas constituídas por fontes periféricas do direito.

As fontes jurídicas não são puramente estatais nem para assuntos estatais por excelência, já que vemos a participação de organizações não governamentais e empresas, seja na confecção da norma, por meio de *lobbying* ou outro meio não institucionalizado, seja por outros meios institucionais. Alguns exemplos são a atuação do Centro Internacional para o Estabelecimento de Disputas sobre Investimentos Estrangeiros (do inglês - ICSID), em que empresas podem contestar a atuação dos Estados,²³ e outras ilustrações são contratos internacionais e atuação empresarial, por exemplo, em investimentos estrangeiros.²⁴

juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique. Traduction de Nathalie Gonzales Lajoie. Paris: LGDJ, 2004. p.147.

21 OST, F; KERCHOVE. *De la pyramide au reseau: pour une théorie dialectique du droit.* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Boulevard du Jardin Botanique, 2002. p.186 .

22 TEUBNER, Gunter. Breaking frames: Economic globalisation and the emergence of Lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002.

23 Exemplos de casos: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena ("CDSE") x Costa Rica.* 2000. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3928_2000_c_santa_elena_v_costa_rica.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012; INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Metalclad x México.* 2000. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155>. Acesso em: 26 jul. 2012. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Plama Consortium Limited (de Cyprus) X a República da Bulgária na Corte Permanente de Arbitragem.* Disponível em <<http://www.encharter.org/index.php?id=269>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

24 Piya Panpsapa e Mark J. Smith apresentam alguns exemplos interessantes sobre a exigência de empresas com considerações ambientais na aplicação dos seus investimentos estrangeiros, assim como a boa interação entre as empresas e os atores locais. Nesta pesquisa, demonstram a realização do desenvolvimento sustentável

Assim também se veem presentes iniciativas privadas que criam arranjos normativos de forma voluntária, tratando de assuntos originalmente públicos como padrões de qualidade ambiental exigidos em certificações ambientais,²⁵ outros instrumentos econômicos no mercado,²⁶ códigos éticos empresariais, e outros sistemas regulatórios²⁷ etc.

Nessa perspectiva, a participação privada na produção das normas, inclusive em áreas tradicionalmente estatais, tem sido reconhecida pela teoria do direito por conceitos como o de correção e autorregulação, capazes de enquadrar, assim, também as fontes periféricas. Diante da pluralidade de atores na formação de fontes jurídicas, tem-se a importância da relação entre o Estado e a sociedade civil,²⁸ pois as fontes centrais ainda têm seu papel na condução do comportamento em sociedade. Apenas é preciso atentar-se para o fato de que a globalização tem efeitos de pluralidade suficientes para relativizar a ação estatal e desconstituir o dogma jurídico de que fontes jurídicas seriam aquelas somente estatais.

Com esse panorama, estudos da norma jurídica em um cenário globalizado devem atentar para a relação público-privada no momento da formação da norma, pois podem interferir, seja de maneira direta, que consiste na correção, seja de maneira indireta, por meio de *lobby*, entre outros, em que podem influenciar nos fundamentos e lógicas das normas. Sobre correção, tomemos as palavras de Apolline Roger, para quem a correção é “[...] uma intervenção

pela utilização de contratos com empresas transnacionais e investimentos estrangeiros para a produção de energia, suprimindo as necessidades locais e demandas de conservação ambiental existentes, pela atuação conjunta com as comunidades locais. PANGSPA, Piya; SMITH, Mark J. Political economy of Southeast Asian Borderlands: migration, environment and developing country firms. *Journal of Contemporary*, v. 38, n. 4, p. 485-514, nov. 2008,

25 BLANC, David. L'Éco-labellisation et l'éco-certification. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement.* Paris: La documentation française, 2002. p. 365.

26 MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Le recours à L'outil économique: un habit neuf pour les politiques environnementales ? In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (Org.). *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement.* Paris: La documentation française, 2002. p. 10.

27 CASSESSE, Sabino. *Administrative Law without the State: the challenge of global regulation.* 2005. p. 671.

28 O conceito de sociedade civil caracteriza a organização dos atores em torno de uma decisão. Atores públicos e privados. DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit (III).* la refondation des pouvoirs. Editions du seuil, 2007. p. 24.

normativa conjunta das autoridades públicas e dos destinatários privados, na qual cada uma das partes conserva um poder de veto na norma final.”²⁹ É distinta da regulamentação, pois não se trata de normas decididas por autoridades públicas. A autorregulação, por sua vez, se distingue pelo engajamento unilateral privado.

Corregulação e autorregulação são conceitos importantes no tratamento do direito frente a globalização, uma vez que se torna cada vez mais difícil para o Estado controlar aspectos de transnacionalidade e da transterritorialidade.³⁰ Por meio desses conceitos, é possível separar fontes jurídicas estatais, fontes jurídicas mistas e fontes jurídicas privadas, ou, nos termos de Teubner, fontes centrais e fontes periféricas.

Com o reconhecimento da existência de fontes públicas e privadas na formação dos regimes jurídicos em um contexto de governança global, podemos enquadrar no estudo da norma jurídica as consequências das tensões entre os diferentes regimes jurídicos. Trata-se de uma visão sistêmica na teoria do direito em que cada regime tem seus fundamentos específicos, assim como seus conjuntos de regras. Todo esse conjunto dita o funcionamento daquele regime, sua lógica, legitimidade e efetividade, representando sua própria autonomia em relação aos demais regimes jurídicos. São regimes formados por suas razões específicas, seja em corregulação ou autorregulação, ou pela relação entre Estados, ou ainda no direito nacional, que coexistem em pluralismo jurídico.

Nesse sentido, em um cenário pluralista, deparamo-nos com diversos regimes jurídicos autônomos, cujas lógicas podem ser distintas uma da outra, de modo que, muitas vezes, a efetividade de um dado regime jurídico é afetada em razão da efetividade de outro. Essa tensão entre regimes não tira a legitimidade e a razão de existência de cada um deles, já que são autônomos.

29 Tradução livre. Do original : “[...] *la corégulation c’est une intervention normative conjointe des autorités publiques et des destinataires privés dans laquelle chacune des parties conserve un veto sur la norme finale*». ROGER, Apolline. *Corégulation et Politique climatique de l’Union Européenne. Le rôle des accords environnementaux*. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; ROGER, Apolline. *L’implication des entreprises dans les politiques climatiques: entre corégulation et autorégulation*. France: CERIC, 2011. p.67.

30 FRYDMAN, Benoit. *Coregulation: A possible legal model for global governance: about globalization, views on the trajectory of mondialisation*. Brussels: Brussels University Press, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1980176>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

Eis uma importante consequência dos efeitos da globalização no direito: um pluralismo jurídico formado por uma série de regimes autônomos, que, em razão de suas próprias lógicas e de seus modos de implementação, podem gerar tensões para a efetividade de outros regimes com os quais coexistem.

Essa tensão entre regimes consiste em um dos principais elementos de estudo na teoria do direito em um campo globalizado, ao questionarmos, por exemplo, as tensões entre comércio e meio ambiente por meio dos regimes jurídicos da Organização Mundial do Comércio e de algum regime jurídico ambiental ; ou ainda, as tensões entre regimes ambientais e a proteção jurídica de investimentos estrangeiros. A governança global como a institucionalização das ações coletivas nos ajudam a identificar esses regimes, seus criadores, suas lógicas, se são em corregulação ou autorregulação, seus modos de efetividade etc..

Tais conceitos permitem uma melhor compreensão das fontes normativas na governança global e de como se trabalhar o direito frente a um contexto globalizado.

4 Considerações finais

Por diferentes vias, as entidades privadas e organizações não governamentais interferem no processo de formação da norma jurídica ou na sua aplicação. É um fato que não pode ser ignorado pela teoria do direito. O conceito de direito mantém a essência de ordem e a organização; contudo, pela própria necessidade de uma maior adequação da teoria à realidade, defende-se aqui uma visão pluralista das fontes jurídicas, por meio do amparo dos conceitos de governança global, pluralismo jurídico, regimes jurídicos, corregulação e autorregulação.

Do ponto de vista epistemológico, o conceito de governança global pode auxiliar de diferentes maneiras na “crise” epistemológica do estudo da norma jurídica, da mesma forma que a teoria do direito pode auxiliar no estudo da governança global. Supera-se tal crise na medida em que é possível vislumbrar diferentes elementos jurídicos e não jurídicos presentes em uma estrutura normativa, em um regime jurídico e que vão além do quesito “estatal” do conceito de direito.

Em um contexto globalizado, é importante compreendermos governança global, suas premissas de interdependência em torno dos arranjos normativos e formação de regimes jurídicos, que nos mostram

elementos de legitimidade e para a efetividade do direito. Da mesma forma, a teoria do direito tem procurado por diferentes linhagens estruturar as fontes jurídicas em um contexto transnacional, transterritorial que é o da globalização. Percebemos a necessidade de compreender o que vem a ser o direito reflexivo, que se forma entre as relações sociais, e que chama a atenção para aspectos que não são necessariamente jurídicos em torno do direito, encontrados nesses âmbitos sociais para os quais o direito se volta.

A partir daí, tem-se o reconhecimento de um pluralismo jurídico com a formação de um direito em redes, contando com a participação pública e privada na constituição e na aplicação de normas, seja pela correção ou autorregulação. Eis um quadro que entrelaça tais entendimentos de teoria do direito com governança global, demonstrando como ambos os campos de estudos podem auxiliar um no estudo do outro.

Em que medida a insuficiência do Estado é assimilada no estudo da norma? Inserindo na teoria do direito, o entendimento de uma governança global, na qual se percebe que o Estado não é o único responsável pela efetividade do direito, ainda que seja um importante ator para tanto. Fontes centrais e periféricas coexistem e merecem igual atenção, para se maximizar a efetividade das normas reflexivas resultantes das interações entre os atores em torno de uma questão juridicamente tutelada.

Como enquadrar o estudo da proteção jurídica em um campo pluralista e globalizado? Quais ferramentas de estudo nos permitem analisar as normas jurídicas nesse âmbito pluralista? A insuficiência do Estado consiste no seu limite de atuação frente aos efeitos de pluralidade e de interdependência da globalização. A governança global chama atenção para uma perspectiva panorâmica do problema, e não apenas para um único fator do problema, seja a norma, ou o Estado, ou o problema em si. Paralelamente, torna-se importante o reconhecimento de um direito reflexivo, presente em forma de redes, no lugar de uma forma piramidal, confeccionando um pluralismo jurídico, com fontes centrais e periféricas, por meio de correção e autorregulação.

A partir daí, é possível enquadrarmos uma pesquisa jurídica em torno de uma questão cujas

normas vão além da dimensão estatal e encontram outros atores e regimes jurídicos. Passamos a compreender que tais regimes têm sua autonomia e lógica própria, e muitas vezes uma lógica interfere na outra, sem que isso seja um dado ilegítimo ou irregular, pois, em um contexto globalizado, diversos regimes jurídicos coexistem.

A tensão entre regimes, que ganha espaço na medida em que reconhecemos fontes centrais e periféricas de direito, orienta-nos para a necessidade de se conhecer o fundamento e o modo de funcionar de cada regime, assim como a interação entre os regimes tensionados. Importa observar como cada regime recebe as regras e as exigências do outro, se levam em consideração suas normas, se as ignoram etc. É na interação resultante da tensão entre os regimes que encontramos os principais elementos responsáveis pela efetividade ou não daquele regime.

Com isso, percebemos que tanto o Estado quanto os demais atores envolvidos em determinado problema possuem seus limites, de forma que, se não observarmos essas tensões e seus motivos, em pouco iremos avançar ao tentarmos otimizar a atuação de cada um desses atores. Isso porque essa atuação dos envolvidos deve ser otimizada considerando os reflexos dos diferentes regimes em questão, já que limites de efetividade das normas são também encontradas na tensão entre esses regimes.

Assim, os conceitos de governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação nos orientam em um estudo do direito em um campo globalizado. Isso porque tornam possível o reconhecimento de um contexto pluralista, com fontes estatais e também fontes jurídicas fora do Estado. Além disso, tem-se a legitimação dos atores que movimentam essas fontes, nos movimentos de correção e autorregulação. O pluralismo jurídico é formado por um direito reflexivo e em redes que conecta diferentes questões e no qual percebemos diversos regimes jurídicos ou mesmo âmbitos de governanças que formam diferentes estruturas normativas que interagem e interferem uma na outra. O estudo da norma jurídica deve considerar a tensão entre esses regimes, assim como a interação entre os diferentes atores, para tornar possível um estudo do direito considerando esses efeitos pluralistas da globalização.

Referências

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. *Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. São Paulo: Atlas, 2004.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.

BANCO MUNDIAL. *What is our approach to governance?* Disponível em: <<http://go.worldbank.org/MKOG258V0>>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERNSTEIN, Steven. Legitimacy in Global Environmental Governance. *Journal of International Law & International Relations*, v. 1, n.1/2, p. 139-166.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista, Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BLANC, David. L'Éco-labellisation et l'éco-certification. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris: La documentation française, 2002.

CASSESSE, Sabino. *Administrative Law without the State: The Challenge of global regulation*, 2005

CZEMPIEL, Ernst-Otto. Governança e democratização. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

DELMAS-MARTY, M. *Les forces imaginantes du droit (III): la refondation des pouvoirs*. Editions du seuil, 2007.

DINGWERTH, Klaus; PATTBURG, Philipp. Global governance as a perspective on world politics. *Global Governance*, n. 12, p. 185-203, 2006.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

FRYDMAN, Benoit. *Coregulation: A possible legal model for global governance: about globalization, views on the trajectory of mondialisation*. Brussels: Brussels University Press, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1980176>>. Acesso em: 02 mar. 2012.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 2006, Manaus. *Anais...* Manaus, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Alcindo%20Goncalves.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Trad. Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HERMITTE, Marie-Angèle. A fundação jurídica de uma sociedade das ciências e das técnicas através das crises e dos riscos. In: VARELLA, Marcelo Dias. *Direito, sociedade e riscos: A sociedade contemporânea vista a partir da ideia de risco: rede Latino-Americana e Europeia sobre governo dos riscos*. Brasília: UniCEUB, UNITAR, 2006. p. 11-56.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. ("CDSE") x Costa Rica*. 2000. Disponível em: <http://www.biicl.org/files/3928_2000_santa_elena_v_costa_rica.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Metalclad x México*. 2000. Disponível em: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_En&caseId=C155>. Acesso em: 26 jul. 2012.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Plasma Consortium Limited (de Cyprus) X a República da Bulgária na Corte Permanente de Arbitragem*. Disponível em <<http://www.encharter.org/index.php?id=269>>. Acesso em: 26 jul. 2012.

JAYME, Erik. *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*. In: CONFÉRENCE PRONONCÉE, 24., 2000, Paris. *Proceedings...* Paris: Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye, 2000.

- KAUFMANN, Daniel. *Rethinking governance: empirical lessons challenge orthodoxy: the world bank*. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/rethink_gov_stanford.pdf>. Acesso em: 01 fev 2012.
- KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. Hague Academy of International Law, 1926
- KEOHANE, Robert Owen; NYE, Joseph S. *Power and interdependence*. 3. ed. United States: Longman, 2001.
- KEOHANE, Robert Owen; NYE, Joseph S. Globalization: what's new? What's not? (And so what?). *Foreign Policy*, Washington, v.118, p. 104-119, spring 2000. Disponível em: <http://web.nps.navy.mil/~relooney/3040_386.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2012.
- KEOHANE, Robert O. The demand for international regimes: international organization. *International Regimes*, v. 36, n. 2, p. 325-355, spring, 1982. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?si ci=0020-8183%28198221%2936 %3A2%3C325%3ATDFIR%3E2.0.CO%3B2-J>>. Acesso em: 10 fev. 2012.
- KRASNER, Stephen D. *Structural conflict: the third world against global liberalism*. California: University of California Press, 1985.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para uma teoria general*. tradução de silvia pappe y brunhilde erker. Barcelona: Anthropos, 1998.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. Le recours à L'outil économique: un habit neuf pour les politiques environnementales? In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (Org.). *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*. Paris: La documentation française, 2002.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Sustainable Development Studies: institutionalising sustainable development*. OCDE Publishing, 2007.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da comissão mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento. o conceito de desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/ocf-02.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2012.
- OST, F.; KERCHOVE, De. *La pyramide au reseau: pour une theorie dialectique du droit*. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis Boulevard du Jardin Botanique, 2002.
- PANGSPA, Piya; SMITH, Mark J. Political economy of Southeast Asian Borderlands: migration, environment and developing country firms. *Journal of Contemporary*, v. 38, n. 4, nov. 2008
- PATERSON, Matthew. Interpreting trends in global environmental governance. *International Affairs: Royal Institute of International Affairs* 1944, v. 75, n. 4, p. 793-802, oct. 1999. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sic i?si ci=00205850%28199910%2975%3A4%3C793%3AITIGEG%3E2.0.CO%3B2-V>>. Acesso em: 20 mar. 2012.
- PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental*. 2001. (Série Grandes Eventos. Meio Ambiente).
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- ROGER, Apolline. Corégulation et Politique climatique de l'Union Européene. Le rôle des accords environnementaux. In: MALJEAN-DUBOIS, Sandrine; ROGER, Appolline. *L'implication des entreprises dans les politiques climatiques: entre corégulation et autorégulation*. France: CERIC, 2011.
- ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Vers un nouveau sens commun juridique. Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*. Traduction de Nathalie Gonzales Lajoie. Paris: LGDJ, 2004
- TEUBNER, Gunter. Breaking frames: Economic globalisation and the emergence of Lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, v. 5, p. 199-217, 2002.

TEUBNER, Gunter. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Traduit de l'allemand par Nathalie Boucquey avec la collaboration Gaby Maier. Bruylant: L.G.D.J, 1996.

THOYER, Sophie. Global public good and governance of sustainable development. In: THOYER, Sophie; MARTIMORT-ASSO, Benoît (Ed.). *Participation for sustainability in trade*. England: ASHGATE Publishing, 2007.

VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basileia no Brasil. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *A efetividade do direito internacional ambiental*. Brasília: UNICEUB, UNITAR, Unb, 2009. p. 29-50.

VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional. Alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 167, p.135-170, jul./set. 2005.

YOUNG, Oran R. A eficácia das instituições internacionais: alguns casos difíceis e algumas variáveis críticas. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

YOUNG, Oran R. Teoria de Regimes e a busca de Governança Global. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: UNITAR, UniCEUB, UnB, 2009. p. 371-398.

WEISS, Thomas G. Governance, good governance and global governance: conceptual and actual challenges. *Third World Quarterly*, v. 21, n. 5, p-795-814, oct. 2000.

Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0143-6597%28200010%2921%3A5%3C795%3AGGGA%3E2.0.CO%3B2-O>>. Acesso em: 29 jan. 2012.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2002.

ZACHER, Mark W. Os pilares em ruína do templo de Vestfália: implicações para a governança e a ordem internacional. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 92-95.

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Convenção sobre os direitos das
pessoas com deficiência: como
“invisíveis” conquistaram seu
espaço**

**Convention on the rights of persons
with disabilities: how an “invisible”
minority carved their space.**

Luana da Silva Vittorati

Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: como “invisíveis” conquistaram seu espaço

Convention on the rights of persons with disabilities: how an “invisible” minority carved their space.

Luana da Silva Vittorati*
Matheus de Carvalho Hernandez*

RESUMO

O presente trabalho foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com o objetivo de analisar o processo político-jurídico em âmbito internacional e nacional que levou à elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sua aprovação e recepção no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com *status* de emenda constitucional. Para tanto se buscou compreender a sistemática de recepção e incorporação dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando, em seguida, a importância destes instrumentos no processo de luta por direitos humanos. Em razão do contexto de exclusão, vulnerabilidade e invisibilidade a que esteve — e ainda está — submetida grande parte das pessoas com deficiência no Brasil, mostrou-se relevante analisar como esses indivíduos se organizaram em torno de uma luta por direitos humanos, de modo que alcançaram não apenas a elaboração de uma Convenção Internacional que lhes garantissem direitos humanos, mas também a participação nesse processo. Por fim, retrata a luta pela ratificação da Convenção, alcançada em tempo considerado curto e com o inédito status de Emenda Constitucional, coroando um processo intenso de luta por direitos humanos. O trabalho conclui, ao final, que a participação das pessoas com deficiência teve importância decisiva nos processos que culminaram nas conquistas já mencionadas e ainda abriu um novo caminho para a luta por direitos deste grupo, agora em âmbito transnacional.

Palavras-chave: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Direitos Humanos. Direito Internacional Público. Ativismo Transnacional. “Nada sobre nós sem nós”.

ABSTRACT

This work was conducted through bibliographic and documentary research, with the goal of analyze the juridical-political process at the international and national realms that led to the drafting of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its approval and reception at Brazilian legal system with constitutional amendment status. For this, we sought to understand the systematic of reception and incorporation of human rights treaties in the Brazilian legal system, demonstrating afterwards the importance of these instruments in the struggle for human rights. Due to the context of exclusion, vulnerability and invisibility that was — and still is — largely subjected the disabled people in Brazil, it is relevant to analyze how these individuals organized themselves around a struggle for human rights, so that they achieved not only the elaboration of an international convention that guaranteed their human rights, but also participation in this process. Finally, it is discussed the fighting for ratification

Recebido em 27.11.2013
Aprovado em 16.05.2014

*Graduada em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), Advogada e Especialista em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados.
E-mail: luanavittorati@hotmail.com.

**Coordenador da Especialização em Direitos Humanos e Cidadania, Professor de Relações Internacionais da UFGD, Doutorando em Ciência Política pela Unicamp, Pesquisador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Estudos sobre Estados Unidos (INCT-INEU) e do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (CEDEC).
E-mail: MatheusHernandez@ufgd.edu.br

of the Convention, achieved quickly and with the inedited status of Constitutional Amendment, capping an intense process of struggle for human rights. The paper concludes, in the end, that the participation of people with disabilities has had decisive importance in the processes leading to the achievements already mentioned and even has opened up a new way to fight for the rights of this group, now in transnational realm.

Keywords: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Human Rights. International Public Law. Transnational Activism.

1 Introdução

Com o crescente processo de internacionalização dos direitos humanos impulsionado pelo fim da Segunda Guerra Mundial, os tratados internacionais emergiram como instrumento por meio do qual os Estados se comprometiam a proteger e a garantir os direitos neles reconhecidos, inclusive frente a atos cometidos por eles mesmos. Assim, conseguir a elaboração e aprovação de um tratado internacional, especialmente no âmbito da Organização das Nações Unidas, é uma conquista de inegável importância para qualquer movimento de luta por direitos humanos.

Nesse sentido, merece atenção o caso do movimento das pessoas com deficiência. Historicamente excluídas, indesejadas e estigmatizadas, essas pessoas passaram séculos à margem da sociedade, como “invisíveis”. Quando eram destinatárias de ações políticas ou sociais, estas tinham objetivo tão somente de assistência e caridade. Com o avanço do saber científico e médico, passou-se a entender que a única forma de “adequar” esses indivíduos aos padrões sociais era tratando a deficiência, para que eles tivessem o mínimo de “anormalidade” possível.

Mesmo em meio a todo esse contexto extremamente desfavorável, as pessoas com deficiência conseguiram colocar suas reivindicações por direitos humanos em discussão, e não só no cenário nacional. Entre suas mais importantes vitórias, está a elaboração — com participação ativa e direta do movimento — da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência¹ e a ratificação

1 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, por meio da Resolução nº 61/106. “Em 30 de março de 2007, os dois documentos foram disponibilizados para as assinaturas, e era necessário que pelo menos 20 Estados Membros da ONU os ratificassem para que a Convenção entrasse em vigor. A vigésima ratificação foi obtida no dia 3 de abril, e em

desta e seu Protocolo Facultativo pelo Brasil com *status* de Emenda Constitucional, ambas concluídas em tempo considerado recorde e de maneira inédita.²

Nesses processos a atuação dos líderes do movimento foi decisiva para a elaboração, aprovação e célere ratificação de um texto mais próximo da realidade e das necessidades das pessoas com deficiência.

Além disso, a participação em nível internacional abriu um novo espaço de luta por direitos humanos para as pessoas com deficiência, que passa a ser travada efetiva e formalmente além das fronteiras do Brasil. Com a aprovação da Convenção e sua entrada em vigor no País, a luta pela concretização de suas normas conta com uma nova via e ferramenta de pressão política: o ativismo transnacional.

Considerando que o reconhecimento de direitos humanos não é fruto de benevolência do Estado, mas é alcançado por meio de processos de luta, urge compreender como um grupo considerado praticamente invisível politicamente se organizou em torno de uma luta por direitos humanos, alcançando vitórias tão significativas.

Trata-se, portanto, de processo complexo e repleto de peculiaridades que merece atenção e estudo cuidadoso, tanto no que se refere à elaboração e ratificação da Convenção quanto à organização do movimento e à pressão exercida por ele em prol desses objetivos.

Apesar de terem começado a despertar mais o interesse da comunidade acadêmica após essas conquistas, poucas pesquisas têm buscado entender de maneira mais ampla o processo de luta por reconhecimento formal de seus direitos de modo mais abrangente, indo além do texto da Convenção.

Diante do exposto, o presente trabalho se propõe a responder como um grupo considerado “invisível” no

3 de maio” ambas entraram em vigor. O Brasil os assinou, sem reservas, no dia 30 de março de 2007. “A ratificação pelo Congresso Nacional aconteceu em 9 de julho de 2008”, por meio do Decreto Legislativo n. 186, tendo-se encerrado no Poder Executivo com o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. (LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 94).

2 Quanto à elaboração da Convenção, além de ter sido concluída em tempo considerado recorde, teve participação direta e ativa da sociedade civil na construção do tratado. No que se refere à ratificação no Brasil, foi o primeiro tratado — e único até o momento — recebido no ordenamento jurídico interno como Emenda Constitucional, também em pouco tempo (menos de dois anos) se comparado a outros tratados que aguardam ratificação há décadas.

contexto social, político e jurídico brasileiro conseguiu organizar a sua luta por direitos humanos e colocar em pauta as suas reivindicações, especialmente no cenário internacional, em que alcançou uma de suas mais importantes vitórias: a elaboração da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

No plano interno, diante da inédita ratificação de um tratado internacional com *status* de emenda constitucional conseguida por meio da articulação e pressão política exercida por grupos de pessoas com deficiência, emerge também como pergunta a ser respondida neste trabalho como esse grupo alcançou essa conquista, principalmente por ter ocorrido em tempo relativamente curto, se comparada a outros documentos internacionais que aguardam há muitos anos a formalização de sua recepção no ordenamento jurídico pátrio.

Assim, para compreender o problema levantado e responder às perguntas que ele impõe, procedeu-se uma pesquisa bibliográfica e documental, por meio da leitura e análise de livros, artigos científicos, notícias, entrevistas e da legislação aplicável.

Dessa forma, o presente trabalho foi estruturado de maneira que, num primeiro momento, buscou-se discutir a importância dos tratados internacionais no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos, a forma como eles integram o ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, o papel que exercem na luta por direitos humanos. Em seguida, entre os movimentos que se dedicam a esta luta, pelos motivos já expostos, a análise se voltou para o das pessoas com deficiência, demonstrando como a organização do mesmo e a pressão política exercida por ele foi crucial para que os direitos desses indivíduos fossem formalmente reconhecidos e protegidos, em âmbito nacional e internacional.

2 Recepção e incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro

Depois das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a humanidade se mobilizou intensamente em busca de prevenir barbáries como aquelas e criar um clima de paz, confiança e segurança para a reconstrução e superação daquele período.

Em 1945 foi assinada a Carta da ONU, marcando a criação da Organização das Nações Unidas, e em 1948 foi a vez da Declaração Universal dos Direitos

do Homem, dois marcos do início de uma nova postura por parte dos Estados e do nascimento de um novo campo do Direito: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.³ A humanidade começava então a dar a sua resposta aos horrores que assistira passiva.^{4 5 6 7 8}

Os tratados internacionais se multiplicaram e se transformaram na principal fonte de obrigações no Direito Internacional dos Direitos Humanos, à medida que se consolidavam como veículo, instrumento, por meio dos quais os Estados se comprometiam a proteger e garantir determinados direitos contidos nestes documentos. E foi pelos esforços internacionais materializados em tratados que se formou um sistema global de proteção dos direitos humanos, a par de sistemas regionais criados com a mesma finalidade.⁹ A noção de que proteção dos direitos humanos é atualmente uma questão que transcende as fronteiras dos Estados se multiplicou e a adesão a este novo modelo político e jurídico cresceu.^{10 11 12} Contudo, internamente um problema passou a ser constatado. No Brasil, com a entrada em vigor de tratados internacionais, especialmente os que versam sobre direitos humanos, não houve consenso acerca do seu *locus* no ordenamento jurídico pátrio. Diferentes interpretações deram origem a diferentes correntes teóricas e fundamentos decisivos

3 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 386.

4 Alguns anos mais tarde, em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Direitos Humanos de Viena reiterou e atualizou a concepção da Declaração de 1948.

5 ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 13.

6 ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001. p. 103.

7 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Balanço dos resultados da Conferência Mundial para os Direitos Humanos. *Revista IIDH*, Viena, v. 18, p. 11-28, 1993.

8 SABÓIA, Gilberto Vergne. Um improvável consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil. *Política Externa*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 17-38, dez. 1993.

9 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ ACNUR, 2004. p. 24.

10 LAFER, Celso. *Paradoxos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p. 108.

11 LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 142.

12 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 59.

no âmbito do Poder Judiciário e, mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, em 2004, as divergências permaneceram.

O ordenamento jurídico brasileiro é hierarquizado e extremamente complexo. Diante do conflito entre uma disposição legal interna e o que dispõe uma norma internacional, a definição do lugar que cada uma ocupa neste ordenamento tem-se mostrado fator de extrema importância na decisão acerca de qual delas deve prevalecer no caso concreto.

É, portanto, de extrema importância se ater a esta discussão — ainda que de maneira sucinta —, principalmente quando se verifica estar envolvida e ameaçada a efetividade de direitos humanos, muitas vezes internacionalmente consagrados e conquistados a duras penas. Além disso, tem reflexos no plano internacional, tendo em vista que, aplicando-se uma interpretação que privilegie as normas internas em detrimento das internacionais de direitos humanos, há também o descumprimento de um acordo assumido perante a comunidade internacional.

Muito se comemora atualmente quanto ao avanço da proteção dos direitos humanos em âmbito internacional, na criação de uma justiça global e um pensamento cada vez mais cosmopolita, mas havendo ameaça à efetividade desses direitos por conta da estrutura jurídica interna, a transformação que se busca na realidade dos indivíduos fica prejudicada.

Por tais razões é que se mostra relevante compreender como os tratados internacionais de direitos humanos têm sido recepcionados e incorporados ao ordenamento jurídico interno e os caminhos apontados para solucionar os conflitos advindos da relação entre as normas mencionadas.

2.1 O Brasil e os tratados internacionais

Antes de discorrer especificamente sobre o tratamento constitucionalmente conferido aos tratados internacionais sobre direitos humanos, importa tecer algumas considerações iniciais acerca dos tratados em geral.

Isso porque os tratados internacionais, conforme já exposto, são atualmente a principal fonte de obrigações no Direito Internacional, notadamente no Direito Internacional dos Direitos Humanos. É por meio dos tratados que se materializam os acordos

em âmbito internacional, tornando os compromissos assumidos obrigatórios e vinculantes. Com a ascensão da internacionalização dos direitos¹³, os tratados ganharam ainda mais importância, tomando o lugar antes ocupado pelo costume internacional.¹⁴ Além disso, o processo de construção de um tratado possui procedimentos próprios e complexos, que precisam ser pontuados para que se compreenda o arranjo político que o permeia.

Nas palavras de Francisco Rezek, “tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.¹⁵

Diante da necessidade de uma lei que regulasse o processo de formação dos tratados internacionais, em 1969 foi elaborada a Convenção de Viena¹⁶, que em seu artigo 2, item 1, a), conceitua o termo “tratado” como “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular”.¹⁷

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, os tratados internacionais assumem papel de destaque, como instrumentos pelos quais os compromissos firmados pelos Estados se materializam, no sentido de formar e consolidar um sistema global de proteção dos direitos humanos, bem como sistemas regionais com o mesmo objetivo.

13 Embora a doutrina identifique um primeiro movimento de internacionalização de direitos humanos entre a segunda metade do século XIX e a Segunda Guerra Mundial, trata-se neste ponto sobre o segundo movimento, iniciado com o fim da guerra mencionada. Diante das atrocidades cometidas naquele período, os direitos humanos passaram a ser mais discutidos, valorizados e aprofundados, de forma que várias convenções internacionais foram celebradas sobre a matéria.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

14 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

15 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

16 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

17 BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

Nesse sentido, afirma Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁸:

Trata-se [o Direito Internacional dos Direitos Humanos] essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados. Neste propósito se mostra constituído por um *corpus juris* dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos jurídicos variáveis (tratados e resoluções), operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.

Tal *corpus juris* abriga, no plano substantivo, um conjunto de normas que requerem uma interpretação de modo a lograr a realização do objeto e do propósito dos instrumentos de proteção que as consagram, e, no plano operacional, uma série de mecanismos (essencialmente, de petições ou denúncias, relatórios, e investigações) de supervisão ou controle que lhe são próprios. A conformação deste novo e vasto *corpus juris* vem atender uma das grandes preocupações de nossos tempos: assegurar a proteção do ser humano, nos planos nacional e internacional.

Esse fragmento de texto alerta para uma importante consequência desse movimento crescente de proteção internacional de direitos humanos: as normas contidas nos tratados, a partir do momento que assinados e ratificados pelos Estados parte, de acordo com o procedimento estabelecido por cada um, passam a integrar a ordem jurídica interna, o que nem sempre ocorre com facilidade, tendo em vista que podem entrar em choque com disposições já em vigor.

Segundo Casella, Hildebrando e Silva¹⁹, as normas brasileiras são omissas ou incipientes em relação ao relacionamento entre o direito interno e o direito internacional. Essa falta de clareza levanta polêmicas entre os doutrinadores e abre espaço decisivo às jurisprudências. O cerne das divergências doutrinárias ao redor da relação entre direito internacional e direito interno está nos diferentes fundamentos que

se atribuem ao direito internacional. A depender desse fundamento, os doutrinadores adotam posições diferentes em relação ao relacionamento entre direito internacional e direito interno.

As discordâncias doutrinárias, assim, se organizam ao redor de duas posições principais. Ambas discutem o que as normas internacionais e nacionais possuem em comum e também se, e de que modo, podem funcionar apartadas.

A primeira grande questão colocada em debate é se o direito internacional e o direito interno são ordenamentos autônomos ou duas dimensões de um mesmo sistema jurídico integrado. A primeira posição é defendida pelos chamados monistas. A segunda, pelos dualistas.

O argumento dos dualistas é que o direito internacional cuida da relação entre Estados, ao passo que o direito interno cuida da relação entre indivíduos. Outro argumento refere-se à fonte da vontade. O direito internacional teria como fonte a vontade compartilhada dos Estados, isto é, multilateral. Já o direito interno teria na vontade unilateral do Estado o seu dínamo. A partir desse raciocínio dualista, poder-se-ia dizer que o direito internacional não cria obrigações para o indivíduo, exceto quando suas normas se convertem em normas de direito interno. Os dualistas se dedicam pouco a explicar o fenômeno da transformação, uma vez que não levam em conta a relevância do costume enquanto fonte do direito internacional.

A doutrina monista, por sua vez, constrói seu raciocínio a partir da ideia de norma superior, e não da vontade dos Estados, pois observa o direito como uma inteireza complexa, seja ele nacional ou internacional. Os defensores da tese monista têm em comum, portanto, a tese de que o direito é um só. A partir daí se dividem basicamente em duas posições: uma parte dos doutrinadores defende o primado do direito internacional; outra parte, o primado do direito interno.²⁰

Sabe-se que, para Kelsen²¹, a partir de uma visão científica, qualquer norma, seja ela nacional ou internacional, pode ser ponto de partida para um

18 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. v. 1. p. 38-39.

19 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 311.

20 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 312.

21 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.

sistema total. Entretanto, por motivos práticos, Kelsen defende a tese do primado do direito internacional.

A posição de Casella, Hildebrando e Silva²² é de defesa da primazia do direito internacional, pois, segundo eles, o que está em jogo é a manutenção das bases de convivência internacional e, como tal, deve-se considerar a interação entre sujeitos de direito internacional e não apenas como se a questão fosse meramente atinente à administração interna de cada Estado. Nesse sentido, os autores corroboram em grande medida a jurisprudência internacional, expressa nas declarações da Corte Permanente de Justiça Internacional e na própria Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, de 1969.

O que se observa, na prática, é que as regras de tratados aprovados e ratificados acabam por substituir lei interna. A partir desse mesmo parâmetro, uma lei interna aprovada posteriormente não pode substituir um tratado aprovado pelo legislativo e ratificado pelo poder Executivo. As divergências começam a aparecer, de acordo com Rezek²³, quando está em jogo a relação entre tratado e texto constitucional.

Conforme já dito, a legislação brasileira não é muito clara quanto ao relacionamento entre direito internacional e direito interno. Por isso, a jurisprudência terminou por assumir um papel importante na definição acerca das teses monistas e dualistas. Mas na interpretação jurisprudencial, nenhuma das duas posições foi adotada de forma pura. A partir da jurisprudência brasileira, cunharam-se novas (sub) posições: o dualismo extremado, o dualismo moderado, o monismo radical e o monismo moderado.

O dualismo extremado exige edição de lei distinta para a incorporação de um tratado à ordem jurídica interna, como quer originalmente a proposta de Triepel²⁴. No dualismo moderado, a incorporação de um tratado internacional independeria da edição de lei, mas se faria a partir de procedimento complexo, dependente da aprovação do Congresso e da promulgação pelo Executivo²⁵.

22 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 313.

23 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

24 TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. RCADI, 1923. t. 1. p. 73-122.

25 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo:

O monismo radical defende a primazia do tratado sobre a ordem jurídica nacional. Já o monismo moderado defende que o tratado seja equiparado à lei ordinária, subordinada à constituição e que o critério cronológico seja levado em conta, em caso de conflito com a norma superveniente.

Na visão de Casella, Hildebrando e Silva²⁶, o monismo moderado aplicado pelo Brasil, na verdade, se apresenta como o segundo momento do dualismo, ou seja, a norma já está incorporada e agora trata-se de resolver o conflito com a norma interna. Para os autores, esse não é um problema verdadeiro, uma vez que depois de incorporada, segundo a tese dualista, a norma passa a integrar o ordenamento jurídico nacional e, assim, a ser analisada como as demais leis.

De modo a sistematizar essa questão, pode-se dizer que há dois momentos principais: o da incorporação ao ordenamento jurídico nacional; e o do posicionamento hierárquico de elemento jurídico internacional no ordenamento interno.²⁷ Nesse sentido defendem os autores:²⁸

Ao se estabelecer a necessidade imperiosa de incorporação, independentemente da posição que assumirá posteriormente a norma, adota o direito brasileiro certa forma de dualismo, na modalidade moderada. Somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno, podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres para os particulares, ainda que antes disso tenha o estado em relação aos seus cocontratantes assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito do instrumento próprio.

Clovis Beviláqua²⁹ defendia o reconhecimento da primazia do tratado internacional, mesmo em casos de mudança constitucional. Ele lembra que a não

Saraiva, 2012. p. 314.

26 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 315.

27 O Recurso Extraordinário 71.154 do STF, de 1970, é interessante para visualizar a existência dos dois momentos destacados acima, ou seja, só se discute a hierarquia do tratado depois de ele ter sido considerado internalizado. Esse acórdão também foi base para a Carta Rogatória 8279, na qual Celso de Mello reconheceu a adoção do dualismo moderado.

28 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 315-316.

29 BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1939. v. 2.

observância de um tratado por um Estado, mesmo em decorrência de mudança constitucional, autoriza as outras partes à resilição. Haroldo Valladão³⁰ também argumenta em favor do prevalecimento das normas internacionais em relação às normas internas e salienta a forma peculiar de revogação das normas internacionais (a denúncia), assim como a impossibilidade, na sua visão, de que a norma internacional seja alterada por norma nacional, considerada por ele inferior. Oscar Tenório³¹ argumenta que o princípio da supremacia constitucional, presente no direito público brasileiro, cria empecilhos à vigência dos tratados na ordem internacional. Igualar um tratado internacional a uma lei ordinária é, na visão de Tenório, um equívoco de raciocínio.

Tem-se como contraponto, por exemplo, a posição de Rezek³²:

[...] recorde-se, de início, que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma posição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. [...] para o estado soberano, a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis nacionais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de sobpor-se, a si mesma, ao produto normativo de compromissos exteriores do estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito, pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

Casella, Hildebrando e Silva divergem de Rezek. A posição dos autores é bem clara quanto aos efeitos

da norma internacional. Segundo eles, ela tem efeitos não apenas quanto à ordem jurídica nacional do Estado parte, mas vincula-o, na condição de sujeito de direito internacional, ao conteúdo do tratado, até que ele seja extinto ou denunciado juntos aos demais contratantes. Na visão deles, nem mesmo a Constituição isenta o Estado da responsabilidade ao violar tratados e convenções internacionais³³.

O que caracteriza, portanto, a reflexão jurídica nacional em relação ao conteúdo, alcance e aplicação do direito internacional é a indefinição. Mais do que isso, parece haver um descompasso entre a doutrina e sua aplicação pelos tribunais. Assim, a aplicação revela a expressão concreta do direito nacional em relação a essa questão, assim como evidencia a necessidade de mudança diante do processo de revisão do conceito de soberania e dos imperativos da convivência internacional³⁴. A aplicação interna pelo Brasil das normas de tratados deve ocorrer não por cortesia ou conveniência, mas em consequência da obrigação jurídica internacional.

Justamente o posicionamento restritivo e conservador do direito brasileiro em matéria das relações entre direito interno e direito internacional, a partir da construção jurisprudencial, ilustra as dificuldades e a necessidade de profunda reformulação, para que possa ser alcançado grau suficientemente alto de aceitação da primazia do direito internacional, a ponto de permitir a efetividade da norma internacional e a automaticidade da sua aplicação no direito interno. Há de se ter presente essa controvérsia não somente quanto aos seus aspectos técnicos, mas como pano de fundo e caldo cultural para determinar a extensão prática e conceitual, exigida pela busca de inserção competitiva do Brasil no contexto internacional. Bem como no sentido de refletir, adequadamente, na ordem jurídica interna, as mutações qualitativas já ocorridas no sentido da proteção internacional dos direitos fundamentais.³⁵

30 VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1980. v. 1. p. 96-97.

31 TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976. v. 2.

32 REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96-97.

33 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 323.

34 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324-325.

35 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324-325.

O processo de recepção dos tratados internacionais é estabelecido pela Constituição, com suas respectivas fases e autoridades competentes para realizá-las. A primeira delas é a fase de negociação, cujos atos competem privativamente ao Presidente da República, por força do que estabelecem os artigos 84, VIII e 21, ambos da Constituição Federal.³⁶

Ainda, conforme lembra Elizabeth Holler Lee, esses “poderes de negociação” podem ser delegados.

a pessoas específicas, ou seja, aqueles munidos de ‘plenos poderes’ para negociar em nome do Presidente da República: os Chefes de Missões Diplomáticas, sob a responsabilidade do Ministério das Relações Exteriores, eximindo o Chefe de Estado deste tipo de negociação corriqueiro no âmbito das relações internacionais.³⁷

Em seguida vem a fase de aprovação parlamentar, de competência exclusiva do Congresso Nacional, conforme dispõe o artigo 49, I, da Constituição Federal.³⁸ Somente depois dessa autorização, que ocorre por meio de um decreto legislativo, é que o Presidente da República poderá ratificar o tratado.

Aprovado pelo Congresso, o tratado passa então à fase de ratificação, de competência do Chefe de Estado, que então reafirma o vínculo do país à matéria regulada pelo tratado internacional.

Nas palavras de Francisco Rezek³⁹:

Não se pode entender a ratificação senão como ato internacional, e como ato de governo. Este, o poder Executivo, titular que costuma ser da dinâmica das relações exteriores de todo Estado, aparece como idôneo para ratificar – o que no léxico significa confirmar –, perante outras pessoas jurídicas de direito das gentes, aquilo que ele próprio, ao término da fase negocial,

36 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

37 LEE, Elizabeth Holler. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170&revista_caderno=16> Acesso em: 20 dez. 2012.

38 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

39 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

deixara pendente de confirmação, ou seja, o seu consentimento em obrigar-se pelo pacto.

Não há um prazo definido para que seja realizada a ratificação, ficando a cargo do Presidente decidir sobre a conveniência e oportunidade de sua realização.

A construção do processo de recepção dos tratados internacionais é uma expressão notável do constitucionalismo. Não há como passar despercebida a preocupação em fazer com que os Poderes, embora independentes, atuem de forma harmônica. Dessa forma, o poder de celebrar tratados foi descentralizado e limitado, evitando abusos.

Após a ratificação, o último ato é o depósito do instrumento de ratificação no órgão que assumiu sua custódia. Um tratado assinado no âmbito nas Nações Unidas, por exemplo, deve ter o instrumento de ratificação depositado, via de regra, na própria ONU. O próprio tratado pode, contudo, estabelecer o órgão responsável pelo recebimento dos instrumentos.

Ultrapassadas as fases descritas, e realizados todos os atos a eles inerentes, o tratado passa então a produzir efeitos tanto em âmbito interno como internacional, passando a ser juridicamente vinculante e obrigatório.

2.2 A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro

No caso do Brasil, o engajamento neste novo sistema protetivo de direitos humanos, que se formou em âmbito internacional no pós-Segunda Guerra, só se deu muito mais tarde, com a retomada do processo de democratização do país, deflagrado em 1985.

Além do intento de criar um ambiente de segurança e estabilidade interna após o fim do período ditatorial, o país precisava ainda modificar a imagem negativa que as atrocidades cometidas nesse período haviam deixado no ambiente internacional. A partir de então, passou a assinar e ratificar diversos tratados internacionais de direitos humanos, afirmando interna e externamente seu compromisso em assegurar que os direitos de seus cidadãos não voltariam a ser tão gravemente violados.

A primeira medida neste sentido foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis.

Contudo, o grande marco desse período, não só no que tange aos direitos humanos, mas na reorganização política do país, foi a Constituição Federal de 1988,

conhecida como a Constituição Cidadã. Ainda entorpecidos pelos horrores que viveram durante a ditadura, essa Carta representou uma resposta do Estado aos cidadãos, garantindo-lhes um ambiente de segurança acerca do respeito e garantia de seus direitos.

Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan⁴⁰:

[...] a Constituição Brasileira de 1988 constitui um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. O texto de 1988, ao simbolizar a ruptura com o regime autoritário, empresta aos direitos e garantias ênfase extraordinária, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país.

O valor da dignidade humana ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III, impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Aprovados em âmbito internacional, surge a necessidade de incorporação dos tratados internacionais. Esse processo de internalização no Brasil depende diretamente da matéria sobre a qual o tratado dispõe. No caso dos tratados comuns, que tratam de relações comerciais, por exemplo, de acordo com o artigo 102, III, “b”, da Constituição Federal⁴¹, estes devem ser recepcionados como normas infraconstitucionais.

Contudo, quando o tratado internacional versa sobre direitos humanos, surgem maiores controvérsias.

40 PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*: Jurisprudência do STF. Disponível em <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>> Acesso em: 12 jun. 2013.

41 BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

É possível verificar que existe uma diferença de tratamento entre os tratados internacionais de direitos humanos e os demais que tratam de outros temas. Isso se justifica pelas peculiaridades principiológicas que marcam os tratados de direitos humanos. Estes tratados desenvolveram princípios-vetores de interpretação bastante próprios: o princípio da interpretação *pro homine*, o princípio da efetividade (*effet utile*) e o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo.⁴²

O princípio *pro homine* estabelece a necessidade de que a proteção aos indivíduos seja, invariavelmente, o objetivo primordial da interpretação normativa. Portanto, essa interpretação deve sempre privilegiar o indivíduo, destinatário da proteção internacional de direitos humanos, e não o Estado.⁴³

O princípio da máxima efetividade visa garantir que os efeitos das disposições convencionais sejam mais do que programáticos. Em casos de tratados de direitos humanos, isso significa privilegiar a interpretação que aumente a proteção e a aplicabilidade dos dispositivos do tratado⁴⁴.

Outro princípio peculiar aos tratados de direitos humanos é o princípio da interpretação autônoma. Segundo esse princípio, os elementos inseridos nos tratados de direitos humanos (conceitos, termos, etc.) possuem significados próprios, ou seja, diferentes daqueles atribuídos pelo direito nacional⁴⁵.

Trindade ⁴⁶ afirma que, apesar dos conceitos presentes em tratados de direitos humanos terem proximidade com aqueles utilizados nacionalmente, quando em documentos internacionais, possuem sentido internacional autônomo.

O princípio da interpretação evolutiva reconhece que os tratados de direitos humanos devem ser interpretados

42 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 80.

43 Segundo Ramos, algumas diretrizes hermenêuticas derivaram do princípio *pro homine*: reconhecimento de direitos, mesmo que implícitos; interpretação restritiva das eventuais limitações de direitos, permitidas nos tratados; utilização do princípio *pro homine* na análise de omissões das normas de direitos humanos.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

44 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.

45 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 85.

46 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. v. 2. p. 33.

à luz do contexto de sua aplicação (e não necessariamente do contexto de criação e elaboração do documento), ou seja, ele garante a vivacidade dinâmica do tratado⁴⁷.

Por último, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo. De acordo com Ramos⁴⁸,

De acordo com tal princípio, nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional. Assim, caso haja dúvida na interpretação de qual norma deve reger determinado caso, impõe-se que seja utilizada a norma mais favorável ao indivíduo, quer seja tal norma de origem internacional ou mesmo nacional (p. 87-88).

Segundo Trindade,⁴⁹ “[...] no domínio da proteção dos direitos humanos interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana.”

Segundo Ramos, o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo é insuficiente na medida em que ele não esclarece como resolver o dilema do conflito entre direitos diferentes pertencentes a indivíduos distintos^{50 51}.

47 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86.

48 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 87-88.

49 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil”. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 34.

50 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88.

51 Ramos ainda se refere à Teoria da margem da apreciação. Essa é uma teoria que se ancora na subsidiariedade da jurisdição internacional e afirma que algumas questões polêmicas relativas às restrições estatais a direitos protegidos devem ser debatidas e resolvidas pelas comunidades internas, e não por juiz ou corte internacional. Essa é uma teoria, advinda da jurisprudência europeia, da qual autores como, dentre outros, André Ramos e Trindade são fortes críticos. Os críticos receiam que tal teoria culmine em um relativismo dos direitos humanos e leve o sistema internacional e regional de proteção a inoperância e exacerbada isenção.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95; TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. v. 2, p. 124-125; FEINGOLD, C. The Little Red Schoolbook and the European Convention on Human Rights. *Human Rights Review*, v. 3, p. 21-42, 1978; SHELTON, Dinah. The Boundaries

Quanto ao panorama do Brasil, em relação aos direitos humanos (e aos tratados internacionais de direitos humanos), em primeiro lugar é importante ressaltar novamente a importância da Constituição Federal de 1988 como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Conforme já exposto, após um período de regime autoritário, a opção do constituinte originário foi de dar especial atenção e ênfase aos direitos e garantias dos indivíduos. A elevação da dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da república (artigo 1º, III, da Constituição Federal⁵²) e o extenso rol de direitos fundamentais trazidos no bojo da Carta são fundamentos importantes e que demonstram essa postura jurídica, sendo que, além de constituírem cláusula pétrea, como afirma Flávia Piovesan, constituem “os princípios constitucionais que incorporam exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”⁵³.

Portanto, a Constituição tem muito nítida em todo o seu texto a preocupação em conferir aos direitos e garantias fundamentais um tratamento especial, que lhes garanta sempre a melhor e mais abrangente interpretação e aplicação. Nesse sentido o artigo 5º, § 1º, da Constituição⁵⁴ é um exemplo digno de ser citado, uma vez que estabelece aplicação imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

No § 2º do mesmo artigo, a Constituição reconhece os direitos e garantias fundamentais que, embora não estejam expressos em seu texto, decorram “do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁵⁵.

São reconhecidos, portanto, pela Constituição Brasileira como direitos e garantias fundamentais vigentes e juridicamente exigíveis os que estejam expressamente previstos em seu texto, os que estejam

of Human Rights Jurisdiction in Europe. *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 13, v. 1, p. 95-147, jan./abr. 2003.

52 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

53 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

54 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

55 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

implicitamente previstos em razão do regime e princípios por ela adotados e, por fim, os previstos expressamente em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário.

Alguns autores entendem que, por força deste dispositivo, além do reconhecimento no texto da Carta, a esses direitos e garantias foi conferida a hierarquia de norma constitucional.^{56 57} Dessa forma, todo tratado internacional que verse sobre direitos humanos, assinado e ratificado conforme exigido pela própria Constituição, teria força de norma constitucional.

Flávia Piovesan⁵⁸, defensora dessa forma de interpretação, afirma:

Essa conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A esse raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais [...]. Essa conclusão decorre também do processo de globalização, que propicia e estimula a abertura da Constituição à normação internacional – abertura que resulta na ampliação do “bloco de constitucionalidade”, que passa a incorporar preceitos asseguradores de direitos fundamentais.

Para essa autora, assim como para os demais defensores desse entendimento, a hierarquia constitucional das normas que tratam de direitos humanos contidas nos tratados internacionais que versam sobre o tema decorrem desse dispositivo legal, ou seja, do que dispõe o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.⁵⁹ Além disso, seria uma consequência lógica do sentido e alcance que a própria Constituição quis

conferir aos direitos fundamentais, de forma a criar um regime próprio que lhes garantam máxima efetividade e aplicabilidade imediata, sem perder de vista ainda a importância conferida à dignidade da pessoa humana, que, como fundamento da República, deve inspirar e nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Como não há um posicionamento explícito da Constituição acerca do tratamento hierárquico — o *locus* dessas normas em nosso ordenamento jurídico —, o entendimento acima descrito não recebeu aceitação pacífica. O próprio Supremo Tribunal Federal desde 1977 não reconhece *status* constitucional às normas de direitos humanos contidas em tratados internacionais dos quais o Brasil é parte.

Na tentativa de resolver a celeuma que se criou diante das diversas interpretações que surgiram, o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, acrescentou ao artigo 5º o § 3º e passou a considerar como normas constitucionais aquelas constantes nos tratados em questão, mas impôs um requisito formal para tanto.⁶⁰ Assim estabelece: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais”.⁶¹

O dispositivo mencionado deveria ter resolvido as controvérsias sobre o tratamento constitucional destinado aos tratados internacionais de direitos humanos, mas não foi o que aconteceu. Quanto aos tratados que a partir da entrada em vigor da referida emenda fossem aprovados com o *quorum* por ela estabelecido, não há qualquer dúvida: terão *status* de norma constitucional. Contudo, a situação dos tratados de direitos humanos anteriores à emenda, que não foram aprovados na forma exigida pelo novo parágrafo, ficou

56 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 74.

57 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

58 PIOVESAN, Flávia. *Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://200.195.147.74/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf> Acesso em: 12 jan. 2013.

59 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

60 TIBÚRCIO, Carmen. A Emenda Constitucional n. 45 e temas de direito internacional. In: TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47-80.

61 A doutrina na área de direito internacional reivindicava tal mudança há tempos, com destaque para Caçado Trindade. Vale ressaltar que Trindade já colocava esse posicionamento no momento da Assembleia Nacional Constituinte, mas naquele momento o texto acabou adotando apenas parte da proposta do jurista no § 2º do art. 5º. TRINDADE, Antonio Augusto Caçado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

sem regulamentação, trazendo ainda mais discussão sobre o assunto.^{62 63}

Nesse sentido Flávia Piovesan⁶⁴ observou quatro diferentes correntes doutrinárias a estabelecer qual a hierarquia conferida a essas normas. São elas:

- a) A hierarquia supraconstitucional desses tratados;
- b) A hierarquia constitucional;
- c) A hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e
- d) A paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

A equivalência hierárquica entre tratado e lei federal foi o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal durante muito tempo, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, em 1977^{65 66}, de

62 A situação dos tratados adotados antes da EC n. 45 não é clara. Não tendo eles passado pelos mesmos requisitos de aprovação, não podem ser considerados emenda constitucional, ainda que versem sobre direitos humanos. A promulgação também é uma questão deixada em aberto pela EC n. 45. Tal interrogação deve-se ao fato de as emendas constitucionais não serem promulgadas pelo Executivo, mas pelo Legislativo. Diante, portanto, da ausência da promulgação, resta compreender como o chefe do Executivo ratificará o tratado. Na visão de Casella, Hildebrando e Silva, passar o poder de ratificação, ato indispensável para determinar o início da vigência de um tratado em um país, ao Congresso desrespeita a separação de poderes, uma vez que é o Executivo, e não o Legislativo, o mantenedor de relações diplomáticas com os outros Estados. A denúncia também é algo relativamente indefinido, pois se um tratado de direitos humanos adentra o ordenamento jurídico nacional como emenda constitucional, sua revogação também só pode se dar mediante outra emenda

CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326-327.

63 CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 326-327.

64 PIOVESAN, Flávia. *Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em <http://200.195.147.74/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf> Acesso em: 12 jan. 2013.

65 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 80.004. Ministro Relator: Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14614120/recurso-extraordinario-re-80004-se>>. Acesso em: 15 maio 2014.

66 O RE 80.004 é considerado exemplo de *monismo moderado* e episódio que teria dado origem à terminologia. Com essa decisão, o STF afirmou que lei interna superveniente poderia afetar tratado internacional em vigor, com exceção da questão tributária. Depois de internalizado, o tratado passaria a estar em igualdade com as leis ordinárias. CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 316; MAGALHÃES, José Carlos de. O Supremo Tribunal Federal e as relações entre direito interno e direito internacional. *Revista de Direito Público*, v. 51-52. p. 122-125, jul./dez. 1979. p. 123. posicionou-se contrariamente a essa decisão do STF, pois a considerou um recuo da Corte em relação à aceitação da prevalência do direito internacional. No RE 466.343-1 SP, Gilmar Mendes (Voto do Min. Gilmar MENDES no RE 466.343-1, São Paulo (62 páginas, cit. p. 11, 14, 19 e 21)) veiculou seu voto de maneira bastante crítica à tese da legalidade ordinária dos tratados

relatoria do então ministro Xavier de Albuquerque. Encontra lastro no que dispõe o artigo 102, III, “b”, da Constituição Federal.⁶⁷ Quase vinte anos depois, em 1995, o STF reiterou este entendimento em decisão não unânime do Habeas Corpus 72.131-RJ sobre a questão da prisão do depositário infiel⁶⁸ e sua proibição pelo Pacto de São José da Costa Rica. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello afirmou:⁶⁹

[...] a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interdito a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. [...] Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...]

internacionais já ratificados pelo Brasil: “É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não se teria tornado completamente defasada, pois tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente.”

67 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

68 Depositário é “o que recebe pessoa, coisa, ou quantia em dinheiro para guardar em segurança, com a obrigação de restituir a quem de direito”. O depositário infiel é “aquele que não restitui o depósito, voluntário ou necessário, quando exigido GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 9 ed. São Paulo: Rideel, 2007. Até dezembro de 2008 o STF entendia ser cabível a prisão do depositário infiel, ocasião em que a Corte reuiu seu entendimento, adequando-o ao Pacto de São José da Costa Rica, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, passando a considerar ilícita a prisão civil do depositário infiel. Por essa razão foi revogada a Súmula nº 619, do STF e editada a Súmula Vinculante nº 25, traduzindo o novo entendimento da Corte. BRASIL. *Notícias STF*: Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>. Acesso em: 20 out. 2013.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. HC n. 72.131. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>> Acesso em: 28 jan. 2013.

Entretanto, no julgamento do *Habeas Corpus* 87.585-8⁷⁰, o próprio Ministro Celso de Mello decidiu rever seu entendimento, reconhecendo a partir de então a existência de um regime jurídico misto em relação aos tratados, conferindo aos de direitos humanos uma hierarquia privilegiada em relação aos tradicionais.

Na decisão do Recurso Extraordinário (RE) 349703⁷¹, julgado em 03 de dezembro de 2008, o STF, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, sendo que ambos discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. Na ocasião houve um embate entre a tese da supralegalidade dos tratados e a que confere aos tratados *status* constitucional. Sobre o caso, foi noticiado pelo próprio Tribunal⁷²:

O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um *status* supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC 45 (parágrafo 3º do artigo 5º da CF).

Neste contexto, o ministro Gilmar Mendes advertiu para o que considerou um “risco para a segurança jurídica” a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário ao texto constitucional. Segundo ele, o constituinte agiu com maturidade ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF.

No mesmo sentido se manifestaram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de Menezes Direito. Foram votos vencidos parcialmente — defendendo o *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. HC n. 87.585. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716538/habeas-corpus-hc-87585-to>>. Acesso em: 15 maio 2014.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 349.703/RS. Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs>>. Acesso em: 15 maio 2014.

72 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>> Acesso em: 28 jan. 2013.

Atualmente, portanto, a tese que tem prevalecido no STF é a que, embora negue *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos que não foram aprovados pelo *quorum* exigido pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, confere a estes uma hierarquia superior às normas infraconstitucionais. A paridade entre tratados internacionais e lei federal prevalece apenas quanto aos tratados tradicionais, que versem sobre outros temas que não direitos humanos.

Contudo, o entendimento não é unânime, e a tese que confere hierarquia de norma constitucional a estes tratados foi defendida por três ministros na ocasião. A mesma tese é defendida por outros juristas, entre eles, Flávia Piovesan⁷³, que defende hierarquia constitucional a estas normas, independente do *quorum* de sua aprovação. Para ela, e para os demais que comungam do seu entendimento, os tratados internacionais de direitos humanos já são materialmente constitucionais.

Nesse sentido, afirma:

Reitere-se, por força do artigo 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a constitucionalização formal dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Sobre a interpretação dos direitos fundamentais e a teoria material da Constituição, extremamente pertinente ao tema discutido, importante citar a afirmação de Paulo Bonavides⁷⁴:

Cabe, por conseguinte, reiterar: quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza

73 PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*: Jurisprudência do STF. Disponível em <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>> Acesso em: 12 jun. 2013.

74 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 600-601.

material menospreza os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos. Governa, assim, fora da legítima ordem econômica, social e cultural e se arreda da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações.

Em razão disso, é de admitir que a Constituição formal perca, ali, a sua legitimidade com o solo das instituições revolvido pelos abalos violentos e frequentes da crise constituinte. Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça.

A tese da supraconstitucionalidade não é muito difundida no Direito Brasileiro, mas encontra também os seus adeptos, entre eles Agustín Gordillo⁷⁵, para quem, conforme descreve Piovesan,⁷⁶

[...] os tratados de direitos humanos têm hierarquia supraconstitucional, a supremacia da ordem supranacional sobre a ordem nacional preexistente não pode ser senão uma supremacia jurídica, normativa, detentora de força coativa e imperatividade. Estamos, em suma, ante um normativismo supranacional. Concluimos, pois, que as características da Constituição, como ordem jurídica suprema do direito interno, são aplicáveis em um todo às normas da Convenção, enquanto ordem jurídica suprema supranacional.

Mesmo concordando com o entendimento de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são materialmente fundamentais, há quem veja a possibilidade de problemas em razão das diversas possibilidades de interpretação do § 3º do artigo 5º da Constituição. De fato, várias são as críticas direcionadas a ele, bem como ao fato de não disciplinar a situação jurídica dos tratados já ratificados tão somente por decreto legislativo.

Nesse sentido afirma Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁷:

75 GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.

76 PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. Disponível em <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>> Acesso em: 12 jun. 2013.

77 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: algumas notas sobre o novo §3º*

Seguindo esta linha de raciocínio e em se partindo da premissa de que não há necessariamente uma hierarquia abstrata entre normas formalmente (e, em regra, também materialmente) constitucionais e normas apenas materialmente constitucionais, a própria incorporação mediante emenda poderia até mesmo, a depender da exegese do novo § 3º, ser desvantajosa em relação ao sistema anterior, a não ser que o Supremo Tribunal Federal passasse a assegurar – como de há muito deveria tê-lo feito – a hierarquia constitucional (em sentido material) dos tratados em matéria de direitos humanos, ainda que incorporados por Decreto Legislativo. Neste caso, a solução de eventual conflito entre os direitos da Constituição e os dos tratados incorporados deveria observar, consoante já sustentado no segmento anterior, os princípios hermenêuticos que regem os conflitos entre os direitos e princípios originariamente reconhecidos pelo Constituinte, portanto, que exigem uma exegese tópico-sistemática e direcionada por uma adequada ponderação dos interesses (valores) em pauta, sempre privilegiando, como destacado alhures, uma solução mais favorável à garantia da dignidade da pessoa.

Afinal, o autor citado toca no ponto crucial da discussão suscitada. Independente da corrente adotada para compreender qual o *status* conferido aos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, o Estado deve como um todo, em todas as suas funções, buscar agir sempre de modo a respeitar e garantir os direitos fundamentais da pessoa, e, conseqüentemente, garantir-lhes a proteção de sua dignidade.

Direito interno e internacional devem, da melhor maneira possível, conjugar esforços no sentido de que sua interpretação e aplicação sejam sempre a mais favorável possível ao indivíduo, o destinatário e razão de ser de todo esse sistema de proteção.^{78 79 80}

do art. 5º da Constituição. Disponível em <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/1.pdf>> Acesso em: 13 jan. 2013.

78 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72-73.

79 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 317-318.

80 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na*

Nesse sentido Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸¹, ao discorrer sobre as formas de dirimir conflitos envolvendo tratados internacionais, afirma que “as fontes de direito devem ser coordenadas, ao invés de se optar por uma em detrimento da outra”, de forma que aplicação da norma se dê sempre atendendo ao princípio internacional *pro homine*.⁸²

A respeito desse princípio que, reitera-se, é de grande importância para o tema, continua o mesmo autor⁸³:

Frise-se, por oportuno, que o princípio da norma mais favorável (*pro homine*) é reconhecido pela melhor doutrina. Por meio dele, ao se interpretar uma norma concernente a direitos humanos, o intérprete/aplicador do direito deve ponderar pela aplicação da que seja *mais favorável* à dignidade da pessoa. [...]

O princípio *pro homine*, em outras palavras, garante ao ser humano a aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial desses direitos e a ponderação de bens, valores e interesses. Nessa ordem de ideias, faz-se necessário interpretar as normas domésticas de proteção com aquelas previstas em tratados e declarações internacionais de direitos humanos, bem assim com a jurisprudência dos organismos supraestatais de proteção desses direitos [...].

Em última análise, tanto as normas constitucionais quanto os tratados internacionais sobre direitos humanos têm a mesma finalidade: proteger e garantir os direitos das pessoas e a sua dignidade. E quanto mais se conjugam esforços, mais força ganha essa proteção, criando sistemas cada vez mais sólidos e eficientes.

Considerando que os tratados são parte muito importante desses sistemas de proteção, são também importantes as considerações feitas acerca deles e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quanto aos que versam sobre direitos

ordem internacional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97-98.

81 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106-107.

82 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90-92

83 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 107.

humanos. Isso porque compreender o contexto em que determinada norma jurídica foi produzida tem significativa influência no seu conteúdo e na sua aplicação posterior.

Além de serem o veículo por meio dos quais os Estados materializam compromissos assumidos perante outros países, os tratados constituem também um importante meio de conferir reconhecimento formal às reivindicações por direitos humanos de grupos que lutam por eles. Embora este não seja o objetivo final desta luta⁸⁴, certamente este reconhecimento deve ser comemorado, uma vez que ele se torna uma ferramenta a mais para se alcançar o acesso igualitário aos bens necessários para que todos possam viver dignamente.

Assim, mostra-se importante analisar também o papel desses instrumentos no processo de luta por direitos humanos posto em prática por indivíduos desprivilegiados no seio dos mais diversos setores da vida social.

3 Tratados internacionais e a luta por direitos humanos

Conforme já exposto, os tratados internacionais desempenham papel de extrema importância no processo de internacionalização dos direitos humanos, iniciado após a Segunda Guerra Mundial. Por meio deles, os países vêm firmando, uns perante os outros, seus compromissos de respeitar e garantir direitos humanos.^{85 86}

Depois de algumas décadas, contudo, a sociedade passou por profundas mudanças, de forma que a própria noção de direitos humanos vem sendo repensada e rediscutida. Por essa razão, mostra-se importante refletir sobre o que se entende por direitos humanos atualmente.

Em primeiro lugar não se pode deixar de considerar que o contexto atual é diferente daquele pós-nazismo em que surgiram os primeiros

84 Conforme explicitado mais adiante, a concepção de direitos humanos sustentada neste trabalho entende que o direito, especialmente os direitos humanos, não se confundem com a lei, mas não negam a importância do reconhecimento formal que ela confere.

85 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 61.

86 DUNNE, T.; WHEELER, N. (Org.). *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge Press, 1999. p. 12.

documentos internacionais garantidores de direitos humanos. Com o fim da Guerra Fria, os Estados deixam a postura de grandes reguladores da economia e o mercado ascende de tal forma que passa a impor suas regras por meio das grandes corporações e instituições de caráter global.⁸⁷

O mercado, cada vez mais livre, trouxe, entretanto, consequências preocupantes no que diz respeito aos direitos dos indivíduos⁸⁸. Vistos como “custos” a serem reduzidos, tais direitos sofrem constantemente violações e tentativas de relativização em nome de um suposto desenvolvimento econômico,⁸⁹ propagado como o caminho para o tão desejado “bem comum”.

Diante da realidade de exclusão e pobreza a que grande parte da população mundial está submetida, fica evidente a necessidade de se rever o conceito de direitos humanos, a fim de alcançar uma teoria que se coadune com os novos desafios da prática vivida atualmente.^{90 91} Não vale mais conceituar direitos humanos como se fossem arrancados “da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal”.⁹²

Embora seja um conceito teoricamente ainda muito sustentado, não se coaduna com a realidade excludente e desigual vivida por grande parte da população mundial, razão pela qual alguns autores, dentre os quais Joaquín Herrera Flores, defendem uma teoria crítica dos direitos humanos^{93 94}. Segundo ele,⁹⁵

87 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 30.

88 ALVES, José Augusto Lindgren. É preciso salvar os direitos humanos! *Lua Nova*, v. 86, p. 51-88, 2012. p. 56.

89 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 31.

90 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 31.

91 SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 5.

92 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

93 Boaventura de Sousa Santos também se insere nessa linhagem teórica que advoga a reconstrução dos direitos humanos a partir de uma concepção crítica. SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, n. 39, p. 105-124, 1997.

94 SOUZA FILHO, C. F. M. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 69-109.

95 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 31.

A deterioração do meio ambiente, as injustiças propiciadas por um comércio e por um consumo indiscriminado e desigual, a continuidade de uma cultura de violência e guerras, a realidade das relações transculturais e das deficiências em matéria de saúde e de convivência individual e social que sofrem quatro quintos da humanidade obrigam-nos a pensar e, conseqüentemente, a apresentar os direitos desde uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras.

Em face do cenário apresentado, a perspectiva transcendental e quase divina dos direitos humanos como se fossem uma dádiva, algo concedido a todo ser humano pela natureza e que não lhe pode ser retirado, por ser inerente a ele, deve ser revista, uma vez que a realidade tem demonstrado exatamente o oposto.

Essa noção tradicional de direitos humanos, defendida por Donnelly,⁹⁶ por exemplo, conduz ainda à compreensão de que todos os indivíduos possuem tais direitos, independentemente de qualquer contexto histórico, político ou social. Isso acaba gerando uma descrença em relação aos direitos humanos e até revolta, uma vez que, embora se diga que o indivíduo possui tais direitos apenas pelo fato de ter nascido, não tem condições para exercê-los.⁹⁷ Como defende Herrera Flores,⁹⁸

96 DONNELLY, Jack. The social construction of international human rights. In: DUNNE, T.; WHEELER, N. *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge Press, 1999. p.71-102.

97 Outra característica muito discutida dos direitos humanos é a sua universalidade, constantemente em choque com barreiras culturais, sociais, econômicas e políticas. Como afirma Herrera Flores, trata-se de um conceito criado no contexto da cultura ocidental que se pretende aplicar a todo o mundo, pretensão esta que muitas vezes conduz a uma imposição e ao colonialismo sobre outras culturas que muitas vezes nem sequer possuem em sua lógica a linguagem dos direitos. Nesse sentido o mesmo autor sustenta o conceito da racionalidade de resistência, que rejeita considerar “o universal como ponto de partida”, mas entende que “ao universal há que se chegar”. FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 43. Ainda, entende como “único essencialismo válido para uma visão complexa do real: o de criar condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, o de um poder constituinte difuso que faça a contraposição, não de imposições ou exclusões, mas de generalidades compartilhadas às que chegamos (de chegada) e não a partir das quais partimos (de saída).” FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas*: ULBRA, Canoas, v. 4, n. 2, p. 298-299, jul./dez. 2003.

98 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*.

Para a reflexão teórica dominante, os direitos “são” os direitos; quer dizer, os direitos humanos se satisfazem tendo direitos. Os direitos, então, não seriam mais que uma plataforma para se obter mais direitos. Nessa perspectiva tradicional, a ideia do “quê” são os direitos se reduz à extensão e à generalização *dos direitos*. A ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o “direito a ter direitos”. Quantos direitos! E os bens que tais direitos devem garantir? E as condições materiais para exigí-los ou colocá-los em prática? E as lutas sociais que devem ser colocadas em prática para garantir um acesso mais justo a uma vida digna?

Estamos diante de uma lógica bastante simplista que, contudo, tem consequências muito importantes, pois conduz a uma concepção “*a priori*” dos direitos humanos. Se estamos atentos, essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los.

Para tratar de direitos humanos, portanto, não se pode desconsiderar a realidade de exclusão e de luta por condições dignas de vida, nem, tampouco, partir da premissa de que o contexto de garantia e fruição de direitos se dá da mesma maneira para todos os indivíduos em todo o mundo.

Na verdade, é justamente essa realidade excludente que impulsiona e justifica a luta por direitos humanos, que deve ser – e é – constantemente travada, uma vez que esses direitos não são dádivas concedidas por Estados benevolentes; são, ao contrário, conquistas, resultados de processos de intensa e permanente luta por acesso aos bens materiais necessários para uma vida digna.⁹⁹ “Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social”^{100 101}

Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 33.

99 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 36-37; MOYN, Samuel. *The last utopia: human rights in history*. Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

100 PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.). *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34.

101 Importe ressaltar que existem diversas formas de compreender e conceituar os direitos humanos. Nesse sentido, Dembour identificou quatro escolas de pensamento (natural, deliberativa, de protesto e do discurso), conceituadas a partir de quatro eixos

Nesse sentido afirma Herrera Flores:¹⁰²

[...] os direitos humanos seriam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Entenda-se por dignidade não o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado, “*a priori*”, por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação.

Uma vez que, conforme dito, os tratados materializam compromissos firmados pelos Estados e os resultados das lutas por direitos humanos, mostra-se

(transcendentalidade x concretude; individualista x coletivista). De maneira bastante sintetizada, a escola natural defende uma definição clássica de direitos humanos, de fonte transcendental (Deus, a natureza, a razão etc.), afirmando que esses direitos existem antes e são superiores ao Estado, independentemente de reconhecimento. Contudo, aprecia a positivação desses direitos, considerando-a como um freio à ação do Estado. A escola deliberativa compreende os direitos humanos como fruto de acordos sociais, de escolha. Nega a base natural (transcendental) dos direitos humanos e acredita que eles só serão universais quando todos os escolherem e aceitarem como o melhor padrão; enquanto fruto de acordos sociais, não podem ser impostos. Considera a lei a manifestação do acordo social e, portanto, não há direitos humanos para além dela. Embora divirjam quanto à fonte dos direitos (transcendental x concreta), ambas consideram esses direitos como individuais.

A escola do protesto entende os direitos humanos como fruto de conquistas, de lutas sociais. Criticam a visão individualista, uma vez que consideram que apenas se pode dizer que os direitos humanos são respeitados em determinado local quando todos têm iguais oportunidades e condições de exercê-los. Nesse sentido, a luta por direitos humanos deve ser constante, até que esse objetivo seja atingido. Veem com receio a positivação dos direitos, pois, embora cristalizem reivindicações de movimentos de luta, teme que a lei seja instrumentalizada, apropriada e burocratizada pelas elites. Para essa escola, o Estado não é fonte de direitos, que são arrancados dele por meio de lutas. Já a escola do discurso conceitua direitos humanos como discurso historicamente construído, que merece ser estudado e criticado. Criticam a base individualista de outros conceitos (natural e deliberativo) e não acreditam na universalidade desses direitos, pois eles não podem abarcar todas as necessidades e anseios a todos os seres humanos. Essa escola é conhecida como desconstrutivista; não acredita na realização dos direitos humanos e afirma que são um processo que não se concretiza. Consideram a positivação indiferente. DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What are human rights? Four Schools of Thought, 2010. *Humans Right Quarterly*, v. 32, n. 1. p. 1-20, fev. 2010.

Entre as escolas descritas por Dembour, a definição sustentada neste trabalho se aproxima da defendida pela escola do protesto, pois acredita que os direitos humanos são resultados de lutas que devem ser permanentes para evitar retrocessos. Afirma ainda que esses direitos não são dádivas, mas são “arrancados” do Estado. Contudo, tem uma visão mais moderada no que se refere à positivação, pois não a vê como algo negativo, alertando apenas para o fato de que o direito não se confunde com a lei, mas está fora dela.

102 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 37.

importante ainda discutir a respeito do papel do direito positivo nessa concepção de direitos humanos.

Conforme já exposto, não se deve confundir o significado dos direitos humanos com o seu conteúdo.¹⁰³ As normas jurídicas têm por finalidade proteger e garantir direitos, mas não os criam nem determinam o seu significado. Não se tem direitos humanos porque a Constituição, uma lei ou um documento internacional assim declara, mas porque indivíduos, por meio de práticas sociais, se insurgem contra o acesso hierarquizado e desigual aos bens necessários para uma vida digna e as leis são produzidas como resultado desse processo de luta por reconhecimento dessas demandas¹⁰⁴, ou seja, normas são clamores socialmente reconhecidos.¹⁰⁵

Não se está defendendo, contudo, que as leis — tanto em âmbito nacional como internacional — sejam desnecessárias. As normas jurídicas desempenham papel importante na luta por direitos humanos, mas, reitere-se, não os criam; reconhecem “os resultados das lutas sociais que se dão fora do direito” e “podem dotar tais resultados de certos níveis de garantias para reforçar o seu cumprimento”.^{106 107 108}

Nesse sentido, foram criados — por meio de tratados — os sistemas de proteção global e regionais, que se complementam com a finalidade de coibir e reprimir atos e posturas, tanto omissivas quanto comissivas, adotados pelos Estados de forma a causar lesão a direito humano.¹⁰⁹

103 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 32.

104 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 34-35.

105 KRATOCHWIL, Friedrich. *Rules, norms and decisions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 17.

106 FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 34.

107 FALK, R. *Human rights horizons: the pursuit of justice in a globalizing world*. London: Routledge, 2000. p. 33.

108 REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba, n. 27, p. 33-42, 2006b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 abr. 2009.

109 O sistema global foi instituído no âmbito da Organização das Nações Unidas, e os sistemas regionais são três: europeu, interamericano e africano. “No caso da África, a organização matriz é a União Africana (UA); nas Américas é a Organização dos Estados Americanos (OEA); e na Europa é o Conselho da Europa (CE).” HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 4, p.

Diante do exposto, é evidente que colocar em pauta uma demanda por direitos humanos em nível internacional e conseguir reconhecimento formal por meio de um tratado internacional é uma conquista importantíssima para qualquer movimento social.¹¹⁰

Contudo, infelizmente, não é suficiente. Esse reconhecimento é apenas um passo dessa caminhada. A partir da assinatura do tratado pelo representante do país, ainda é preciso lutar pela sua ratificação para que ele passe a integrar o ordenamento jurídico interno e, o mais difícil, pelo seu efetivo cumprimento. Afinal, leis não criam os direitos humanos nem mudam sozinhas a realidade daqueles que lutam por eles, mas sim a adoção de práticas sociais, políticas, jurídicas e econômicas que cumpram efetivamente o que ordena a lei.

4 A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e sua construção internacional

Entre os diversos tratados de direitos humanos aprovados no âmbito da ONU, o presente trabalho se volta para a análise de um em especial: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Isso porque, mesmo vivendo há séculos uma realidade de exclusão e “invisibilidade”, essas pessoas conseguiram se organizar, formar um movimento de luta por seus direitos e alcançar conquistas significativas. Entre essas conquistas está a aprovação da Convenção mencionada, inclusive com participação direta e ativa do movimento em sua elaboração, e a sua ratificação com *status* de Emenda Constitucional, tendo sido o primeiro e, até o momento, o único tratado a alcançar esse patamar no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante das várias peculiaridades destacadas, mostra-se relevante descrever e analisar o processo que levou o movimento das pessoas com deficiência a sair da condição de “invisível” e conquistar o seu espaço.

4.1 Breve histórico do movimento das pessoas com deficiência no Brasil e sua articulação no cenário político nacional e internacional

Entre os movimentos sociais atuantes no Brasil merece destaque o das pessoas com deficiência. Historicamente excluídas, muitas vezes até do convívio social, as pessoas com deficiência têm travado lutas

161-169, 2006.

110 KECK, Margareth E.; SIKKINK, Kathryn. *Activists beyond borders*. New York: Cornell University Press, 1998. p. 8.

ferrenhas por reconhecimento e garantia de direitos humanos, tendo alcançado grandes conquistas. Uma das mais importantes, sem dúvidas, foi a aprovação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua ratificação com *status* de emenda constitucional.¹¹¹

Durante muito tempo no Brasil houve uma segregação tacitamente imposta às pessoas com deficiência. Consideradas inválidas e incapacitadas, essas pessoas não eram aceitas em diversos setores do convívio social. A falta de um ambiente acessível e inclusivo fazia com que ficassem reclusos em suas próprias casas ou em instituições especializadas no atendimento de pessoas com determinado tipo de deficiência que geralmente tinham cunho assistencial ou médico,¹¹² de forma que também não preparavam esses indivíduos para transpor as barreiras que dificultavam e até impediam a sua participação na sociedade.

Essa postura fez com que as pessoas com deficiência demorassem para se organizar e protagonizar um processo de luta por direitos humanos, uma vez que não se incentivava uma cultura inclusiva que proporcionasse independência e autonomia a estes indivíduos.

As primeiras associações para o atendimento de pessoas com deficiência tinham caráter meramente assistencialista, mas serviram também para dar início a uma consciência de grupo e sobre a condição de exclusão em que viviam, despertando o anseio de lutar por direitos.¹¹³

111 A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006, por meio da Resolução nº 61/106. “Em 30 de março de 2007, os dois documentos foram disponibilizados para as assinaturas, e era necessário que pelo menos 20 Estados Membros da ONU os ratificassem para que a Convenção entrasse em vigor. A vigésima ratificação foi obtida no dia 3 de abril, e em 3 de maio” ambas entraram em vigor. O Brasil os assinou, sem reservas, no dia 30 de março de 2007. “A ratificação pelo Congresso Nacional aconteceu em 9 de julho de 2008”, por meio do Decreto Legislativo n. 186, tendo se encerrado no Poder Executivo com o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 94.

112 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 21-22.

113 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 30.

Apenas na década de 1970 surgiram as primeiras organizações criadas e geridas por pessoas com deficiência, abandonando a finalidade de mera assistência e caridade que permeavam as associações existentes até então.¹¹⁴ No final da década, o movimento começou a ganhar visibilidade, iniciando uma mobilização nacional, para a qual o contexto nacional e internacional contribuiu significativamente.¹¹⁵

Em um contexto geral, o fim da década de 1970 foi marcado no Brasil pelo início da abertura política após um longo período de ditadura militar, que então começava a perder força, abrindo espaço para que os movimentos sociais pudessem iniciar ou recomeçar suas lutas por direitos humanos. Como afirma Lanna Júnior,¹¹⁶

A redemocratização desenrolou-se em contexto especialmente fértil, em termos de demandas sociais, com uma participação política ampla. Esse período foi marcado pela ativa participação da sociedade civil, que resultou no fortalecimento dos sindicatos, na reorganização de movimentos sociais e na emergência das demandas populares em geral. Era o Brasil, novamente, rumo à democracia.

Os movimentos sociais, antes silenciados pelo autoritarismo, ressurgiram como forças políticas. Vários setores da sociedade gritaram com sede e com fome de participação: negros, mulheres, índios, trabalhadores, sem-teto, sem-terra e, também, as pessoas com deficiência.[...] Os novos movimentos sociais, dentre os quais o movimento político das pessoas com deficiência, saíram do anonimato e, na esteira da abertura política, uniram esforços, formaram novas organizações, articularam-se nacionalmente, criaram estratégias de luta para reivindicar igualdade de oportunidades e garantias de direitos.

Ainda no cenário brasileiro, foi de extrema importância — não só para o movimento das pessoas com deficiência mas para a sociedade brasileira como

114 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 35-36.

115 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 36.

116 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 36-37.

um todo — a promulgação da Constituição Federal, em 1988. Em um processo democrático e aberto à contribuição da sociedade civil, a chamada “Constituição Cidadã” consagrou e acolheu reivindicações de diversos movimentos sociais.

No que tange às pessoas com deficiência, estas se organizaram, e, dessa maneira, realizaram encontros, elaboraram e votaram propostas que foram encaminhadas aos parlamentares constituintes. Várias compareceram pessoalmente às audiências públicas, procuravam pessoalmente parlamentares que ficaram responsáveis por um certo tema que lhes era afeito e assim apresentavam e defendiam suas reivindicações.¹¹⁷

Sobre essa articulação descreveu Maria Aparecida Siqueira¹¹⁸ em entrevista compilada por Lanna Júnior¹¹⁹

Os companheiros que iniciaram o movimento redigiam e encaminhavam alguns documentos aos gabinetes dos deputados constituintes. Formava-se uma comissão de pessoas e o trabalho era realizado em Brasília. Nessa época, tudo era muito difícil, inclusive reunir os companheiros, o que acontecia, em média, a cada seis meses. As sugestões eram colhidas com os representantes de cada Estado brasileiro e encaminhadas a Brasília.

Dessa forma, as pessoas com deficiência conseguiram não só ter muitas de suas demandas incluídas no texto constitucional, mas, sem dúvidas, o mais importante foi inserir uma nova forma de perceber e tratar essas pessoas. Romper com a visão paternalista e assistencialista é até hoje um desafio para os que lutam pelos direitos das pessoas com deficiência e, graças à intensa participação delas no processo de elaboração da Constituição, essa visão enfim começou a ser mudada.

No âmbito internacional, outro fator que impulsionou e deu visibilidade ao movimento das pessoas com deficiência foi a proclamação pela Organização das Nações Unidas do ano de 1981 como

117 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 70.

118 Integrante do movimento das pessoas com deficiência. Atualmente é Secretária Municipal de Pessoas com Deficiência ou Mobilidade Reduzida na Prefeitura de Goiânia. Informações disponíveis em: <http://prefeituradegoiania.net.br/site/equipedogoverno_listagem.php?tla=2&cod=114>. Acesso em: 25 out. 2013.

119 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 332.

o Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD), tendo como tema “Participação Plena e Igualdade”. Segundo o autor acima citado, “o advento do AIPD colocou as pessoas com deficiência no centro das discussões, no mundo e também no Brasil”.¹²⁰

A partir desses eventos o movimento das pessoas com deficiência cresceu, se fortaleceu e passou a unir esforços em prol de uma unidade. Formou-se a Coalizão Pró-Federação Nacional com o objetivo de criar uma federação única que representasse a luta por direitos humanos de todas as pessoas com deficiências no Brasil. Vários encontros e reuniões foram realizados com essa finalidade, que não foi atingida por conta da dificuldade em congregar todas as dificuldades e reivindicações muito próprias de cada deficiência.

Assim, conforme descreve Lanna Júnior, “o amadurecimento das discussões resultou em um rearranjo político no qual a federação única foi substituída por federações nacionais por tipo de deficiência”.¹²¹

As federações foram então se organizando, de forma a facilitar a luta por reivindicações mais específicas. Contudo, prezavam pela integração entre elas, com o objetivo de sempre fortalecer o movimento e alcançar uma sociedade mais inclusiva para todas as pessoas com deficiência.

De volta ao cenário internacional, no final da década de 1980 e início da década de 1990, o sistema internacional passou por mudanças, nas quais os temas sociais ganharam destaque no âmbito da ONU e as negociações que antes eram feitas apenas entre Estados passam a contemplar grupos e representantes da sociedade civil. Trata-se da chamada “Década das Conferências”.

Segundo José Augusto Lindgren Alves,¹²²:

[...] as grandes conferências da década de 1990 procuraram abordar os múltiplos fatores dos respectivos temas em suas interconexões, inserindo o local no nacional e este no internacional, com

120 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 37.

121 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 37.

122 ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001. p. 34.

atenção para as condições físicas e humanas do espaço em que se concretizam. Corroboram, dessa forma, a percepção de que assuntos vitais são, agora mais do que nunca, inquestionavelmente globais, exigindo tratamento coletivo e colaboração universal. Para tanto recorreram não somente aos governos, mas a agentes sociais diversificados, na formulação de propostas. Abordaram economia, sem desconsiderar a antropologia; o planejamento estratégico, sem descuidar dos direitos; a igualdade, sem descartar a liberdade (e vice-versa). Fizeram-no ainda, pela primeira vez, de maneira sistêmica, não compartimentada, de forma tal que as deliberações de uma conferência fossem influenciar as das demais e não apenas as da subsequente.

O cenário internacional era, portanto, favorável à discussão sobre temas de direitos humanos e à participação de agentes da sociedade civil nos processos de decisão em nível global.

Aproveitando-se desse contexto, as pessoas com deficiência pressionaram os Estados para que levassem suas reivindicações diretamente à ONU para que fosse acolhida e atendida a demanda pela elaboração de um documento internacional que garantisse seus direitos humanos.

4.2 A pressão política pela elaboração e aprovação da convenção sobre direitos das pessoas com deficiência

Após a repercussão positiva da promulgação do Ano Internacional das Pessoas Deficientes, em 1987, em um encontro de especialistas na Suécia, surgiu a primeira recomendação para que se fizesse uma convenção que tratasse dos direitos das pessoas com deficiência, liderada pela própria Suécia e pela Itália. Embora a proposta não tenha sido atendida à época, outras ações foram adotadas pela ONU, como a promulgação da Carta dos Anos Oitenta e a aprovação das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas com Deficiência em 1993 e da Declaração de Salamanca em 1994.¹²³

Considerando a vulnerabilidade das pessoas com deficiência e a ausência de instrumento normativo internacional que tratasse de seus direitos, em setembro de 2001, a proposta de elaboração da convenção foi novamente colocada em evidência por um representante do México durante a Conferência Mundial contra o

123 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 89.

Racismo e a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância.¹²⁴

A proposta do México encontrou resistência por parte dos representantes de outros países, especialmente os mais desenvolvidos. Organizações que lutam pelos direitos das pessoas com deficiência começaram a divulgar a proposta ao redor do mundo em busca de apoio para que ela fosse enfim considerada e concretizada pela ONU.¹²⁵

Em entrevista compilada por Lanna Júnior¹²⁶, Rosângela Berman Bieler¹²⁷ descreveu esse momento:

O México, na ONU, propôs. Começou a ser bombardeado pelos outros países. Nós subemos, por dentro da ONU, e nos falaram: 'O México precisa de força e precisa ouvir que o movimento apoia essa iniciativa'. E a gente mandou, naquela noite, e-mails para o mundo todo, em português, espanhol, inglês, pedindo para as pessoas escreverem para a ONU dizendo da importância dessa iniciativa. Em três dias eles tinham 10 mil cartas.

Como resultado dessa articulação e pressão política, em dezembro de 2001 a proposta foi finalmente aceita pela ONU, decisão formalizada por meio da Resolução nº 56/168. Foi então criado um Comitê Especial *ad hoc* com o objetivo de elaborar a Convenção, cuja finalidade era “promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência, com base no enfoque holístico das esferas do desenvolvimento social, dos direitos humanos e da não discriminação”.¹²⁸

124 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 89.

125 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 89.

126 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.. p. 89-90. (grifo do autor)

127 Pessoa com deficiência e participante ativa do movimento de luta por direitos humanos das pessoas com deficiência. Entre outras ações, foi fundadora do Centro de Vida Independente (CVI) no Rio de Janeiro e coordenadora da Organização Nacional de Deficientes Físicos (ONEDEF) em 1983.

128 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 90.

Foram oito sessões deste Comitê Especial de 2002 a 2006, até que se chegasse ao texto final da Convenção, tempo considerado recorde para a aprovação de uma Convenção Internacional, especialmente levando em consideração a quantidade de países envolvidos.

O que mais chama atenção no processo de elaboração deste documento, contudo, não é o pouco tempo gasto nesse processo, mas a participação direta e intensa do movimento social¹²⁹. “Foi a primeira vez que a sociedade civil participou ativamente da construção de um instrumento internacional de garantia de direitos dentro da ONU”¹³⁰.

Na segunda sessão do Comitê Especial foi criado um Grupo de Trabalho de composição mista, com delegados dos Estados e a sociedade civil, com a missão de redigir um texto base, uma espécie de rascunho da Convenção.¹³¹ Nesse momento a articulação do movimento foi de extrema importância para conseguir uma redação que garantisse os direitos humanos das pessoas com deficiência em realidades muito diversas. Não se pode desconsiderar o fato de que eram 192 países participando da elaboração da Convenção — todos os países membros da ONU à época¹³² — o que constituía de um lado uma grande vitória, tendo em vista que a garantia e proteção dos direitos desses indivíduos teria alcance efetivamente global, e por outro lado um desafio para se chegar ao consenso. Para buscá-lo, o movimento teve que se organizar.

Era, enfim, a materialização do tão propagado lema “Nada sobre nós sem nós”, responsável por traduzir e difundir a luta das pessoas com deficiência por autonomia e oportunidade de participação igualitária em todos os espaços da vida pública e privada.

129 A oitava e última sessão do Comitê *ad hoc*, criado com o objetivo de elaborar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, contou com a participação de 800 ativistas de várias partes do mundo.

130 SILVA, Adriana Monteiro da. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: histórico e considerações iniciais*. 2010. Disponível em: <<http://seusdireitosda.blogspot.com.br/2010/12/convencao-sobre-os-direitos-da-pessoa.html>>. Acesso em: 15 out. 2013.

131 ATALLA, Regina. Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê Ad Hoc que Elaborou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Brasília, v. 8, n. 14, p. 208-212, jun. 2011.

132 Hoje são 193, após a inclusão em 2011 do Sudão do Sul. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/paises-membros/>. Acesso em 19 out. 2013.

Em junho de 2003 foi criado o IDC — Internacional Disability Caucus —, “uma rede de mais de 70 organizações internacionais, regionais e nacionais de pessoas com deficiência e de ONGs vinculadas com o campo”¹³³. A participação de representantes do movimento nos países em desenvolvimento, contudo, ainda era muito pequena, motivando a criação do Projeto Sul.

Para promover a participação desses líderes nas reuniões do Comitê Especial, em Nova Iorque, a Handicap Internacional (HI) e o Instituto Interamericano sobre Deficiência (IID) elaboraram o Projeto Sul, que garantiu a participação de lideranças de quatro regiões (América Latina e Caribe, África, países árabes e Ásia-Pacífico) na sétima e na oitava reuniões do Comitê Especial.¹³⁴

A participação desses e de outros grupos e a articulação e pressão política permearam todo o processo; reuniões e muita discussão marcaram os bastidores da elaboração do texto da Convenção. Como resultado, “do total de 42 artigos, somente o artigo de Situação de Risco foi à votação, todos os demais resultaram de árduo, intenso e perseguido entendimento consensual”¹³⁵.

Além do tema citado, outros também foram motivo de intenso debate, tais como:

[...] o preâmbulo, principalmente com referência ao papel das famílias; o artigo 1º, principalmente com respeito à definição de deficiência ou pessoa com deficiência; o artigo 23, sobretudo no que dizia respeito às referências à sexualidade de pessoas com deficiência; e o artigo 24, com respeito à forma que se deve dar ao conceito de “educação inclusiva”. [...] o artigo 12, sobre o exercício da capacidade legal; o artigo 17, sobre a preservação da integridade da pessoa,

133 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 91.

134 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 91.

135 ATALLA, Regina. *Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é concluída com a participação histórica da sociedade civil: agora o foco da batalha passa para a ratificação e implementação da Convenção no Brasil*. 2006. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=kemi¶metro=18453>>. Acesso em: 15 out. 2013.

principalmente no que diz respeito à questão das intervenções involuntárias; e o artigo 25, sobre saúde, principalmente a referência a serviços de saúde sexual e reprodutiva.¹³⁶

Em meio a tantos dissensos, o Brasil desempenhou papel de destaque. Como descreve Lanna Júnior,¹³⁷

Em diversos momentos, a Delegação Brasileira foi a voz das propostas do IDC, o que reforçou avanços nos artigos de vida independente, educação inclusiva, saúde sexual e reprodutiva, bem como a manutenção no texto da capacidade legal em contraposição ao modelo de tutela e cerceamento dos direitos da pessoa com deficiência. O Brasil também liderou o debate a favor da cooperação internacional, enfatizando a responsabilidade de todas as nações, inclusive a cooperação Sul-Sul.

O embaixador Don Mackay, presidente do Comitê, solicitou que o Brasil apresentasse uma proposta de “deficiência” ou de “pessoa com deficiência”, pois este foi o ponto de maior dissenso, completando-se a 7ª sessão sem acordo. Consta nos documentos da elaboração a proposta brasileira. O Brasil salientou a importância de definir o público destinatário do tratado – pessoa com deficiência –, com base no modelo social e com maior responsabilidade para os Governos no tocante à eliminação de todo e qualquer tipo de barreira à inclusão das pessoas com deficiência. Esse conteúdo é o artigo 1º da Convenção, o qual modifica o foco e o planejamento das políticas públicas, além de cunhar a expressão **pessoa com deficiência**, adotada no país como constitucional.

A atuação dos líderes do movimento no Brasil, bem como da delegação brasileira sob a “fiscalização” dessas lideranças, foi, portanto, decisiva para a aprovação de um texto mais próximo da realidade e das necessidades das pessoas com deficiência em todo o mundo.

Além disso, essa participação em nível internacional abriu um novo espaço de luta por direitos humanos para as pessoas com deficiência, que passa a ser travada efetiva e

formalmente além das fronteiras do Brasil. Com a aprovação da Convenção e sua entrada em vigor no País, a luta pela concretização de suas normas conta com uma nova via e ferramenta de pressão política: o ativismo transnacional.

A busca constante pelo consenso durante a elaboração da Convenção pôs em contato direto representantes do movimento das pessoas com deficiência em todo o mundo, possibilitando a troca de informações, princípios e valores, o contato com outras realidades e culturas, abrindo o caminho para a formação de redes transnacionais que lutam pelos mesmos objetivos ao redor do mundo.

Ainda, os mecanismos de monitoramento e as exigências de participação direta e ativa das pessoas com deficiência colocam esses indivíduos no centro dos processos de decisão sobre as normas jurídicas e políticas públicas que lhes afetam e, diante do não cumprimento do que estabelece a Convenção, constituem uma ferramenta de pressão política exercida em face do Estado brasileiro no ambiente internacional, uma vez que a denúncia de fatos desta natureza tem o poder de causar embaraço e constrangimento diante dos outros países, colocando em risco a reputação do país enquanto garantidor de direitos humanos.

Abre-se, portanto, a possibilidade de se estabelecer o que Keck e Sikkink chamam de “efeito bumerangue”, que ocorre quando a relação do Estado com os cidadãos é rompida ou insuficiente, de forma que não obtém respostas às reivindicações apresentadas, e então estes grupos domésticos procuram vias internacionais para expor suas demandas e pressionar por mudanças no plano interno.

Nesse sentido afirmam as autoras¹³⁸:

When the links between state and domestic actors are severed, domestic NGOs may directly seek international allies to try to bring pressure on their states from outside. This is the ‘boomerang’ pattern of influence characteristic of transnational networks where the target of their activity is to change a state’s behaviour. [...] Where governments are unresponsive to groups whose claims may none the less resonate elsewhere, international contacts can ‘amplify’ the demands of domestic

136 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010p. 92.

137 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p. 93-94. (grifo do autor)

138 KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. *Transnational advocacy networks in international and regional politics*. 1999. Disponível em: <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic446176.files/Week_7/Keck_and_Sikkink_Transnational_Advocacy.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

groups, pry open space for new issues, and then echo these demands back into the domestic arena.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, portanto, criou novos caminhos e abriu novas possibilidades para o movimento, para que ele se fortaleça e forme novas articulações em prol da defesa dos direitos das pessoas com deficiência no Brasil e em todo o mundo.

4.3 As principais inovações introduzidas pela convenção sobre direitos das pessoas com deficiência

Diante da grandiosidade do que representa a Convenção ora analisada para o movimento das pessoas com deficiência, mostra-se importante tecer breves considerações acerca de algumas das principais vitórias alcançadas por ele e que estão agora materializadas e consagradas no texto desta.

A primeira grande conquista consagrada no texto da Convenção está já em seu título: a denominação “pessoa com deficiência”. Uma das formas mais cruéis e frequentes de inferiorizar esses indivíduos era — e ainda é — por meio da linguagem. Como bem lembra Fonseca, “posso lembrar-me de palavras como ‘pessoas inválidas’, ‘aleijados’, ‘incapazes’, ‘ceguinhos’, ‘mudinhos’, as quais, como se verifica, carregam um forte peso de exclusão social e de inferiorização”.¹³⁹

Na legislação brasileira as expressões mais utilizadas são “excepcionais”, “pessoas portadoras de deficiência” e “deficientes”, sendo que a segunda era a utilizada pela Constituição Federal de 1988, antes da ratificação da Convenção em questão.

Sobre a inadequação dos termos “excepcional” e “deficiente” afirma Luiz Alberto David Araújo:¹⁴⁰

Há uma tendência muito forte de se tratarem as pessoas mentalmente doentes como sendo «excepcionais». Assim sendo, entendemos desaconselhável o uso do termo, especialmente porque a matéria deve ser tratada da forma mais comum possível, pois o Direito precisa trabalhar com dados da realidade e esta indica que a palavra «excepcional» não tem grande

aceitação para cuidar de deficiências físicas ou de deficiência do metabolismo. Seria difícil, por exemplo, chamarmos um portador do HIV de «excepcional».

[...] «deficiente», é mais incisivo, pois leva diretamente ao objeto estudado, a deficiência do indivíduo.

A expressão “pessoa portadora de deficiência” foi considerada inovadora na época em que a Constituição foi escrita por colocar a pessoa no centro, como o elemento principal. Entretanto, há nela uma impropriedade: deficiência não se porta; faz parte do indivíduo. Assim ensina Romeu Kazumi Sassaki:¹⁴¹

A condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa e esta pessoa não porta sua deficiência. Ela tem uma deficiência. Tanto o verbo “portar” como o substantivo ou o adjetivo “portadora” não se aplicam a uma condição inata ou adquirida que faz parte da pessoa. Por exemplo, não dizemos e nem escrevemos que uma certa pessoa é portadora de olhos verdes ou pele morena.

Uma pessoa só porta algo que ela possa não portar, deliberada ou casualmente. Por exemplo, uma pessoa pode portar um guarda-chuva se houver necessidade e deixá-lo em algum lugar por esquecimento ou por assim decidir. Não se pode fazer isto com uma deficiência, é claro.

Embora pareça de pouca importância, a mudança da expressão utilizada para nomear os indivíduos que têm algum tipo de deficiência influencia diretamente a forma como elas são vistas e tratadas pela sociedade. Termos pejorativos têm em si uma carga axiológica que perpetua posturas de exclusão e até intolerância contra as pessoas com deficiência, além de motivar políticas públicas inadequadas, pautadas em posturas de mera assistência e caridade.¹⁴²

A principal inovação trazida pela Convenção, no entanto, foi a definição de deficiência. Apesar de não ser considerada ideal por muitos ativistas, representa um

139 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al.(Org.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

140 ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4 ed. Brasília: CORDE, 2011. p. 15.

141 SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. 2005. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/porta/artigo.asp?artigo=1855>>. Acesso em 19 out. 2013.

142 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al.(Org.). Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

grande avanço na medida em que consagra o modelo social de deficiência.

Estabelece a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu artigo 1:¹⁴³

[...] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Trata-se de muito mais do que um novo conceito; a Convenção consagra uma mudança de paradigma.

Ao longo da história três modelos de tratamento dispensado às pessoas com deficiência foram identificados pela doutrina: o modelo de prescindência, o modelo médico e o modelo social.¹⁴⁴

Sobre o primeiro estabelece Sidney Madruga:¹⁴⁵

O modelo de prescindência considerava que as causas que dão origem à deficiência possuem fundo religioso, além do que as pessoas são consideradas inúteis por não contribuírem com as necessidades da comunidade, [...] A sociedade, portanto, “prescinde” dessas pessoas, seja por intermédio da adoção de submodelos como o *eugenésico*, situado na antiguidade clássica, com a prática de infanticídio [...] ou mediante o submodelo de *marginalização*, cujo traço característico, durante a Idade Média, é a exclusão [...].

Por conta da exclusão imposta às pessoas com deficiência, alguns autores consideram a existência de um outro modelo, o caritativo, no qual a deficiência é “considerada um déficit e as pessoas com deficiência são dignas de pena por serem vítimas da própria incapacidade”.¹⁴⁶

143 BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

144 MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

145 MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

146 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p.16.

No que tange ao modelo médico, continua Sidney Madruga:¹⁴⁷

O modelo médico/reabilitador, que surge no fim da Primeira Guerra Mundial, ante os efeitos laborais suportados pelos “feridos de guerra”, considera que as causas que deram origem à deficiência são científicas, e as pessoas com deficiência à medida que sejam reabilitadas não mais são consideradas inúteis ou desnecessárias. Busca-se normalizar as pessoas com deficiência, cujo “problema” está em suas limitações, daí a necessidade imperiosa de reabilitá-la psíquica, física e sensorialmente. [...] este modelo as considerava inadequadas ao seio social por deterem um atributo individual resultado de suas patologias, e assim propugnava que essa diferenciação fosse ocultada até o indivíduo ser reabilitado, preparado, para enfrentar-se de igual para igual com os demais membros da coletividade (sem deficiência). O problema estaria “no indivíduo”, na sua anormalidade.

Conforme visto, o modelo médico “ignora o papel das estruturas sociais na opressão e exclusão das pessoas com deficiência, bem como desconhece as articulações entre deficiência e fatores sociais, políticos e econômicos”¹⁴⁸, mas não se pode desconsiderar os avanços trazidos por ele, em comparação com os paradigmas anteriores.¹⁴⁹ O surgimento de centros de reabilitação, bem como as pesquisas e descobertas científicas ocorridas neste período, trouxe melhora na qualidade de vida de muitas pessoas, ao menos no que se refere à saúde.

Superando o modelo acima apresentado, surge o modelo social, sobre o qual discorre Lanna Júnior:¹⁵⁰

O modelo social defendido pelo Movimento das Pessoas com Deficiência é o grande avanço

147 MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59-60.

148 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p.29.

149 MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

150 LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010. p.16.

das últimas décadas. Nele, a interação entre a deficiência e o modo como a sociedade está organizada é que condiciona a funcionalidade, as dificuldades, as limitações e a exclusão das pessoas. A sociedade cria barreiras com relação a atitudes (medo, desconhecimento, falta de expectativas, estigma, preconceito), ao meio ambiente (inacessibilidade física) e institucionais (discriminações de caráter legal) que impedem a plena participação das pessoas

Ainda sobre o modelo social, são importantes as considerações de Sidney Madrugá:¹⁵¹

Em suma, os postulados do modelo social exerceram papel fundamental, seja na desmistificação da deficiência como uma tragédia; no fim da sua *vitimização*; na autovalorização do ser como humano independentemente de sua utilidade no meio social; no engajamento político dos movimentos sociais das pessoas com deficiência etc., e hoje servem de paradigma para a moderna conceituação da deficiência, como previsto na atual Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

O reconhecimento do modelo social era uma das principais reivindicações do movimento durante a elaboração da Convenção. Fazer com que não só o governo mas toda a sociedade se sinta responsável pela situação de exclusão em que vive a grande maioria das pessoas com deficiência é um passo importantíssimo para mudar essa realidade.

Isso porque, com o novo conceito, a causa da exclusão não deve ser buscada no corpo da pessoa com deficiência, mas no meio social que lhe impõe barreiras – sejam elas físicas ou sociais. A deficiência “não deveria ser entendida como uma tragédia pessoal fruto da loteria da natureza, mas como um ato de discriminação permanente contra um grupo de pessoas com expressões corporais diversas”¹⁵²

Outra inovação trazida pela Convenção é o conceito de discriminação baseado na deficiência, que foi também alvo de intenso debate durante seu processo de elaboração. Considerado amplo, o conceito em questão “envolve toda distinção, exclusão ou restrição baseadas

na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo impedir ou obstar o exercício pleno de direitos”.¹⁵³

Ao final de um rol exemplificativo de condutas discriminatórias, o artigo 2¹⁵⁴ reafirma a amplitude do conceito, ao estabelecer que “Abrange todas as formas de discriminação”, com uma importante novidade: “inclusive a recusa de adaptação razoável”. Ou seja, a omissão do Estado ou recusa expressa em executar as ações necessárias para atingir tal finalidade é considerada discriminação.

Um dos pontos que mais causou debate, entretanto, foi quanto à consideração de múltiplas formas de discriminação, verificadas quando há soma de fatores de vulnerabilidade tais como o ser mulher, pobre, negra e com deficiência,¹⁵⁵ situações reconhecidas pela Convenção em seu Preâmbulo, no qual também foi reconhecida outra situação polêmica: a proteção das pessoas com deficiência em países onde há conflitos armados e ocupação estrangeira.¹⁵⁶

Com a finalidade de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”¹⁵⁷, a Convenção impôs aos Estados uma série de obrigações, garantindo tanto direitos políticos como econômicos e sociais, inclusive por meio de ações afirmativas.

A respeito da amplitude da proteção conferida pela Convenção, bem observa Flávia Piovesan:¹⁵⁸

A Convenção contempla as vertentes repressiva (atinentes à proibição da discriminação) e promocional (atinentes à promoção da igualdade), no

153 PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto*. p. 47-48.

154 BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 20 out. 2013

155 PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto*. p. 48.

156 ATALLA, Regina. *Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é concluída com a participação histórica da sociedade civil: agora o foco da batalha passa para a ratificação e implementação da Convenção no Brasil, 2006*. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=kemi¶metro=18453>>. Acesso em: 15 out. 2013.

157 PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto*. p. 48.

158 PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto*. p. 49.

151 MADRUGÁ, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

152 DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2012. p. 19.

que tange à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Expressamente enuncia a possibilidade de os Estados adotarem medidas especiais necessárias a acelerar ou a alcançar a igualdade de fato das pessoas com deficiência (art. 5º, § 4º).

Importante destacar também o dever dos Estados de garantir que as pessoas com deficiência possam participar da vida política e pública, principalmente quando da elaboração de leis ou implementação de políticas públicas que lhes afete, sendo obrigação do Estado realizar consultas e envolvê-las ativamente nestes processos, como estabelece o artigo 29 da Convenção¹⁵⁹.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao mecanismo de monitoramento adotado, consistente na elaboração periódica de relatórios pelos Estados, encaminhados a um Comitê cuja criação foi prevista e instituída pela Convenção, cuja composição deve levar em conta fatores como “representação geográfica equitativa, a representação dos distintos sistemas jurídicos, o equilíbrio de gênero, bem como a participação de *experts* com deficiência”¹⁶⁰.

Nesse ponto o papel do movimento merece ser destacado quanto à elaboração de relatórios paralelos quando verificam que a “versão oficial” não revela a realidade vivida pelas pessoas com deficiência.

Nesse ponto ressalta Luis Gallegos Chiriboga¹⁶¹ em entrevista concedida à Regina Atalla¹⁶²:

159 BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 20 out. 2013

160 PIOVESAN, Flávia. *Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com deficiência: inovações, alcance e impacto*. p. 49.

161 “Exerceu a presidência do Comitê Ad Hoc da Assembleia Geral das Nações Unidas que elaborou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2002 a 2005. É presidente da Iniciativa Global de Informação e Comunicação Inclusiva (G3ICT) e da Comissão de Desenho Universal. Tem sido reconhecido em várias oportunidades por seu trabalho em prol dos direitos humanos das pessoas com deficiência, tanto no Equador quanto internacionalmente.” ATALLA, Regina. Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê Ad Hoc que Elaborou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Brasília, v.8, n. 14, p. 208-212, jun. 2011.

162 ATALLA, Regina. Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê Ad Hoc que Elaborou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Brasília, v. 8, n. 14, p. 208-

Os relatórios sombra preparados pela sociedade civil e relacionados aos relatórios que os países apresentam aos Comitês que monitoram o cumprimento das disposições das convenções internacionais que permitem que as organizações não governamentais rebatem — quando apropriado — os informes dos Estados e elaborem recomendações para que tanto os Estados quanto os Comitês levem em consideração sua perspectiva. Os relatórios sombra também permitem a adoção de ações para resolver aspectos preocupantes.

Considero que a participação ativa da sociedade civil em diferentes âmbitos tem um grande valor.

Além da Convenção, o Brasil assinou também o Protocolo Facultativo à Convenção, no qual, em seu artigo 1, estabelece que¹⁶³

Qualquer Estado Parte do presente Protocolo (“Estado Parte”) reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Comitê”) para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte.

Atendidos os requisitos impostos pelo artigo 2¹⁶⁴ do mencionado Protocolo e, então, admitida a comunicação, será processada na forma dos artigos seguintes. Ao reconhecerem a competência do Comitê os Estados se submetem, inclusive, a investigações *in loco*, na forma do artigo 6¹⁶⁵.

212, jun. 2011.

163 BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

164 BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

165 BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.

Tanto a Convenção quanto o Protocolo são documentos internacionais de extrema importância para o movimento e para as pessoas com deficiência individualmente consideradas. A participação no processo de elaboração dos textos fortaleceu sobremaneira o movimento no Brasil, e certamente o fez em outros países.

Foram muitas as vitórias conquistadas e consagradas nessas normas, de forma que, nessa ocasião, apenas algumas foram destacadas. Contudo, para fazê-las valer internamente o movimento precisou travar uma nova luta, agora pela ratificação da Convenção e seu Protocolo.

5 O processo de internalização da convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, todos os tratados internacionais, independentemente de seu conteúdo, seguiam o mesmo rito de ratificação e ao final recebiam o mesmo *status* legal, ou seja, tinham espaço no ordenamento jurídico equivalente ao das normas infraconstitucionais ordinárias.

Com a entrada em vigor da Emenda acima citada, uma nova possibilidade foi criada no texto constitucional por meio da inserção do § 3º ao artigo 5º, da Constituição Federal.¹⁶⁶ A partir de então, conforme já abordado no presente artigo, se o tratado internacional versar sobre direitos humanos e for aprovado por pelo menos três quintos dos parlamentares de cada Casa, em dois turnos, ele passa a ter *status* de Emenda Constitucional.

Vislumbrando essa possibilidade, aprovada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de imediato o movimento iniciou uma nova batalha, agora pela ratificação do tratado na forma acima citada.

Nas palavras de Isabel Maria Madeira de Loureiro Maior,¹⁶⁷

166 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

167 MAIOR, Isabel Maria Madeira de Loureiro. *Aniversário da ratificação da CDPD no Brasil: como estaria o Brasil sem a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/ratificacao-cdpd>>. Acesso em: 17 out. 2013.

Foram necessários argumentação e convencimento para que o tratado dos direitos [das pessoas com deficiência] alcançasse o peso que tem. Passou-se por várias etapas de encaminhamento burocrático e lobby político. A partir da visão de quem participou de todas as ações, o processo para a vitoriosa ratificação iniciou-se na noite de 26 de agosto de 2006, momento da aprovação do texto da CDPD, na sede da ONU, concluindo a 8ª Sessão do Comitê ad hoc. Lembro-me que as conversas foram imediatamente trocadas do plano internacional para a realidade brasileira, adotando-se o § 3º do artigo 5º da CF como objetivo central. Isso porque desde a adoção da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passou a existir a possibilidade de um tratado de Direitos Humanos ter equivalência constitucional. Era lógico aspirar que a nova Convenção viesse a ser aprovada dessa maneira.

Embora a possibilidade já existisse na Constituição, a adoção do rito em questão ainda era incerta. A decisão sobre o procedimento a ser seguido para a ratificação era decisão do Congresso Nacional; a Presidência da República, contudo, poderia enviar a Convenção para ratificação acompanhada de uma sugestão para que fosse realizada de acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.¹⁶⁸

Nesse ponto a atuação do movimento foi decisiva, ao “colocar em evidência a posição e expectativa das pessoas com deficiência [...], demonstrando que as pessoas estavam mobilizadas”.¹⁶⁹ Como primeiro indicativo positivo, o então Presidente da República assinou, em 26 de setembro de 2007, a “Mensagem Presidencial nº 711/2007, sugerindo a aprovação da Convenção com base no § 3º do art. 5º da CF.”¹⁷⁰ A partir de então, a atuação do movimento se voltou com força total para o Congresso Nacional.

168 MAIOR, Isabel Maria Madeira de Loureiro. *Aniversário da ratificação da CDPD no Brasil: como estaria o Brasil sem a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/ratificacao-cdpd>>. Acesso em: 17 out. 2013.

169 MAIOR, Isabel Maria Madeira de Loureiro. *Aniversário da ratificação da CDPD no Brasil: como estaria o Brasil sem a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/ratificacao-cdpd>>. Acesso em: 17 out. 2013.

170 MAIOR, Isabel Maria Madeira de Loureiro. *Aniversário da ratificação da CDPD no Brasil: como estaria o Brasil sem a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/ratificacao-cdpd>>. Acesso em: 17 out. 2013.

Sobre este momento importantíssimo para o movimento, descreve Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior:¹⁷¹

Em 2008, a estratégia foi alterada e as novas frentes escolhidas foram publicação e divulgação do texto da Convenção, audiências públicas, reuniões com as lideranças partidárias, mobilização das organizações, coordenadorias e conselhos e o lobby corpo a corpo nos corredores e gabinetes dos parlamentares. O resultado, precedido de longas horas de trabalho, de espera e de apreensão, não poderia ser melhor. As duas votações na Câmara, nos dias 13 e 29 de maio, terminaram com ampla margem de segurança e sem votos contrários.

Em seguida vieram os trabalhos no Senado Federal. No âmbito da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, a aprovação aconteceu em 26 de junho e as duas votações no Plenário ocorreram no mesmo dia 2 de julho, quando houve a aprovação final por 56 senadores, sem abstenções ou votos contrários. Vitória mais rápida do que o pensado.

No Congresso Nacional o processo de ratificação teve fim em 9 de julho de 2008, com o Decreto Legislativo n. 186. Pelo Poder Executivo, em 26 de agosto de 2009, foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto n.º 6.949, que entrou em vigor na mesma data, promulgando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Além da importância da ratificação da Convenção e seu Protocolo, especialmente pela situação até o momento inédita da utilização do rito que lhes conferiu *status* constitucional, chama atenção a rapidez na conclusão desse processo.

Entre a Mensagem Presidencial n.º 711/2007, assinada em 26 de setembro de 2007, e a publicação do Decreto que promulgou a ratificação do tratado em questão, em 26 de agosto de 2009, passaram-se menos de dois anos, tempo considerado curto levando-se em consideração o tempo de espera por ratificação de outros tratados e o rito utilizado, que prevê a realização de duas votações em cada Casa.

171 MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. *Aniversário da ratificação da CDPD no Brasil: como estaria o Brasil sem a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/ratificacao-cdpd>>. Acesso em: 17 out. 2013.

Nesse sentido o jornal O Globo noticiou, em 29 de setembro de 2013, a existência de cerca de 237 tratados internacionais aguardando ratificação pelo Poder Legislativo. Entre os que esperam há mais tempo “está o texto da Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias de Animais Silvestres, assinado em 23 de junho de 1979, na Alemanha, que só agora tramita no Senado, para depois ser sancionado.”¹⁷²

Dessa forma, fica ainda mais evidente a importância da pressão política realizada pelo movimento das pessoas com deficiência, tendo em vista que alguns tratados chegam a esperar mais de uma década pela ratificação.¹⁷³

Portanto, a ratificação da Convenção e seu Protocolo, conforme demonstrado, é fruto de um árduo processo de luta por direitos humanos que se iniciou muito antes deste tratado e não termina com ele. Mas, sem dúvidas, é um passo importantíssimo para mudar a realidade de um grupo que, em 2010, somava 23,9% da população brasileira — mais de 45 milhões de pessoas¹⁷⁴ — e ainda assim era, e muitas vezes ainda é, tratado como se fosse invisível.

6 Conclusão

A emergência dos tratados internacionais como instrumentos garantidores de direitos humanos marcou uma nova fase no Direito Internacional. Antes vinculados majoritariamente a temas como guerra e comércio, com o fim da Segunda Guerra

172 OLIVEIRA, Eliane. Brasil tem fila de 237 tratados sem aval do Congresso. 2013. *O globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/brasil-tem-fila-de-237-tratados-sem-aval-do-congresso-10190137>>. Acesso em 17 out. 2013.

173 Além da pressão do próprio movimento das pessoas com deficiência, não se pode desconsiderar que o contexto internacional influenciou nessa presteza do governo brasileiro. Primeiro, há que se considerar que é positivo para a imagem do governo brasileiro perante os demais mostrar que está preocupado em garantir direitos humanos de grupos vulneráveis. Em segundo lugar, os direitos das pessoas com deficiência estavam indiscutivelmente em pauta no cenário internacional. É possível citar como exemplo a declaração de 2004 como o Ano Ibero-Americano das Pessoas com Deficiência, feita pelos participantes da XIII Cúpula Ibero-Americana, realizada em 2003, na cidade de Santa Cruz de La Sierra, na Bolívia, e também o fato da Organização dos Estados Americanos (OEA) ter declarado a década de 2006 a 2016 como a Década das Américas pelos Direitos e pela Dignidade das Pessoas com Deficiência. Todo esse contexto, sem dúvidas, somou com a pressão política exercida pelo movimento de forma a apressar o processo de elaboração no âmbito internacional e de ratificação no Brasil.

174 OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do Censo 2010: pessoas com deficiência*. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. p. 8.

Mundial passaram a ser utilizados para garantir que as atrocidades cometidas durante esta não voltassem a ocorrer.

Embora os tratados que versam sobre direitos humanos sejam firmados com o objetivo de garantir tais direitos, não são dádivas, fruto da benevolência dos Estados, especialmente no contexto das sociedades marcadas por uma preponderância do poder do mercado, nas quais os direitos humanos são vistos como entraves ao desenvolvimento em razão de seu “custo”.

Assim sendo, os direitos humanos não são dados, mas são construídos por meio de práticas sociais com a finalidade de abrir espaços de luta por direitos humanos, “arrancando” do Estado o reconhecimento formal e a concretização dessas demandas.

Nesse contexto, um grupo que certamente merece destaque é o das pessoas com deficiência. Contra todo o histórico de exclusão e invisibilidade esses indivíduos se aproveitaram de um contexto nacional e internacional favorável e conseguiram muito arduamente articular um processo de luta por direitos humanos. Como resultado alcançaram conquistas não só grandiosas, mas também inéditas: no plano internacional, a aprovação de uma Convenção Internacional cuja elaboração se deu com participação direta e ativa do movimento; e no plano nacional, a ratificação deste documento e seu Protocolo com *status* de Emenda Constitucional, não alcançado até o momento por nenhum outro tratado.

Diante das peculiaridades apresentadas, os dois processos citados — a elaboração e a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência — não poderiam ser analisados tão somente sob o aspecto jurídico-formal. Não se pode ignorar o pano de fundo político que as pessoas com deficiência criaram, bem como aqueles dos quais elas se aproveitaram, para alcançar o reconhecimento formal de seus direitos.

Após séculos de invisibilidade, o Estado não resolveu por conta própria ser benevolente, mas foi pressionado — assim como a comunidade internacional — a reconhecer os direitos humanos das pessoas com deficiência, por meio de práticas perpetradas por elas mesmas, organizadas em um movimento político com esta finalidade.

Ainda, importante destacar o esforço do movimento das pessoas com deficiência para se articular e se aproveitar do contexto internacional favorável, no qual

se inseriram e colocaram em pauta suas reivindicações, alcançando assinatura e ratificação pelo Brasil em tempo considerado curto.

Tais fatos não podem ser desconsiderados por quem analisa o processo de produção das normas em questão, especialmente pelo profissional do Direito, de quem muitas vezes será requerida sua interpretação e aplicação. Afinal, o Direito não deve ser uma ciência fechada, isolada das demais, mas precisa estar inserido no contexto da sociedade, que é muito mais rico, permeado por muitos outros saberes. E, quando se fala em um processo jurídico, de construção de uma norma de direitos humanos, é imprescindível considerar o processo político que deu origem a ela — especialmente no ambiente internacional, plural e complexo —, uma vez que, conforme exposto, tais direitos não são dados, mas conquistados, construídos em contextos de luta por dignidade.

No caso das pessoas com deficiência, embora uma norma jurídica — ainda que de alcance global e *status* constitucional — não tenha o poder de mudar automaticamente a realidade de seus destinatários, os fortalece politicamente, dando-lhes suporte formal para reivindicar a concretização de seus direitos. Pode-se dizer, portanto, que o movimento das pessoas com deficiência, por meio de um processo de luta por direitos humanos, alcançou um importante instrumento para garanti-los e, a partir de então, continuar a luta para que ele traduza mudança efetiva na realidade de todas as pessoas com deficiência.

Vale ressaltar ainda que, com o processo de elaboração e a entrada em vigor da Convenção e seu Protocolo Facultativo, a luta por direitos humanos das pessoas com deficiência ganha um novo espaço, podendo efetiva e formalmente ser travada além das fronteiras do Brasil. Além disso, a participação ativa e direta no processo de elaboração do texto do tratado possibilitou a interação do movimento brasileiro com os de outros países, abrindo para as pessoas com deficiência o caminho para o ativismo transnacional.

Mais do que apenas mais uma lei, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência cria novos caminhos e abre novas possibilidades para o movimento, para que ele se fortaleça e forme novas articulações em prol da defesa dos direitos das pessoas com deficiência ao redor do mundo. Além disso, essas conquistas serviram para fortalecer politicamente o movimento, que na articulação com o plano internacional ganhou

novas ferramentas para reivindicar a concretização de direitos no plano interno.

Embora o Estado Brasileiro tenha reconhecido perante a comunidade internacional o compromisso de proteger e garantir os direitos das pessoas com deficiência, é evidente que apenas a entrada em vigor de mais uma norma jurídica não tem o condão, por si só, de mudar a realidade desses indivíduos. A relação entre o Estado e aqueles que buscam “arrancar” dele a concretização de seus direitos em grande parte das vezes não se dá de maneira harmoniosa e a articulação internacional do movimento pode se mostrar um meio importante de pressionar por mudanças efetivas na vida das pessoas com deficiência.

Referências

- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011.
- ATALLA, Regina. *Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é concluída com a participação histórica da sociedade civil: agora o foco da batalha passa para a ratificação e implementação da Convenção no Brasil*. 2006. Disponível em: <<http://saci.org.br/index.php?modulo=akemi¶metro=18453>>. Acesso em: 15 out. 2013.
- ATALLA, Regina. Entrevista com Luis Gallegos Chiriboga, Presidente (2002-2005) do Comitê *Ad Hoc* que Elaborou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. *SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos*, Brasília, v.8, n. 14, p. 208-212, jun. 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito público internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1939. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus. *HC n. 72.131*. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>> Acesso em: 28 de jan. 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC n. 87.585*. Ministro Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716538/habeas-corpus-hc-87585-to>>. Acesso em: 15 maio 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 80.004*. Ministro Relator: Xavier de Albuquerque. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14614120/recurso-extraordinario-re-80004-se>>. Acesso em: 15 maio 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE n. 349.73*. Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs>>. Acesso em: 15 maio 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF restringe a prisão civil por dívida a inadimplente de pensão alimentícia*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>>. Acesso em: 28 jan. 2013.
- BRASIL. *Notícias STF: Depositário infiel: jurisprudência do STF muda e se adapta ao Pacto*, 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116379>>. Acesso em 20 out. 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.
- CASELLA, Paulo Borba; HILDEBRANDO, Accioly; SILVA, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte. What are humans rights? Four Schools of Thought, 2010. *Humans Right Quarterly*, v. 32, n. 1. p. 1-20, fev. 2010.
- DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. São Paulo: Brasiliense, 2012.
- DONNELLY, Jack. The social construction of international human rights. In: DUNNE, T.; WHEELER, N. *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge Press, 1999.
- DUNNE, T.; WHEELER, N. (Org.). *Human rights in global politics*. Cambridge: Cambridge Press, 1999.
- FALK, R. *Human rights horizons: the pursuit of justice in a globalizing world*. London: Routledge, 2000.
- FEINGOLD, C. The Little Red Schoolbook and the European Convention on Human Rights, *Human Rights Review*, v. 3, 1978.
- FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.) *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Técnico Jurídico*. 9. ed. São Paulo: Rideel, 2007
- GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales: parte general*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1990.
- HEYNS, Christof; PADILLA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. *SUR -Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 4, p. 161-169, 2006.
- KECK, Margaret E.; SIKKINK, Kathryn. *Transnational advocacy networks in international and regional politics*. 1999. Disponível em: <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic446176.files/Week_7/Keck_and_Sikkink_Transnational_Advocacy.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.
- KRATOCHWIL, Friedrich. *Rules, norms and decisions*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- LAFER, Celso. *Paradoxos e possibilidades*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.
- MOYN, Samuel. *The last utopia: human rights in history*. Massachusetts: Harvard University Press, 2010.
- LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins (Comp.). *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.
- LEE, Elizabeth Holler. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11170&revista_caderno=16>. Acesso em: 20 dez. 2012.
- MADRUGA, Sidney. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. *Aniversário da ratificação da CDPD no Brasil: como estaria o Brasil sem a ratificação da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, 2011. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/ratificacao-cdpd>>. Acesso em: 17 out. 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Luiza Maria Borges. *Cartilha do Censo 2010: pessoas com Deficiência*. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.
- OLIVEIRA, Eliane. Brasil tem fila de 237 tratados sem aval do Congresso. 2013. *O globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/brasil-tem-fila-de-237-tratados-sem-aval-do-congresso-0190137>>. Acesso em 17 out. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://200.195.147.74/faculdade/revista_direito/3edicao/Artigo%203.pdf> Acesso em: 12 jan. 2013.
- PIOVESAN, Flávia. Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: inovações, alcance e impacto. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (Org.) *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

- RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- REIS, Rossana Rocha. Os direitos humanos e a política internacional. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 27, p. 33-42, 2006b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782006000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 abr. 2009.
- SABÓIA, Gilberto Vergne. Um improvável consenso: a Conferência Mundial de Direitos Humanos e o Brasil. *Política Externa*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 17-38, dez. 1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer pra libertar*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos: algumas notas sobre o novo §3º do art. 5º da Constituição*. Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revista_depoimentos/n9/1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2013.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência*. 2005. Disponível em: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=1855>>. Acesso em: 19 out. 2013.
- SHELTON, Dinah. The Boundaries of Human Rights Jurisdiction in Europe. *Duke Journal of Comparative and International Law*, n. 13, v. 1, jan./abr. 2003.
- SILVA, Adriana Monteiro da. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: histórico e considerações iniciais*, 2010. Disponível em: <<http://seusdireitosasda.blogspot.com.br/2010/12/convencao-sobre-os-direitos-da-pessoa.html>>. Acesso em: 15 out. 2013.
- SOUZA FILHO, C. F. M. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer pra libertar*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. 11. ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1976. v. 2
- TIBÚRCIO, Carmen. A Emenda Constitucional n. 45 e temas de direito internacional. In: TIBÚRCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. RCADI, 1923. t. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil”. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Balanço dos resultados da Conferência Mundial para os Direitos Humanos. *Revista IIDH*, Viena v. 18, p. 11-28, 1993.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999. v. 2.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980. v. 1.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.

Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.