

ISSN 2304-7887 (en línea)  
ISSN 2307-5163 (impreso)

# Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

# Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão



# RSTPR

Año 1 - Nº 2  
2013

Asunción  
República  
del Paraguay

**LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL MERCOSUR:  
REFLEXIONES SOBRE LA EXIGENCIA DE SU LEGALIZACIÓN**  
Alberto Manuel Poletti Adorno

**PROTEÇÃO CONSUMERISTA NO MERCOSUL: POR UMA  
HARMONIZAÇÃO LEGAL**  
Antônio Pereira Gáio Júnior

**O ESTADO PLURINACIONAL E OS DESAFIOS À DEMOCRACIA  
COMUNITARIA NA AMÉRICA LATINA**  
Braulio de Magalhães Santos

**O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO: A PROTEÇÃO PELA CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
Eneida Orbage de Britto Taquary

**FUTURO DE LA INTEGRACIÓN EN LA NUEVA CIVILIZACIÓN**  
Eve Rimoldi de Ladmann

**LA PERTENENCIA SIMULTÁNEA DE LOS ESTADOS EN LOS ACUERDOS  
DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA**  
Jorge E. Fernández Reyes

**DIFICULDADES À AMPLIAÇÃO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: UM  
ESTUDO A PARTIR DA COMPLEXA UNIFORMIZAÇÃO JURÍDICA EM  
MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA E NO  
MERCOSUL**  
Joséli Fiorin Gomes

**INTEGRAÇÃO ECONÔMICA - A EXPERIÊNCIA EUROPEIA E OS  
DESAFIOS DO MERCOSUL**  
Marcelo Fonseca Vicentini

**INVERSIONES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR**  
Natasha Suñé - Raphael Carvalho de Vasconcelos

**AGENDA JURÍDICO-POLÍTICA DEL MERCOSUR. TENDENCIAS**  
Rita Gajate

**FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY E O DIREITO INTERNACIONAL  
PRIVADO: VIGÊNCIA DE SUA DOCTRINA**  
Roberto Ruiz Díaz Labrano

**LAS ASIMETRÍAS CONSTITUCIONALES: UN PROBLEMA SIEMPRE  
VIGENTE EN EL MERCOSUR**  
Sara Lidia Feldstein de Cárdenas - Luciana Beatriz Scotti

**QUID IURIS? A UNIÃO EUROPEIA E O NOVO LOCUS STANDI DOS  
DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO DA EFETIVIDADE DA CARTA  
DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A REFORMA DE LISBOA E O ARTIGO  
6º, TUE**  
Sergio Maia Tavares

**DIREITOS HUMANOS NO MARCO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO  
REGIONAL NO MERCOSUL**  
Victor Abramovich

MERCOSUR

MERCOSUL

# RSTPR

Año 1, N° 2, 2013

---

Av. Mariscal López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”  
Teléfono 595 (21) 221411  
CP. 1512

Asunción - República del Paraguay

---

## CONSEJO EDITORIAL

Alberto do Amaral Júnior  
Alberto Manuel Poletti Adorno  
Alfredo Mario Soto  
Ana Cristina Paulo Pereira  
Antonio Celso Alves Pereira  
Antônio Pereira Gaio Júnior  
Atilio Alterini - in memoriam  
Calogero Pizzolo  
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues  
Diego Moreno  
Enrique C. Barreira  
Jorge Luiz Fontoura Nogueira  
José María Gamio  
Liliana Rapallini  
Lilian del Castillo  
Luiz Olavo Baptista  
Marilda Rosado  
Miguel Angel Ciuro Caldani  
Nadia de Araujo  
Natasha Suñé  
Noemí B. Mellado  
Paula Wojcikiewicz Almeida  
Paulo Borba Casella  
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo  
Raphael Carvalho de Vasconcelos  
Roberto Ruiz Díaz Labrano  
Roque Silguero  
Sandra Cecilia Negro  
Santiago Deluca  
Sidney Guerra  
Silvina Barón Knoll  
Soledad Villagra de Biedermann  
Susana Czar de Zalduendo  
Umberto Celli Junior  
Violeta Liliana Chantal González Valdez  
Wagner Menezes  
Welber Barral  
Wilson Nerys Fernández  
Yeny Villalba

**EDITOR JEFE**

Raphael Carvalho de Vasconcelos

**EQUIPO EDITOR**

Maidier Méndez  
Natasha Suñé

**DIAGRAMACIÓN**

Ruth Navarro

**SOPORTE DIGITAL**

Manuel Fernández

**COLABORADORES**

Mirzza Vargas  
Renata Cenedesi

ISSN 2304-7887 (en línea)  
ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 1, N° 2, agosto 2013

Villa Rosalba, 13 de agosto de 2013 - Aniversario del TPR

---

Prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, mediante el uso de cualquier medio de reproducción, sin previa autorización del la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercosur.org.

Las opiniones contenidas en los artículos, notas o comentarios en la revista corresponden exclusivamente a responsabilidad de los autores.

---

## TABLA DE CONTENIDO

|   |     |
|---|-----|
| <b>PRÓLOGO</b> .....  | 7   |
| <b>PRÓLOGO</b> .....  | 9   |
| <b>Libre circulación de documentos en el Mercosur: reflexiones sobre la exigencia de su legalización</b><br><i>Alberto Manuel Poletti Adorno</i> .....  | 11  |
| <b>Proteção consumerista no Mercosul: por uma harmonização legal</b><br><i>Antônio Pereira Gaio Júnior</i> .....  | 23  |
| <b>O estado plurinacional e os desafios à democracia comunitária na América Latina</b><br><i>Braulio de Magalhães Santos</i> .....  | 49  |
| <b>O direito ao meio ambiente sadio: a proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos</b><br><i>Eneida Orbage de Britto Taquary</i> .....   | 77  |
| <b>Futuro de la integración en la nueva civilización</b><br><i>Eve Rimoldi de Ladmann</i> .....   | 113 |
| <b>La pertenencia simultánea de los estados en los acuerdos de integración en América Latina</b><br><i>Jorge E. Fernández Reyes</i> .....   | 129 |
| <b>Dificuldades à ampliação da integração regional: um estudo a partir da complexa uniformização jurídica em matéria de direito do consumidor na União Europeia e no Mercosul</b><br><i>Joséli Fiorin Gomes</i> ..... | 151 |
| <b>Integração econômica – a experiência Europeia e os desafios do Mercosul</b><br><i>Marcelo Fonseca Vicentini</i> .....  | 171 |
| <b>Inversiones y solución de controversias en el Mercosur</b><br><i>Natasha Suñé - Raphael Carvalho de Vasconcelos</i> .....  | 195 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>Agenda jurídico-política del Mercosur. Tendencias</b><br><i>Rita Gajate</i> .....   | 221 |
| <b>Friedrich Karl Von Savigny e o direito internacional privado:<br/>vigência de sua doutrina</b><br><i>Roberto Ruiz Díaz Labrano</i> .....  | 247 |
| <b>Las asimetrías constitucionales: un problema siempre vigente<br/>en el Mercosur</b><br><i>Sara Lidia Feldstein de Cárdenas - Luciana Beatriz Scotti</i> .....   | 271 |
| <b>Quid Iuris? A União Europeia e o novo <i>Locus Standi</i> dos direitos<br/>humanos: a construção da efetividade da carta de direitos<br/>fundamentais, a Reforma de Lisboa e o artigo 6º, TUE</b><br><i>Sergio Maia Tavares</i> ..... | 313 |
| <b>Direitos humanos no marco do processo de integração<br/>regional no Mercosul</b><br><i>Victor Abramovich</i> .....  | 351 |

# PRÓLOGO

Aqueles que acompanham e participam mais ativamente do MERCOSUL sabem que na área comercial, que deu início ao processo de integração, temos hoje um quadro consolidado. Os números do comércio mostram isso de forma bastante contundente.

Com o ingresso da Venezuela, o processo de ratificação do Protocolo de adesão da Bolívia, a assinatura dos Acordos de Associação com a Guiana e o Suriname, o MERCOSUL passa por uma reconfiguração geoestratégica na América do Sul. A nova extensão territorial do bloco entre o Caribe e a Patagônia apresenta números muito expressivos: um PIB nominal de US\$ 3,3 tri em 2012 (83% do PIB da América do Sul); um mercado consumidor de 276 milhões de habitantes; uma taxa de crescimento do PIB de 4,3% entre 2002 e 2011; um crescimento significativo do comércio intra-regional (de US\$ 5 bi para US\$ 60 bi em 20 anos).

A criação do Tribunal Permanente de Revisão, do FOCEM, com mais de 1 bilhão de dólares aprovados em projetos, do Parlamento do MERCOSUL, do Instituto Social do MERCOSUL e do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos comprova a vontade política e o compromisso das autoridades regionais com os processos de consolidação jurídico-econômica, de participação social, de superação das assimetrias, e de ampliação e de fortalecimento institucional do bloco.

A livre circulação dos trabalhadores, o Acordo sobre residência para nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL, a mobilidade acadêmica, a cooperação tecnológica, a defesa dos direitos humanos, a contagem de tempo de serviço para aposentadoria, a isenção de vistos, o reconhecimento de títulos e o mecanismo de acreditação de carreiras, a dispensa de tradução de documentos administrativos para efeitos de imigração, constituem algumas áreas que apresentam avanços relevantes para a vida cotidiana dos cidadãos dos Estados Partes.

Acredito ser este um momento bastante adequado para que tenhamos uma participação maior de todos nesse processo, principalmente no que diz respeito à Integração Fronteiriça e Cidadania Regional, além da Integração Produtiva.

Considero muito importante que os progressos do bloco e as opiniões de seus participantes sejam divulgados, de forma a levar a todos os cidadãos as principais informações sobre o MERCOSUL.

Nesse sentido, o lançamento recente da revista da Secretaria do TPR oferece importante contribuição para todos aqueles que se dedicam e procuram melhor conhecer os temas de nosso interesse, especialmente pela qualidade de seus articulistas, que também nesta edição abordam temas de grande importância para o MERCOSUL.



Ivan Ramalho  
*Alto Representante Geral do MERCOSUL*



# PRÓLOGO

Aquellos que acompañan y participan más activamente del MERCOSUR saben que en el área comercial, que dio inicio al proceso de integración, tenemos hoy un marco consolidado. Así lo demuestran los números del comercio de forma bastante contundente.

Con el ingreso de Venezuela, el proceso de ratificación del Protocolo de adhesión de Bolivia, la firma de los Acuerdos de Asociación con Guyana y Surinam, el MERCOSUR pasa por una reconfiguración geoestratégica en América del Sur. La nueva extensión territorial del bloque entre el Caribe y la Patagonia presenta números muy interesantes: un PIB nominal de US\$ 3,3 billones en 2012 (83% del PIB de América del Sur); un mercado consumidor de 276 millones de habitantes; una tasa de crecimiento del PIB de 4,3% entre 2002 y 2011; un crecimiento significativo del comercio intra-regional (de US\$ 5 billones a US\$ 60 billones en 20 años).

La creación del Tribunal Permanente de Revisión; del FOCEM, con más de un billón de dólares aprobados en proyectos; del Parlamento del MERCOSUR; del Instituto Social del MERCOSUR y del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos, evidencia la voluntad política y el compromiso de las autoridades regionales con los procesos de consolidación jurídico-económica, de participación social, de superación de las asimetrías, y de ampliación y fortalecimiento institucional del bloque.

La libre circulación de los trabajadores, el Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, la movilidad académica, la cooperación tecnológica, la defensa de los derechos humanos, el cómputo de tiempo de servicio para las jubilaciones, la exención de visados, el reconocimiento de títulos y el mecanismo de acreditación de carreras, la exención de traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración, constituyen algunas áreas que presentan avances relevantes para la vida cotidiana de los ciudadanos de los Estados Partes.

Creo que es este un momento bastante adecuado para que tengamos una participación mayor de todos en este proceso, principalmente en lo que respecta a la Integración Fronteriza y Ciudadanía Regional, más allá de la Integración Productiva.

Considero muy importante que los progresos del bloque y las opiniones de sus participantes sean divulgados a fin de que todos los ciudadanos cuenten con las principales informaciones sobre el MERCOSUR.

En este sentido, el lanzamiento reciente de la revista de la Secretaría del TPR ofrece una importante contribución para todos aquellos que se dedican y tratan de comprender mejor los temas de nuestro interés, especialmente por la calidad de sus autores, que también en esta edición abordan temas de gran importancia para el MERCOSUR.



Ivan Ramalho  
*Alto Representante General del MERCOSUR*

# LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS EN EL MERCOSUR: REFLEXIONES SOBRE LA EXIGENCIA DE SU LEGALIZACIÓN

## LIVRE CIRCULAÇÃO DE DOCUMENTOS NO MERCOSUL: REFLEXÕES SOBRE A EXIGÊNCIA DE LEGALIZAÇÃO

*Alberto Manuel Poletti Adorno\**

---

**Resumen:** Los Estados fundadores del MERCOSUR han suscritos diversos instrumentos internacionales vinculados a facilitar el tránsito de documentos evitando, en algunos casos, la legalización de los mismos. Sin embargo, el hecho de que no todos los países hayan suscrito los Convenios en la materia (principalmente el de La Haya de 1961) genera divergencias incluso aplicando normativas del derecho del MERCOSUR. Los Estados deberían considerar los precedentes de los demás países para evitar fisuras en este ámbito.

**Resumo:** Os Estados fundadores do MERCOSUL firmaram diversos instrumentos internacionais relacionados à facilitação da circulação de documentos de maneira a evitar, em alguns casos, a necessidade de legalização dos mesmos. Entretanto, como não todos os países são signatários dos Convênios relacionados à matéria (principalmente a Convenção da Haia de 1961), existem divergências inclusive relacionadas à aplicação das normas do MERCOSUL. Os Estados deveriam considerar as práticas dos outros países pra evitar fissuras nesse âmbito.

---

\* Graduado en Abogacía y Notariado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Egresado de la Escuela Judicial paraguaya. LL.M Magister Legum en derecho francés y europeo, Máster en Teoría y Práctica del Proceso y Doctor en Derecho en la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne (2007). Tesis: La jurisdiccionalización de la ejecución penal en Francia y Paraguay. Estudio de derecho comparado. Calificación: "Très honorable" con felicitaciones del Jurado.

Es profesor en la Universidad Columbia del Paraguay. Es Investigador externo del curso de enseñanza abierta "Derechos de los reclusos" del Dpto. de Derecho Político de la Universidad Nacional de Enseñanza a Distancia (UNED) en España. Trabaja como Abogado. Correo-e: alberto\_poletti@hotmail.com. <http://www.uned.es/dpto-derecho-politico/Curricula%20Departamento/poletti.htm>.

**Palabras clave:** MERCOSUR, Circulación de documentos, Convenio La Haya 1961, Protocolo de Las Leñas, Legalización

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Circulação de documentos, Convenção da Haia de 1961, Protocolo das Leñas, Legalização

---

## 1. Introducción

Uno de los objetivos de los Estados fundadores del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) al momento de firmar el tratado de Asunción de 1991 fue el de promover la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, como paso previo a la de personas más allá de sus fronteras.

En este proceso de integración, con sus avances y retrocesos, fueron surgiendo conflictos vinculados a la libre circulación de bienes en muchos casos. Algunos fueron solucionados mediante negociaciones directas. En otros casos, se plantearon acciones ante los órganos del sistema de solución de controversias previstos en el Protocolo de Brasilia y el de Olivos. Es dable mencionar que ante los tribunales *ad hoc* o de revisión que fueron juzgando los casos no se presentaron, ni tabaco o productos avícolas (el caso de neumáticos tal vez sea una excepción). Tampoco en los diversos tribunales nacionales se presentan en la mayoría de los casos los bienes. Basta con arrimar los documentos. De ahí la importancia de los mismos.

Y es que, independientemente del valor de los bienes en cuestión, existen casos en que las personas que viajan llevan consigo no solo equipajes sino también diferentes instrumentos a fin de entregarlos a una autoridad extranjera. Muchos de estos documentos son también bienes de acuerdo a las definiciones de los códigos civiles, pero en algunos casos presentan características particulares.

El tráfico normal de documentos entre los países se produce todos los días, sin que los particulares nos percatemos de su extensión y alcance. Algunos países aún exigen autenticaciones y legalizaciones de documentos extranjeros. Se trata de un tema que forma parte del derecho internacional privado y que en tal sentido, es legislado por los países internamente y a través de tratados internacionales.

Existen diferentes posturas sobre la legalización. Por un lado, se sostiene que la legalización conlleva la confirmación de un funcionario público de que la firma inserta en el documento es exacta. Así, sobre

todo cuando el documento es público se busca confirmar que el mismo fue emitido por una persona capaz y con las atribuciones de expedirlo, esto es a fin de ratificar que el mismo es auténtico<sup>1</sup>.

Por otro lado, cuando la legalización se realiza en sede consular, se trata de una formalidad que confirma la autenticidad del documento, ratificando la identidad y la función de la autoridad firmante. En ambos casos no se prejuzga sobre la validez o aprueba el contenido del documento. Este último proceso, denominado por lo general autenticación, es realizado por escribanos y en sede judicial, por los actuarios judiciales en las secretarías de los juzgados y tribunales.

Debe destacarse que, aunque los encargados de estos actos no están habilitados a juzgar el contenido del documento y su adecuación o no a las normas de los países, por lo general se rechaza la legalización de documentos que contravengan la legislación de los países o contengan acuerdos juzgados ilícitos. Así, no podrían legalizarse acuerdos donde consten operaciones con substancias prohibidas, actos vinculados al estado civil no permitidos en un Estado o vinculados a bienes fuera del comercio.

## **2. El proceso ordinario de legalización de documentos**

Ante la inexistencia de tratados, la mayoría de los países subordina la validez de documentos producidos en el extranjero a una serie de legalizaciones que deben ser iniciadas indefectiblemente en el país de emisión de los documentos, ante la autoridad emisora y sus superiores, antes de su presentación en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Ello es solo el inicio. El documento debe ser presentado ante la oficina consular habilitada en el país de emisión para la legalización y posteriormente, ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del país donde producirán sus efectos.

Los costos y tiempos que requieren estas gestiones demandan no solo una presencia en dos (o más) países para realizar los trámites sino también esfuerzos enormes para la administración de los países que deben ocuparse en gestiones que, si bien pueden resultar necesarias en algunos casos, están lejos de serlo en todos ellos.

Por ello resulta importante analizar los mecanismos a nivel internacional (2.1) y regional (2.2) vinculados a suprimir las exigencias de legalización.

---

<sup>1</sup> RASMUSSEN Solange. "La Apostilla", La Ley Paraguaya, 2010.

## 2.1. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el convenio de 1961

Los países que han suscrito el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros<sup>2</sup> dentro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>3</sup> han adoptado un mecanismo conocido como Apostilla. En dicho convenio se acordaron las formalidades que debe contener el documento para que sea considerado válido, en cada uno de los países que han suscrito el convenio. Básicamente, se suprimen las exigencias de legalización de los documentos descrita más arriba y se prevé en su lugar la emisión de un sello o anotación que certifica la autenticidad de los documentos públicos expedidos en un país e invocados en otros, eliminando la necesidad de la legalización consular.

La Apostilla tiene la forma de un cuadrado de 9 centímetros de lado como mínimo y tanto la mención de *Apostille* como la mención de la *Convention de La Haye du 5 octobre 1961* deben efectuarse en lengua francesa<sup>4</sup>, con los datos que se detallan a continuación.

|  |  |
|--|--|
| <b>1. País</b><br>Country / Pays:<br><b>El presente documento público</b><br>This public document / Le présent acte public |  |
| <b>2. ha sido firmado por</b><br>has been signed by<br>a été signé par   |  |
| <b>3. quien actúa en calidad de</b><br>acting in th capacity of<br>agissant en quelité de                                  |  |
| <b>4. y está revestido del sello/timbre de</b><br>bears the seal / stamp of<br>est revétu du sceau / timbre de             |  |
| <b>Certificado</b><br>Certified / Attesté  |  |
| <b>5. en</b><br>at /à  | <b>6. el día</b><br>the / le                 |
| <b>7. por</b><br>by / par  |  |
| <b>8. bajo número</b><br>N°<br>sous n°   |  |
| <b>9. Sello / timbre:</b><br>seall / stamp:<br>Sceau / timbre:   | <b>10. Firma:</b><br>Signatur:<br>Signature: |

2 Texto en Internet: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.text&cid=41](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text&cid=41).

3 Organización Intergubernamental que promueve la unificación progresiva de las normas de Derecho Internacional Privado mediante el desarrollo de convenios internacionales conocidos como "Convenios de La Haya".

4 Art. 4 del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961.

Entre los Estados miembros el hecho de que un determinado documento público extranjero lleve estampada la Apostilla de La Haya supone que automáticamente el citado documento se encuentra correctamente legalizado. Analicemos entonces la situación de la apostilla en el ámbito sudamericano (a) y las perspectivas en la materia (b).

#### a) La Apostilla en América del Sur

La Argentina<sup>5</sup> en 1987 y el Uruguay<sup>6</sup> en 2011 han ratificado el Convenio de la Apostilla y en tal sentido, omiten exigir la legalización de los documentos públicos extranjeros que cuentan con el sello.

Paraguay acaba de aprobar por Ley 4987/2013 su adhesión al Convenio<sup>7</sup>.

Brasil y Chile tienen aún el proyecto en el Congreso, pendiente de aprobación. Bolivia también tiene el proyecto de ratificación en estudio<sup>8</sup>.

Venezuela, Colombia, Ecuador y Perú también suscribieron el Convenio<sup>9</sup>.

Debe destacarse que la suscripción del país al Convenio de la Apostilla es valorada en foros internacionales como un aspecto destinado a establecer condiciones más favorables para la inversión extranjera y en trámites de adopciones.

Así, en el 2010, el Banco Mundial emitió el primer informe sobre Inversiones transfronterizas (IAB)<sup>10</sup>, el cual mide la inversión extranjera directa en función del marco legal y regulatorio de los Estados. Dicho informe considera que el Convenio de la Apostilla facilita el inicio de los negocios para las compañías extranjeras al simplificar el procedimiento para autenticar los documentos públicos extranjeros. El informe del Banco Mundial recomienda a los Estados considerar su incorporación al Convenio como una medida para mejorar su comportamiento en

---

5 Ley 23.458 del 1° de diciembre de 1986.

6 Ley 18.836 del 15 de noviembre de 2011.

7 Expediente S-12936. Mensaje del Poder Ejecutivo N° 836, Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 16 de julio, por el cual remite el "Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros", suscrito en la ciudad de La Haya, el 5 de octubre de 1961.

8 SALAZAR PAREDES Fernando. "La Apostilla de La Haya", El Deber, Santa Cruz, Bolivia. Internet: <http://www.eldeber.com.bo/vernotacolumnistas.php?id=110320001727>.

9 Lista completa: [http://www.hcch.net/index\\_es.php?act=conventions.status&cid=41](http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.status&cid=41).

10 BANCO MUNDIAL. "Investing Across Borders", 2010, Pregunta 19. ¿Su país es parte del Convenio de la Apostilla?

materia de inversión extranjera<sup>11</sup>.

También es importante para los países que admiten la adopción internacional (principalmente para aquellos países que suscribieron el Convenio de 1993 en la materia). La Comisión Especial de 2010 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1993 recomendó a los Estados parte que no lo hubieran hecho, atendiendo a la gran cantidad de documentos públicos que circulan en un expediente típico de adopción, que consideren la posibilidad de hacerse parte del Convenio de la Apostilla<sup>12</sup>.



Países de América del Sur que han suscripto al Convenio de La Haya de 1961.  
En el mundo, son 102 los Estados Partes.

## b) Hacia la Apostilla electrónica

El auge de los movimientos internacionales y de las comunicaciones y transacciones transfronterizas al igual que el comercio electrónico ha llevado a considerar la utilización de un nuevo procedimiento de la Apostilla de La Haya a ser realizado por medios electrónicos, y sobre un documento público electrónico.

Y es que los diversos Estados sudamericanos han adoptado

---

<sup>11</sup> BERNASCONI Christophe y GOICOECHEA Ignacio. “Introducción General. El Convenio de la Apostilla. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, Seminario “Nuevas Tecnologías: Apostilla Electrónica” La Antigua, Guatemala 26 de julio de 2011.

<sup>12</sup> BERNASCONI Christophe y GOICOECHEA Ignacio, op. cit, p. 26



normas en la materia:

- Argentina: Ley N° 25.506 de Firma Digital.
- Brasil: Decreto N° 3.996 de 31 de octubre de 2001 “Establece normas sobre la prestación de certificación digital en el ámbito de la Administración Pública Federal” y su modificatoria Decreto N° 4.414 de 7 de octubre de 2002.
- Paraguay: Ley N° 4017/2010 Validez jurídica de la Firma electrónica y Ley 4868/2013 de Regulación del comercio y la contratación realizados a través de medios electrónicos.
- Uruguay: Ley N° 16.002 de Transmisión Electrónica, la Ley N° 16.736 de Aplicación de medios telemáticos a la Administración Pública y la Ley N° 18.600 de Documento Electrónico y Firma Electrónica.

Existen además dos Resoluciones aprobadas por el Grupo Mercado Común (GMC) del MERCOSUR vinculadas al tema:

- la Resolución No. 34/06 establece Directrices para la celebración de Acuerdos de Reconocimiento Mutuo de firmas Electrónica Avanzadas en el ámbito del MERCOSUR
- la Resolución No. 37/06 sobre el Reconocimiento a la eficacia jurídica del Documento Electrónico, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en el ámbito del MERCOSUR.

Está fuera de toda discusión que dichas normas alcanzarán una importancia notoria en el futuro, sobre todo al permitir la transmisión eficaz y sin demoras de exhortos que, en la mayoría de los casos, demoran meses en obtener respuesta. También es importante destacar que existen iniciativas de suprimir el almacenamiento del papel y promover la vía digital en el archivo de documentos. Los diversos países seguirán avanzando en esta materia.

## **2.2. Las normas del MERCOSUR**

En el ámbito del proceso de integración mencionado, además del Protocolo de las Leñas (a) existen disposiciones entre algunos Estados (b) vinculadas a la supresión de la exigencia de legalización de documentos. Merece citarse igualmente el Acuerdo sobre el Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados

Partes del MERCOSUR”, suscrito en la ciudad de Florianópolis, República Federativa del Brasil, el 15 de diciembre de 2000 que contiene disposiciones similares<sup>13</sup>.

#### a) El Protocolo de Las Leñas

No debe dejar de mencionarse que los certificados de nacimientos, matrimonios o defunciones acaecidos en los países del MERCOSUR, no necesitan ser legalizados en los países, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 del Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa<sup>14</sup>.

Igualmente el art. 26 del citado Protocolo dispensa de los trámites de legalización, apostilla u otra formalidad similar a los documentos emanados de autoridades jurisdiccionales u otras autoridades de uno de los Estados Partes, así como las escrituras públicas y los documentos que certifiquen la validez, la fecha y la veracidad de la firma o la conformidad con el original, que sean tramitados por intermedio de la Autoridad Central, cuando deban ser presentados en el territorio de otro Estado Parte.

Es importante delimitar el concepto de documento: aquello que enseña y sirve para exteriorizar algo. El documento es el término general, comprensivo de cuanto consta por escrito o gráficamente, como un contrato, un libro, una carta, un plano, una fotografía. Así, el documento es el género y el instrumento es la especie.

Ello es así debido a que si el documento es escrito y tiene por finalidad dar forma o comprobar un hecho o acto que interesa al derecho, se lo designa como “instrumento”<sup>15</sup>. Instrumentos públicos son aquellos provenientes de oficiales del Estado.

#### b) Normas Bilaterales

Merece citarse el Acuerdo sobre simplificación de Legalizaciones

---

13 Artículo 12. La autoridad con competencia para conceder el beneficio de litigar sin gastos podrá solicitar información sobre la situación económica del requirente dirigiéndose a las autoridades de los otros Estados Partes contratantes a través de la Autoridad Central, a ser designada en el momento de la ratificación, o por vía diplomática o consular. Tratándose de información en zonas de frontera, las autoridades podrán, según las circunstancias, efectuarlas en forma directa y sin necesidad de legalización.

14 Artículo 25. Los instrumentos públicos emanados de un Estado Partes tendrán en el otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos.

15 SAUCEDO Ricardo Javier. “Documentos Extranjeros” en *Tratado de Derecho Notarial. Registral e Inmobiliario*, dir. Cristina N. Amella, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, t. II, ps. 447 a 475, p. 451.

en documentos públicos argentinos y brasileños, firmado el 16 de octubre de 2003 y en vigencia desde el 15 de abril de 2004. El Acuerdo suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos expedidos en el territorio de uno de los dos países, que deban ser presentados en el territorio del otro, o ante sus agentes diplomáticos o consulares, aun cuando dichos agentes ejerzan funciones en el territorio de un país que no sea parte en el acuerdo. También se elimina la exigencia de legalización consular, siendo suficiente un sello que debe ser colocado gratuitamente por la autoridad competente del país donde se originó el documento y en el cual se certifique la autenticidad de la firma, la calidad en que ha actuado el firmante del documento y la identidad del sello que figure en el documento.

En materia de Acuerdos para la Supresión de la Legalización Consular en las Venias y Autorizaciones de Viajes de Menores de Edad, merecen citarse igualmente los convenios ratificados por Argentina con la República de Chile, (Ley argentina 24.831 en vigor desde el 11 de julio de 1997) y Paraguay (Ley paraguaya 2030/2002).

Por otro lado, los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y 1940 (Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia, Colombia, Perú) en los arts. 3 y 4 establecen la legalización por la ley del estado donde se otorgan los actos y acreditados por el cónsul, eliminando el trámite ministerial. Es importante destacar la jurisprudencia argentina en la materia. En el caso “Aldo E. Menicocci”<sup>16</sup> se sostuvo: “*En el caso se trata de un poder otorgado por escritura pública en la República Oriental del Uruguay, país con el cual la argentina tiene en vigor -para el tema “legalizaciones de escrituras públicas”, que es la cuestión sujeta a recurso-, el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940. Su art. 4º dispone que “la legalización se considera hecha en debida forma cuando se practique con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede” (Uruguay en la especie)” y éste se halle autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país tuviere acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se piden la ejecución (Argentina, cuyo Consulado en Montevideo ha consignado la susodicha certificación)”*”.

### **3. Conclusión: Las consecuencias de la simplificación de la circulación de documentos**

Se sostuvo que con la vigencia de la Apostilla los Estados dejarán de percibir ingresos vinculados a los aranceles consulares. Si

---

<sup>16</sup> CCiv. y Com de Rosario, sala I, el 14 de noviembre de 1995., LL Litoral, 1997, p. 393 a 394. Citado por: FEUILLADE, Milton. “Los documentos extranjeros en el proceso”, La Ley Argentina 2007-F, 805-LLP 2008 (mayo), 407.

bien ello es cierto, también se emplearán menos recursos y tiempo para las legalizaciones, por lo que los efectivos existentes podrán consagrarse a otras tareas que pueden resultar más beneficiosas para los países. Además, existen documentos que necesariamente deberán ser legalizados conforme a las disposiciones del derecho interno de cada país. Sin duda, cada Estado puede adoptar medidas para adecuarse a la nueva situación.

Por otro lado, es importante destacar que los cuatro países en sus códigos penales tipifican y sancionan los hechos punibles realizados contra la prueba documental. En la hipótesis de que se presente algún documento de contenido falso, dicha conducta sería sancionada en el lugar de la presentación, cuando menos.

No deberían entonces existir argumentos para lograr, al menos en el ámbito sudamericano, la libre circulación de documentos en el marco de un proceso de integración. Los habitantes de los países estarán agradecidos con los gobiernos.

## Referencias bibliográficas

- AMELLA Cristina (dir) (1998) “Documentos Extranjeros”, en *Tratado de Derecho Notarial. Registral e Inmobiliario*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- BERNASCONI Christophe y GOICOECHEA Ignacio (2011) “Introducción General. El Convenio de la Apostilla. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”, *Seminario “Nuevas Tecnologías: Apostilla Electrónica”*. 26 de julio de 2011, La Antigua, Guatemala.
- BOGGIANO Antonio (2000) *Derecho Internacional Privado, Tomo I*. 4<sup>a</sup> ed. Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot.
- PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998) *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ.
- DE GASPERI Luis (1978) *La unificación del derecho privado americano*. Asunción: La Ley Paraguaya.
- FERNANDEZ ARROYO Diego (coord) (200) *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires: Ed. Zavalía.
- FEUILLADE Milton (2008) “Los documentos extranjeros en el proceso”

en *La Ley Argentina* 2007-F, 805-LLP 2008 (mayo), 407.

POLETTI ADORNO Alberto (2012) *Manual del migrante paraguayo*. Asunción: Intercontinental Editora.

RUÍZ DÍAZ LABRANO Roberto (2010) *Derecho internacional privado*. Asunción: La Ley Paraguaya.

SILVA ALONSO Ramón (2011) *Derecho Internacional Privado*. 10ª Ed. Asunción: Intercontinental Editora.

TELLECHEA SOLÍS Antonio (1994) *Improrrogabilidad de la competencia territorial a favor de los jueces extranjeros. El art. 3º del Código Procesal Civil paraguayo*. Asunción: La Ley Paraguaya.



# PROTEÇÃO CONSUMERISTA NO MERCOSUL: POR UMA HARMONIZAÇÃO LEGAL

## PROTECCIÓN CONSUMERISTA EN EL MERCOSUR: POR UNA ARMONIZACIÓN LEGAL

*Antônio Pereira Gaio Júnior\**

---

**Resumo:** Trata o presente artigo de estudo acerca da proteção ao consumidor no âmbito do Mercado Comum do Sul - Mercosul. Partindo da ideia de que o processo de integração regional tem por objetivo central, no tocante aos direitos fundamentais dos cidadãos partícipes, o desenvolvimento qualitativo traduzido em uma melhoria da qualidade de vida, imperioso se faz analisar as dinâmicas protetivas das relações de consumo em cada um dos Estados-Membros em suas respectivas legislações especiais, estas que se propõem a regular a presente temática, tudo à partir dos principais elementos que coordenam uma relação de consumo: Consumidor, Fornecedor, Relação de Consumo, Produto e Serviço, para adiante constatar a razoável possibilidade de harmonização das legislações, favorecendo a possibilidade de edificação de um Regulamento Comum na seara consumerista, o que certamente, estimulará incremento no comércio intra bloco e com maior segurança jurídica.

**Resumen:** En este artículo se aborda el estudio de la protección de los consumidores dentro del Mercado Común del Sur - MERCOSUR. A partir de la idea de que el proceso de integración regional tiene como principal objetivo en relación con los derechos fundamentales de los ciudadanos participantes, el desarrollo cualitativo representado en una mejor calidad de vida, se convierte en imprescindible para examinar la dinámica de las relaciones de protección de los consumidores en cada uno de los Estados miembros en sus respectivas leyes especiales, que pretende regular este tema, todos los elementos de la principal de coordinación de una relación de consumo: Consumidores, Proveedores, Relaciones de Consumo, productos y servicios, con visión para observar la posibilidad razonable de armonización de la legislación, lo que favorece la posibilidad de construir un reglamento común sobre la área consumista, lo que sin duda va a estimular el crecimiento en el bloque intra y más seguridad

---

\* Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito (Universidade Gama Filho). Mestre em Direito (Universidade Gama Filho). Pós-Graduado em Direito Processual (Universidade Gama Filho). Prof. Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Advogado. Email: jgaio@terra.com.br.

jurídica.

**Palavras-chave:** *Proteção ao Consumidor, Mercosul, Harmonização Legislativa*

**Palabras clave:** *Protección del Consumidor, Mercosur, Armonización Legislativa*

---

## **1. Breve introdução da temática: a concretização de uma harmonização legal mínima para o MERCOSUL**

Diante da análise dos “considerandas” que envolvem o próprio tratado instituidor da Integração Mercosulina – Tratado de Assunção – e aí, no tocante à figura do consumidor como vetor efetivo na propulsão da presente integração e a profunda necessidade de ampará-lo em tal contexto a que se propõe o MERCOSUL, ou seja, a construção de um verdadeiro e efetivo mercado comum, fundamental se faz traçar uma análise comparativa de tópicos essenciais à proteção daquele ator dentro das legislações dos países-membros do referido bloco econômico, tudo com o fito de se alcançar uma real possibilidade de harmonização legislativa mínima, dadas as possíveis assimetrias normativas existentes entre tais países, superando as dificuldades por hora vivenciadas pela própria comunidade europeia, hoje modelo de integração.

É de se afirmar, por outro lado, que dita harmonização<sup>1</sup> se faz essencial na medida em que, além de procurar concretizar proteção à figura do consumidor mercosulino, elevando a qualidade de vida dos habitantes do bloco, se presta, por conseguinte, a refletir na defesa da competição e na igualdade para uma livre concorrência leal no Mercado Comum do Sul, a partir de uma maior oferta de bens e serviços, certamente com melhor qualidade, alimentando, neste sentido, a própria existência deste mercado<sup>2</sup>.

---

1 Sobre os modelos adotados em sede de blocos econômicos com o fito de minorar as assimetrias legislativas, proporcionando possíveis e qualitativos enlacs nas relações entre os Estados-Membros, ver o nosso *A Proteção do Consumidor no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2004, p.152 e ss.

2 Cabe destacar que a legislação brasileira de defesa do consumidor é considerada, por sua qualidade e abrangência, uma espécie de lei modelo para o MERCOSUL quanto às relações de consumo.

Sustenta-se assim que uma harmonização legislativa na matéria, deveria ocorrer em torno da referida legislação, como observa LÖRENZETTI Ricardo. (La Relación de Consumo: Conceptualización Dogmática en Base al Derecho del Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, São Paulo, RT, jan./mar./1997, p.11):

“Esta circunstancia se basa em la realidad actual, en la que los agentes económicos deben someterse a la aplicación de la Lei 8078 del Brasil, la que a su vez tiene fundamento



Vale destacar que, não obstante o presente enfrentamento da *questio*, tem o Comitê Técnico n.º 7<sup>3</sup> empreendido esforços no sentido de aperfeiçoar a convergência de interesses da tutela consumerista no âmbito do bloco mercosulino, *ex vi* da assinatura pelos Estados-membros do referido bloco em 3 de junho de 2004, do Acordo Interinstitucional de Entendimento entre os Órgãos de Defesa do Consumidor dos Estados Partes do Mercosul para a Defesa do Consumidor Visitante, permitindo a brasileiros, argentinos, paraguaios e uruguaios ser atendidos por órgãos de defesa do consumidor em qualquer um dos países do MERCOSUL quando estiverem em trânsito, tudo com o fito de garantir a efetiva proteção dos consumidores da sub-região, que se encontrem transitoriamente em outro país do bloco, beneficiando, principalmente, os turistas.

No mesmo diapasão, igualmente fruto de trabalho do referido Comitê, em agosto de 2009, foi aprovada a Declaração de Salvador, na qual estão reconhecidos, dentre outros, os seguintes direitos dos consumidores em relação à concessão de crédito: o de arrepender-se e de desvincular-se do contrato livre de qualquer ônus; o de renegociar as parcelas mensais para preservar o necessário à sua subsistência; e o de ser protegido contra a concessão irresponsável de crédito.

É verdade que, ainda que dignos sejam os esforços supracitados, não se pode perder de vista a Resolução nº 126/96 do Grupo Mercado Comum (GMC), esta que em seu art. 2.º, regra que “*até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no MERCOSUL cada Estado Parte aplicará a sua legislação de defesa do consumidor e os regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Em nenhum caso, essas legislações e regulamentos*

---

constitucional que dificulta su modificación en deterioro del principio protectorio (...) dada la inmodificabilidad de la legislación brasileña, la armonización gira en derredor de ella a fin de superar los desnives mediante un ascenso de las demás legislaciones.”

É de ser alertado que, quando da afirmativa do aludido autor, ainda não se faziam presentes as legislações específicas acerca da proteção ao consumidor no Paraguai e Uruguai, dado este, novo, e de enfrentamento na presente tese, não somente com relação à legislação recente, mas, sobretudo, toca à produção intelectual referente à matéria ora em comento.

Sobre o CDC brasileiro em amplo sentido – “fundamento constitucional” citado por LORENZETTI – sustenta MARQUES, que tal código brasileiro é considerado como “...uma destas leis de função social, as quais têm o mérito de positivar as novas noções valorativas orientadoras da sociedade, procurando assim assegurar a realização dos modernos direitos fundamentais (direitos econômicos e sociais) previstos nas Constituições.” MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre norma CDC e de leis especiais. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n.3, São Paulo, RT, 1992, p.15.

3 Comitê criado no âmbito da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), através da Diretriz nº 1/95, de 15.11.1995, cuja tarefa é harmonizar as legislações nacionais dos Estados-membros do MERCOSUL e estabelecer tratados com *standards* mínimos de legislação consumerista.

*técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estados Partes superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países”.*

Neste sentido é que, a necessária harmonização de direitos, e mais, o alcance de dito método de convergência na seara protetiva do consumidor mercosulino, torna-se premente para, conforme já dito, propiciar o incremento comercial com crescimento econômico e melhoria da qualidade de vida, gerando desenvolvimento qualitativo na região.

Por tudo, é o que se empreenderá nos tópicos a seguir, tendo como análise central 5 (cinco) dos principais elementos componentes de uma relação consumerista, quais sejam: Consumidor, Fornecedor, Relação de Consumo, Produto e Serviços e a real possibilidade de alcance harmonizador no âmbito da diferentes legislações dos Estados-membros em sede de proteção ao consumidor no Mercado Comum do Cone Sul – MERCOSUL.

## **2. Consumidor**

- **Brasil** - Lei 8.078/90, art. 2º:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único - Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”<sup>4</sup>.

- **Argentina** - Lei 24.240/93, arts 1º e 2º:

“Se consideran consumidores o usuários, lãs personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio próprio o de su grupo familiar o social:

a) la adquisición o locación de cosas muebles;

---

<sup>4</sup> Conforme sustenta DE LUCCA, o conceito de consumidor no CDC é plurívoco, dadas as hipóteses dos arts. 2º, parágrafo único (equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo), 17 (equipara-se a consumidor todas as vítimas do evento, quando sofrerem consequências em decorrência de defeito do produto ou serviço) e 29 (equipara-se a consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais e aos contratos). DE LUCCA Newton. La Relación de Consumo: Conceptualización Dogmática en Base al Derecho del Mercosur. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 21, São Paulo, RT, jan./mar./1997, p.46.

b) la prestación de servicios;

c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada.

(...)

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquirieron, al macenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

O art. 1º do Decreto argentino 1.798 de 13/10/1994, que regulamenta a Lei 24.240/93, determina que:

“a) Serán considerados asimismo consumidores o usuários quienes, em función de una eventual contratación a título oneroso, recibam à título gratuito cosas o servicios (por ejemplo : muestras grátis).

b) Em caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construir las o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta pro el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y las características de los materiales empleados.

c) Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado”.

- **Paraguay** - Lei 1.334/98, art. 4º, alínea a:

“a) Consumidor y usuario: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza;”

- **Uruguay** - Lei 17.189/99, art. 2º:

“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos

o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

- **Venezuela** - (GO-39358) Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, art. 4º:

“Sujetos Para los efectos de la presente Ley se considerará:

Personas: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final”.

Observa-se que as legislações brasileira, paraguaia, uruguaia e venezuelana escolheram um conceito de consumidor amplo e genérico, com capacidade de estender a norma a todos os consumidores do mercado, contudo, a lei argentina serviu-se de um critério legislativo pouco claro, que impede a compreensão ampla do conceito, não obstante haver grau de similitude com as demais.

Inicialmente, ao vincular o conceito de consumidor à contratação onerosa, a lei argentina restringe-o, de certa forma, ou seja, para tal lei apenas existirá consumidor na medida em que se realize um contrato a título oneroso, sendo que este instrumento deve estar incluído nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 1º. Ao mesmo tempo em que tais incisos estipulam o quadro genérico de bens e serviços no mercado, limitam-no em função da taxatividade expressa na norma.

Por outro lado, o Decreto Regulamentar Argentino, aprovado em 1994, aumentou o campo de situações relativas à configuração do conceito de consumidor, ao agregá-lo também a questões relativas a bens enviados como amostras gratuitas, mas sempre submetidos a um contrato oneroso. Inclui ainda um caso muito particular de contratos onerosos de casas pré-fabricadas.

Acerca da característica da onerosidade, a doutrina argentina não fecha os olhos para tal limitação. Neste sentido, expressa VÁZQUEZ FERREYRA E ROMERA:

La ley exige como requisito que la contratación sea a título oneroso para que el consumidor reciba su tutela, Aquí sí creemos que podemos encontrar situaciones de desamparo. Si bien la necesidad de protección se hace imprescindible en la contratación onerosa, no se nos escapa que para burlar la ley se disfracen operaciones comerciales bajo el ropaje de la gratuidad, Además, es de público

conocimiento que las grandes empresas recurren constantemente a campañas publicitarias que brindan premios o beneficios a los consumidores. Dichas ventajas se las ofrece a 'título gratuito', por lo cual quedarán al margen de la ley de defensa del consumidor. No obstante ello, la realidad indica que frente a situaciones tales, es necesario brindar también protección al consumidor para evitar fraudes o engaños que en definitiva redundan en beneficio de la empresa<sup>5</sup>.

Observam-se na lei argentina, quanto à prestação de serviços públicos, verdadeiros avanços, ao estabelecer expressamente nos artigos 25 a 31 uma seção especial de direitos e obrigações dos usuários de tais serviços, o que, em igual formato, acaba ausente nas demais legislações mencionadas. É possível que tal inclusão na lei argentina responda ao processo em encaminhamento de privatização de serviços públicos no instante da sanção da lei de defesa do consumidor.

Convém ressaltar ainda que as legislações consumeristas brasileira, argentina<sup>6</sup> e uruguaia trataram da figura dos bystanders, quer dizer, daqueles cidadãos que podem ser alcançados por eventos relativos a uma relação de consumo sem, entretanto, serem considerados consumidores em sentido estrito, cabendo ao Código Civil paraguaio o tratamento protetivo de tal questão<sup>7</sup>.

De certo, deve-se reconhecer, ante o exposto, o aspecto harmônico das legislações supra, no que concerne ao destinatário final, mais precisamente aquele entendido como fático, isto é, aquele que retira o

---

5 FERREYRA Roberto A. Vázquez, ROMERA Oscar E. *Protección e Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Buenos Aires : Depalma, 1994, p.6.

6 Noticiava, em 1994, STIGLITZ Gabriel A. e STIGLITZ Rubén S. La defensa del Consumidor em Argentina. In: MARQUES Cláudia Lima (coord). *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.140, 157, 159 -que a legislação argentina carecia de proteção. Por exemplo, o pedestre lesionado por um veículo com defeito da fábrica, ou mesmo um convidado que sofre consequência oriunda de um alimento servido por quem o convida. Por outro lado, sustentavam, como a doutrina majoritária argentina, a subsistência textual do regime de responsabilidade objetiva por danos derivados de produtos elaborados, implicitamente emergente no Código Civil, arts. 1.198 (dever de segurança) no âmbito contratual e 1.113 (coisas perigosas ou com vício) no campo extracontratual, tornando, por isto, inoperante o veto presidencial ao art. 40 da lei protetiva do consumidor.

Hoje se tem restabelecida na lei originária de defesa do consumidor, a obrigatoriedade das garantias e a responsabilidade solidária e objetiva por danos no campo extracontratual, eliminando-se, com isso, o aludido veto presidencial ao art. 40, através da Lei 24.999 de julho de 1998. Ver, ACCIARRI Hugo et ali. *Garantias Legales en la Ley de Defensa del Consumidor: Elementos para un Análisis Económico*. Disponível em: <http://www.aep.org.ar/>. Acesso em :10.08.2010.

7 Arts.1846 a 1854 do CC. É passível de se admitir que a omissão da legislação de proteção ao consumidor paraguaia tenha sido em virtude de que o próprio Código Civil já regula a matéria.

bem ou serviço do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo, ou mesmo o destinatário final econômico – aquele que adquire o bem ou serviço, colocando fim à cadeia de produção, cabendo, por conseguinte, vislumbrar similitudes no que se refere à extensão do seu conceito<sup>8</sup>.

### **3. Fornecedor**

No que diz respeito ao conceito de fornecedor, expresso nas legislações de língua espanhola como provedor, foram estabelecidos os seguintes conceitos:

- **Brasil** - Lei 8.078/90, art. 3º:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação”.

- **Argentina** - Lei 24.240/93, art. 2º:

“(Provedores de cosas o servicios) Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

- **Paraguai** - Lei 1.334/98, art. 4º, alínea b:

“Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o de prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa”.

- **Uruguai** - Lei 17.189/99, art. 3º:

“Provedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y em este último caso estatal e no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción,

---

8 MARQUES Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p.100.

creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”.

- **Venezuela** - (GO-39358) Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, art. 4º:

“Proveedora o Proveedor: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que desarrolle atividade sem la cadena de distribución, producción y consumo, sea nestos importadora o importador, productoras o productores, fabricantes, distribuidoras o distribuidores, comercializadoras o comercializadores, mayoristas o detallistas de bienes o prestadora o prestador de servicios.

(...)

Importadora o Importador: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, dedicada legalmente a la actividad de introducir en el país o recibir de extranjero bienes o productos, artículos o géneros que estén destinados o no a la cadena de distribución, producción y consumo.

Productora o Productor: Las personas naturales o jurídicas, que extraen, industrialicen o transformen materia prima bienes intermedios o finales.

Fabricante: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que produzca, extraiga, industrialice y transforme bienes, destinados o no, a la cadena de distribución, producción y consumo.

Distribuidora o Distribuidor: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que efectúe la distribución de uno o más bienes o productos, destinados o no, a la cadena de distribución, producción y consumo.

Comercializadora o Comercializador o Prestadora o Prestador de Servicios:

Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, que efectúe la comercialización o prestación de servicios, de uno o más bienes o servicios destinados a las personas”.

A despeito de todo o detalhamento que a legislação venezuelana acosta em seu art. 4º, item por item, nas mais diversas variáveis daqueles

que estejam inclusos no gênero “Provedora o Proveedor”, observa-se que o conceito de fornecedor é, praticamente, semelhante nas cinco legislações

Em princípio, parece não necessitar de um grande esforço para a sua harmonização, objetivando uma futura legislação comum.

Ressalte-se, a guisa da análise dos conteúdos normativos, que a característica marcante no fornecedor é o exercício profissional de uma atividade que consiste fundamentalmente na produção ou circulação de bens ou serviços<sup>9</sup>.

Nota-se que, muito embora a profissionalidade no exercício de determinada atividade constitua um elemento necessário para a caracterização de um fornecedor, não é o bastante para, por exclusão, afirmar que tal ente não possa ser considerado também como um consumidor.

Assim, é possível que uma pessoa física ou jurídica seja considerada fornecedora, porque pratica habitualmente determinada atividade que implique na produção ou circulação de bens e/ou serviços, não significando, contudo, que esta mesma pessoa possa, em certas situações, ser considerada consumidora, bastando para tanto que venha, por exemplo, adquirir um bem desde que este não seja utilizado no processo produtivo de outros produtos ou serviços.

Destaca a lei Argentina, na parte final do artigo ora em comento, que não serão abrangidos por ela os contratos celebrados entre consumidores tendo por objetos coisas móveis.

Na verdade, tal exclusão é absolutamente desnecessária, visto que, nos contratos pactuados entre consumidores, os contratantes, conforme dicção da própria lei, no tocante à definição de fornecedor, não exerceriam profissionalmente, ainda que em caráter eventual, a específica atividade de aquisição e alienação de bens usados, o que, por si só, já seria suficiente para afastar a legislação em tela.

Se o objetivo do legislador argentino era o de excluir da área de abrangência da lei a proteção quanto a bens móveis usados, o intento não foi logrado, visto que da redação do referido artigo não se permite

---

<sup>9</sup> Na verdade, o requisito da profissionalidade constante dos conceitos legais de fornecedora dvém do conceito de empresario contido no Código Civil Italiano, art.2.082, que expressa: “É imprenditore chi esercita professionalmente un’ attività económica organizzata al fine della produzione o dellos cambio di beni o di servizi.” MAJO Adolfo di. (org). *Codice Civile com la Costituzione, Il Trattato C.E.E. e Le principali norme complementari*. 10. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p.472.



outra interpretação que não a literal.

Detalhe que merece atenção é o fato de a legislação paraguaia exigir, para a caracterização do fornecedor, a presença de remuneração, em contrapartida à circulação de bens ou serviços. Dito requisito não se faz presente nas legislações dos outros Estados-membros aparecendo, contudo, na legislação argentina quando esta se refere a consumidor, determinando ser onerosa a aquisição de produto ou serviço.

A questão acima pode ter semblante irrelevante, no entanto, pode também suscitar sérias controvérsias no que concerne a situações práticas, como no caso de serviços prestados gratuitamente, especialmente aqueles que envolvem vigilância ou guarda de bens, v.g., um veículo estacionado em um *shopping center*, bastando para tanto que o estacionamento não seja remunerado; o mesmo podendo ocorrer com as denominadas amostras grátis, estas que, por não serem fornecidas sob quaisquer remunerações, poderiam não ser alcançadas pelas leis protetivas do consumidor.

Há de se concluir que o próprio conceito de consumidor é, como já dito, sede própria, ampla e genérica, agrupando situações de aquisição, utilização e desfrute de bens e serviços de qualquer natureza, não restando dúvidas quanto à proteção do consumidor diante das relações de consumo não onerosas.

#### 4. Relação de consumo

- **Paraguai** - Lei 1.334/98, art 5º:

“Relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”.

- **Uruguai** - Lei 17.189/99, art 4º:

“Relación de consumo es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo”.

Constata-se que, dentre as leis de proteção ao consumidor nos

Estados-membros do MERCOSUL, apenas a paraguaia e a uruguaia definem precisamente o que vem a ser relação de consumo.

Tais definições são praticamente idênticas no seu *caput*, sendo que a definição da lei uruguaia inclui ainda, em sua parte final, aquelas situações em que se carece de título oneroso, mas que se sujeitam a uma eventual relação de consumo.

Observa-se, diante das supracitadas legislações, que a onerosidade está presente como nota característica das relações de consumo, não bastando, a princípio, sobretudo para a lei paraguaia, o vínculo que se estabelece entre fornecedor e consumidor, senão em virtude da transferência de valor econômico do patrimônio do primeiro para o segundo.

Na realidade, não se deve perder de vista que a relação de consumo resulta do vínculo que une o fornecedor ao consumidor, onde aquele entrega e este recebe bens e serviços, traduzindo-se em um conceito que, verdadeiramente, complementa os conceitos identificadores de fornecedor e consumidor.

Sendo assim, ao atuarem nestas perspectivas funções, forma-se uma relação de consumo<sup>10</sup>, devendo, por certo, insistir no reconhecimento da lei quanto à vulnerabilidade do consumidor, justificando exatamente a sua proteção<sup>11</sup>. Nestes propósitos, o critério lógico que deve confirmar a existência de uma relação de consumo e a área de sua proteção é a identificação da presença de um consumidor<sup>12</sup>, através da definição literal deste, reconhecidamente expressa em todas as legislações dos

---

10 NASCIMENTO Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aidê, 1991, p.11. Conceitua relações de consumo como “aquelas relações jurídicas relativas à aquisição ou utilização de produtos e serviços, em que o adquirente, ou utente, aparece como destinatário final”.

11 BATISTI Leonir. *Direito do Consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p.206.

12 No mesmo sentido, afirma Gianpaolo Poggio Smanio:

“O conceito de consumidor não pode ser atendido se não inserido numa relação de consumo. O consumidor é aquele que participa de uma relação jurídica de consumo.

Essa relação jurídica envolve duas partes bem definidas: de um lado, o adquirente de um produto ou serviço, chamado consumidor, enquanto, de outro lado, há o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço. Destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor que, não dispondo de controle sobre a produção de bens ou de serviços que lhe são destinados, submete-se ao poder e condições dos produtores e fornecedores dos bens e serviços. É a chamada *hipossuficiência* ou *vulnerabilidade* do consumidor (art.4º, I, CDC)

Essa relação de consumo pode ser efetiva (exemplo: compra e venda de automóvel) ou potencial (exemplo: propaganda). Portanto, para termos relação de consumo (...), não é necessário que o fornecedor concretamente venda bens ou preste serviços, basta que, *mediante oferta, coloque os bens à disposição de consumidores potenciais.*” SMANIO Gianpaolo Poggio. *Interesses Difusos e Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.41-42.

países do bloco mercosulino, como já analisadas anteriormente.

De tal análise, pode-se verificar a amplitude do conceito de consumidor, não somente relacionada à especificidade onerosa, mas indo mais além, atingindo conteúdo amplo e genérico, inclusive dando proteção àqueles que não participaram direta e efetivamente da aquisição do bem ou serviço.

Deste modo, cumpre reconhecer que mesmo as legislações paraguaia e uruguaia – esta, não em absoluto - que, como visto, conceituam a relação de consumo ligando-a ao caráter oneroso, não o fazem quando da delimitação conceitual de consumidor, justificando, portanto, a não necessidade da presença da onerosidade no conceito de relação de consumo.

Já as leis brasileiras, argentinas e venezuelanas não definiram formalmente a relação de consumo, no entanto, o raciocínio desenvolvido no contexto retro as atinge diretamente, resultando, neste sentido, a relação de consumo, a noção jurídica de consumidor e sua amplitude em confronto com a definição legal de fornecedor.

Por tais termos, poder-se-ia vislumbrar, certamente, uma similitude em tal quesito, desobstruindo eventuais óbices quanto a uma possível harmonização legal.

## **5. Produto**

A respeito do conceito de produto, este, importante elemento no que se refere à proteção do consumidor, porquanto objeto imediato das relações de consumo, foram determinadas as seguintes definições:

- **Brasil** - Lei 8.078/90, art. 3º, § 1º:

“Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

- **Paraguai** - Lei 1.334/98, art. 4º, alínea “c”:

“Productos: a todas las cosas que se consumen com su empleo o uso y las cosas o artefactos de uso personal o familiar que no se extinguen por su uso”.

- **Uruguai** - Lei 17.189/99, art. 5º:

“Produto es cualquier bien corporal o incorporeal, mueble o inmueble”.

- **Venezuela** - (GO-39358) Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, art. 5º:

“Bienes y servicios de primera necesidad

Se consideran bienes y servicios de primera necesidad aquellos que por esenciales e indispensables para la población, atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado, determinados expresamente mediante Decreto por la Presidenta o Presidente de la República em Consejo de Ministros”.

Nota-se que as legislações brasileira e uruguaia possuem harmoniosa sintonia ao se referirem, de forma ampla, à aplicação protetiva a qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial (“corporal” ou “incorporal”), portanto, bens econômicos, suscetíveis de apropriação, que podem ser duráveis, não duráveis, de conveniência, de uso especial etc.

Trata-se assim de qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente como destinatário final.

Numa interpretação à lei brasileira extensiva aqui à lei uruguaia, pode-se sustentar a observação de Luiz Antônio Rizzato Nunes<sup>13</sup>, ao tratar basicamente no que concerne à materialidade ou imaterialidade do produto, objeto da relação de consumo protegida:

“Mas, por conta do fato de o CDC ter definido produto como imaterial, é de perguntar que tipo de bem é esse que poderia ser oferecido no mercado de consumo. Afinal, o que seria um produto imaterial que o fornecedor poderia vender e o consumidor adquirir?”

Diga-se, em primeiro lugar, que a preocupação da lei é garantir que a relação jurídica de consumo esteja assegurada para toda e qualquer compra e venda realizada, por isso, fixou conceitos os mais genéricos possíveis (‘produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial’). Isso é que é importante. A pretensão é que nada lhe escape. (grifo nosso)

---

13 NUNES Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p.95.

Sobre o assunto, mais especificamente sobre o alcance do conteúdo relativo a bens corpóreos e incorpóreos, lembrando, inclusive, SAVATIER, ver, por todos, SAAD Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11.9.90*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p.82 - 85.

Assim, a designação de ‘produto’ é utilizada, por exemplo, nas atividades bancárias (mútuo, aplicação em renda fixa, caução de títulos, etc.). Tais ‘produtos’ encaixam-se, então, na definição de imateriais”.

Quanto à legislação paraguaia, esta, em sentido literal, se refere às coisas que, quando usadas ou utilizadas, esgotam-se no seu próprio uso, sendo o caso, por exemplo, dos alimentos.

De outro modo, atingem também as coisas ou objetos que, quando usados, não se extinguem, quando do uso pessoal ou familiar.

Nota-se que o legislador paraguaio não cuidou de esclarecer, expressamente, acerca de bens materiais ou imateriais, o que poderia, em nível interpretativo, suscitar eventuais dúvidas.

Afirma-se, contudo, que diante do que expressa o artigo 7º, em sua parte final da própria legislação paraguaia - “En caso de duda se estará a la interpretación más favorable al consumidor” - poder-se-ia clarear ou mesmo esclarecer as questões pertinentes a tal omissão, o mesmo que se diga quanto a bens duráveis e não duráveis.

Tal omissão ainda não poderia ser encarada como óbice a uma eventual harmonização, até porque, além da já referida parte final do artigo 7º, este mesmo artigo, em seu *caput*, expressa claramente que “Los derechos previstos en esta ley no excluye otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que la República del Paraguay sea signataria (...)”, não havendo nesta lei empecilho para reconhecimento e proteção daqueles bens não esclarecidos, como já anteriormente sustentado.

Com relação à lei argentina, esta carece de uma definição expressa do que se considera produto.

O Código Civil Argentino, em seu art. 2311, estabelecia definição específica para ‘coisa’: “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.”

Os tribunais argentinos têm agregado tal conceito à observância de quando se trata de coisas destinadas a um uso final, conforme sustenta o artigo 1º da lei argentina protetiva do consumidor<sup>14</sup>.

---

14 FERREYRA Roberto A. Vázquez, ROMERA Oscar E. *Ob. cit.*, p. 9 - 10.

Importante ressaltar que dito artigo 1º em suas alíneas “a” e “c”, menciona a proteção do consumidor acerca da aquisição e locação de bens móveis e de imóveis novos destinados à moradia, inclusive lotes de terrenos adquiridos com o mesmo fim, quando a oferta seja pública e dirigida a pessoas indeterminadas, entretanto, a própria doutrina rechaça tal limitação, denominando-a, até mesmo, de ambígua e confusa<sup>15</sup>.

Vázquez Ferreyra e Oscar Romera afirmam taxativamente que o rol de bens contidos no artigo 1º é meramente exemplificativo, demonstrando isso através de decisões judiciais, onde se observa a necessidade de conceder uma proteção especial ao consumidor argentino, mesmo em situações que não se enquadram em nenhum dos casos previstos naquele artigo.

Concluem, portanto, que: “En definitivo, se trata de casos en los cuales realmente es necesario brindar una protección especial al consumidor, y no encontramos motivos para que así no sea”<sup>16</sup>.

Observa-se, neste caso, uma tendência à amplitude conceitual e flexível quanto à dimensão de produto, a ponto de se chegar a uma sintonia com as demais legislações dos Estados-membros do bloco no tocante a tal elemento.

A legislação venezuelana, por outro lado, já embutira o conteúdo relativo aos bens e serviços, conforme apontamos anteriormente, nos próprios conceitos de Provedora o Proveedor, Importadora o Importador, Productora o Productor, Fabricante, Distribuidora o Distribuidor e Comercializadora o Comercializador o Prestadora o Prestador de Servicios, mas optou ainda por avançar naquilo que ela denominou ser “bens de primeira necessidade”.

Notadamente, observa-se ser de conteúdo particular dita matéria contida em uma legislação consumerista, sobretudo, em vista da extensão à qual optou o legislador venezuelano alcançar. Nota-se:

“Se consideran bienes y servicios de primera necesidad aquellos

---

<sup>15</sup> É a opinião de JUAN M. FARINA, indagando ainda acerca da proteção quanto a imóveis usados: “Cuántos años ha de tener un inmueble para ser calificado de nuevo? (...) Como se probará, llegado el caso, si el inmueble antes de su venta estuvo ocupado o no? (el decreto se refiere a ocupación, no a dominio ni a posesión).”

Neste final, o autor se refere ao Decreto Regulamentar 1.798/94, que, em seu art. 1º, alínea “c”, assegura que se deve entender por novo o imóvel a construir-se, em construção ou que nunca tenha sido ocupado. FARINA Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995, p. 65.

<sup>16</sup> *Ob. cit.*, p.10.

que por esenciales e indispensables para la población, atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado”.

É certo que ainda que as demais legislações dos Estados-membros do bloco mercosulino não apontem, detalhadamente para tal mira, não há qualquer óbice a incluir que bens de primeira necessidade em qualquer daqueles Estados são igualmente protegidos pelas legislações consumeristas do bloco. Invariavelmente, em regra hermética, não se excetua onde não se está autorizado para tanto.

De fato e por raízes históricas, hão de possuir motivos para dita determinação venezuelana, mas que longe disso e em sentido amplo, poderia obstaculizar uma possível harmonização para com as legislações dos demais Estados.

Ainda nesta toada, por mais preocupante que possa parecer, a norma que se faz acostada, igualmente, no art. 5º, enfrenta de fato, conteúdos de política de Estado, o que certamente, sujeitaria a relações de causa-efeito no tocante à própria dinâmica das relações de consumo, particularmente, em determinados ambientes ainda incipientes quanto a necessária proteção ao consumidor e ao abuso do poder econômico.

## **6. Serviços**

- **Brasil** - Lei 8.078/90, art. 3º, § 2º:

“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

- **Paraguai** - Lei 1.334/98, art. 4º, alínea “d”:

“Servicio: a cualquier actividad onerosa, suministrada en el mercado, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito o de seguro, con excepción de las relaciones laborales”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Importante frisar que a Legislação Paraguaia traz ainda inserido no conteúdo do artigo em tela e a título de inovação os seguintes conceitos que merecem ser citados:

“*Anunciante*: al proveedor de bienes o servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios;

“*Actos de consumo*: es todo tipo de acto, propio de las relaciones de consumo, celebrado entre proveedores y consumidores o usuarios, referidos a la producción, distribución, depósito, comercialización, venta o arrendamiento de bienes, muebles o inmuebles o a la contratación de servicios;

“*Consumo sustentable*: es todo acto de consumo, destinado a satisfacer necesidades humanas, realizado sin socavar, dañar o afectar significativamente la calidad del medio ambiente y su

Informa Lorenzetti<sup>18</sup> que as leis de proteção ao consumidor não distinguem, habitualmente, entre obras e serviços, englobando-os em um mesmo conceito de prestação.

Já Vázquez Ferreyra e Romera<sup>19</sup> expõem, especificando ainda mais a questão:

“pensamos que cuando la ley del consumidor se refiere a prestación de servicios, lo hace en relación a una ‘matriz jurídica,’ un género del cual se desprenden la locación de cosas, la de servicios propiamente dicha, la de obra, los servicios públicos, y todo otro servicio que se preste a los consumidores. Excluimos del concepto y sobre todo a los efectos de la ley del consumidor al servicio que configura el contrato de trabajo. (grifo nosso).

Desde un punto de vista económico, existe servicio cuando se presta una función intangible al adquirente, que no incluye un producto”<sup>20</sup>.

A legislação venezuelana, mantendo o que já fizera com relação aos bens, conforme por já nós pontuado em ítem anterior, da mesma técnica contemplou a referencia a “serviços”, isto é, de maneira genérica em um primeiro momento, quando da delimitação de Provedora o Proveedor, Importadora o Importador, Productora o Productor, Fabricante, Distribuidora o Distribuidor e Comercializadora o Comercializador o Prestadora o Prestador de Servicios.

Já, com relação à remuneração como elemento presente na prestação de serviços, coube ao art. 3º da *lex venezuelana*<sup>21</sup> referir-se à

---

capacidad para dar satisfacción a las necesidades de las generaciones presentes y futuras.  
(...)

*Intereses colectivos*: son aquellos intereses supraindividuales, de naturaleza indivisible de los que sean titulares un grupo, categoría o clase de personas, ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica, cuyo resguardo interesa a toda la colectividad, por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentren en una misma situación”.

18 LORENZETTI Ricardo Luis. La economía de servicios y los contratos. In: *Revista de Derecho Privado y Comunitari*. v. 3. Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 1093, p.295.

19 *Ob. cit.*, p.63 - 64.

20 Citados autores acrescentam ainda, sobre o assunto, uma proposta de diretiva, no âmbito da Comunidade Européia, segundo a qual “se debe entender por servicio a toda prestación realizada a título profesional o di servicio público, de modo independiente, a título oneroso o gratuito, cuyo objeto directo y exclusivo no es la fabricación de bienes o la transferencia de derechos reales o intelectuales”. *Idem*, p.64.

21 “Ámbito de aplicación

*Artículo 3. Quedan sujetos a las disposiciones de la presente Ley, todos los actos jurídicos celebrados entre proveedoras o proveedores de bienes y servicios, y las personas organizadas o no, así como entre éstas, relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios prestados por entes públicos o privados, y cualquier otro negocio jurídico de interés económico, así como, los actos o conductas de acaparamiento, especulación, boicot y cualquier otra que afecte el acceso a los alimentos o bienes declarados o no de primera necesidad, por parte*



“aquisição ou arrendamento de bens”, certamente, contido aí o predicado onerosidade, o que pontifica nas legislações brasileira, paraguaia e uruguaia, motivo de comentários mais adiante.

No entanto, foi ainda mais além. Positivou no art. 6º da Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, o que denominou de “*servicios públicos esenciales*”, nos seguintes termos:

“Por cuanto satisfacen necesidades del interés colectivo que atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado, son servicios públicos esenciales las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos declarados de primera necesidad”.

Nota-se que o serviços públicos essenciais merecem destaquena legislação consumerista venezuelana, algo, de um modo geral, ainda incipiente no que se refere à inclusão nas legislações desta natureza.

Em importantíssimo avanço, coube também à Ley para la Defensa de las Personas e nel Acceso a los Bienes y Servicios enfrentar formalmente, o comércio eletrônico de bens e serviços ofertados por meio da rede mundial de computadores - internet. *In verbis*:

“Concepto de comercio electrónico

Artículo 30. A los fines de esta Ley, se entenderá como comercio electrónico, cualquier forma de negocio, transacción comercial o intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de cualquier naturaleza. Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales”.

Inegável é a proteção legal e definida de dito ambiente eletrônico, ponto sensível e ao qual a Ciência do Direito mira os holofotes para delimitar e determinar o alcance espaço-territorial para definir regulações.

Certo é que são conteúdos que sugerem necessária convergência

---

*de cualquiera de los sujetos económicos de la cadena de distribución, producción y consumo de bienes y servicios, desde la importadora o el importador, la almacenadora o el almacenador, el transportista, la productora o el productor, fabricante, la distribuidora o el distribuidor y la comercializadora o el comercializador, mayorista y detallista”.* (Grifo nosso).

entre os Estados-membros, a fim de estimular o comércio intra-bloco, favorecendo o acesso a bens e serviços sem quaisquer delimitações territoriais, mas não renunciando a uma efetiva e firme proteção ao consumidor mercosulino.

Com relação às leis paraguaia e uruguaia, estas, como se percebe neste ponto, reproduziram basicamente o conteúdo e núcleo da legislação brasileira, excluindo da abrangência de serviços as questões resultantes de relações laborais.

Importante ressaltar que, não obstante o texto uruguaio não se referir, expressamente, no artigo supra, às atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, não resta dúvida quanto à inclusão destas na lei protetiva do consumidor, pois que o art. 21 da própria lei vem reparar tal omissão, ao tratar da oferta de serviços, mencionando explicitamente quanto aos serviços financeiros, a sua submissão às especificações ditadas por tal ordenamento<sup>22</sup>.

A legislação brasileira, tal qual já se observou com relação a consumidor, fornecedor e produto, definiu bem o alcance da tutela no que se refere a 'serviços'.

Demonstra a legislação, de imediato, que a atividade fornecida no mercado de consumo deverá ser remunerada para se configurar, nos termos do CDC, serviço.

Acerca do entendimento da expressão 'remuneração' e sua amplitude no que diz respeito à proteção consumerista, adverte José Geraldo Brito Filomeno que, neste caso,

“não se inserem os 'tributos', em geral, ou 'taxas' e 'contribuições de melhoria', especialmente que se inserem no âmbito das relações de natureza tributária.

Não se há de confundir, por outro lado, os referidos tributos com as 'tarifas'; estas sim, inseridas no contexto dos 'serviços' ou, mais particularmente, 'preço público', pelos 'serviços' prestados diretamente pelo poder público, ou então, mediante sua concessão

---

<sup>22</sup> Vale ressaltar que, com relação ao citado art. 21, a APROBASE (Associação de Agentes e Corretores de Seguro), encara este preceito como um verdadeiro protetor de categoria, já que os estabelecimentos financeiros, ao outorgarem crédito, impunham a realização de um seguro, notadamente através de sua própria corretora.

Com a inclusão dos serviços financeiros na lei protetiva do consumidor, tal prática restaria amenizada. APROBASE. Sanción Legislativa de Norma de Defensa del Consumidor. Disponível em: <http://www.cronicas.com.uy/>. Acesso em : 06.04.2008.

ou permissão pela iniciativa privada.

O que se pretende dizer é que o ‘contribuinte’ não se confunde com ‘consumidor’, já que, no primeiro caso, o que subsiste é uma relação de direito tributário, inserida a prestação de serviços públicos, genérica e universalmente considerada, na atividade precípua do Estado, ou seja, a persecução do bem-comum”<sup>23</sup>.

Por outro lado, não será serviço a que a lei oferece tutela, aqueles oriundos de prática gratuita como v.g. “atos de camaradagem e os decorrentes de parentesco e vizinho, os conhecidos ‘favores’(...)”<sup>24</sup>.

Além da característica vinculada à remuneração contida na norma, ora em comento, o CDC brasileiro, na definição de serviço, se refere de maneira bem ampla, a qualquer atividade fornecida ou prestada no mercado de consumo, realçando, de maneira inequívoca, que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária estão submetidas ao seu regramento protetivo<sup>25</sup>, excetuando aquelas decorrentes das relações laborais.

É certo, portanto, que, muito embora se quisesse criar algum óbice quanto à extensão do CDC às atividades supracitadas<sup>26</sup>, do texto

---

23 GRINOVER Ada Pellegrini et ali. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 41. No mesmo sentido, ver SAAD, Eduardo Gabriel. *Ob. cit.*, p. 86 - 87.

24 ALMEIDA João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.43.

Especificando ainda mais o assunto em tela, NUNES Luiz Antônio Rizzato, *ob. cit.*, p.100-101, sustenta que, para se entender o alcance da expressão “remuneração” no contexto protetivo do consumidor, é preciso que esta seja entendida no sentido estrito de absolutamente qualquer modalidade de cobrança ou repasse, direto ou indireto.

Assim, preceitua ele: “É preciso algum tipo de organização para estar diante de um serviço prestado sem remuneração, será necessário que, de fato, o prestador do serviço não tenha, de maneira alguma, se ressarcido de seus custos, ou que, em função da natureza da prestação de serviço, não tenha cobrado o preço. Por exemplo, o médico que atenda uma pessoa que está passando mal na rua e nada cobre por isso enquadra-se na hipótese legal de não recebimento de remuneração. Já o estacionamento de um *shopping* no qual não se cobre pela guarda do veículo disfarça o custo, que é cobrado de forma embutida no preço das mercadorias.”

25 Tal enumeração de atividades é apenas exemplificativa, não se exaurindo no rol por ora enquadrado.

Podem outras atividades ser incluídas, v.g., a prestação de serviços educacionais ou mesmo de administração imobiliária, merecendo destaque, inclusive, os serviços prestados ao público, tais como transporte, saúde, telefonia, alguns deles operados por empresas ou entidades governamentais, outros através de concessões a empresas privadas ou privatizadas.

Ainda não escapam da abrangência da legislação os “entes despersonalizados” mencionados expressamente no art. 3º, *caput*, evitando-se, assim que tal falta de personalidade jurídica venha a ocasionar prejuízo ao consumidor quando da prestação de um serviço.

26 Sobre o assunto, ver por todos, WALD Arnoldo. O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às Instituições Financeiras. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 123, a. 31, Brasília, Senado Federal, jul./set. de 1994, p.85-98; PASQUALOTTO Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*,

não restam dúvidas quanto ao alcance claro e efetivo ao qual o Código por bem delineou.

Assevera José Geraldo Brito Filomeno<sup>27</sup> estar evidenciado que as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, tanto no que toca às prestações de serviços aos seus clientes - v.g., cobrança de contas, de água, de luz, expedição de extratos, dentre outros serviços - quanto no que se refere à concessão de mútuos e financiamentos para a aquisição de bens, estão englobados no conceito amplo de serviços.

*In verbis*, o aludido autor finaliza a questão:

“(...) o código fala expressamente em atividade de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, aqui se incluindo igualmente os planos de previdência privada em geral, além dos seguros propriamente ditos, de saúde, etc.”<sup>28</sup>.

## 7. Conclusão

Diante de tudo exposto e em síntese apertada, é de se afirmar, notadamente, a similitude no que diz respeito ao alcance da proteção

---

n. 1, São Paulo, RT, 1992, p.147; MARINS James. Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, inclusive Bancários. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, São Paulo: RT, mar./ jun. de 1996, p.94-104.; SMANIO Gianpaolo Poggio. *Ob. cit.*, p. 44; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade Civil de Agente Bancário e Financeiro, segundo as normas do Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, São Paulo, RT, mar./ jun. de 1996, p.106 - 124.

27 GRINOVER Ada Pellegrini et ali. *Ob. cit.*, 41.

Em nota uníssona com o respectivo raciocínio, ver, dentre outros, NERY JÚNIOR Nélson. Os princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*. n. 3, São Paulo, RT, set./ dez. de 1992, p.54; NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Ob. cit.*, p. 98 - 99; ALMEIDA João Batista *Ob. cit.*, p.42; ALVIM Arruda et ali. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995, p. 39 - 40.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça conclama pela mesma ideia.

Em ac. un. da 4ª turma, no Resp. 57.974 - O - RS, em25/04/95, cujo relator foi o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, decidiu-se pelo reconhecimento da aplicação do CDC nas atividades bancárias: “Os bancos, como prestadores de serviços, especialmente contemplados no art. 3º, §2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco”. *In: Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, p. 173 - 175.

28 *Apud* GRINOVER Ada Pellegrini et ali. *Ob. cit.*, p. 41. Convém aqui ressaltar, como salienta Luiz Rodrigues WAMBIER (Os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor. *In: Revista de Direito do Consumidor*. n 18, São Paulo, RT, mar./jun. de 1996, p.127), que não devem ser reconhecidas como relações de consumo as operações bancárias em que o tomador não seja o destinatário final, como as *factoring*.

Este também é o mesmo entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, para quem, se o tomador do dinheiro junto ao banco “apenas intermedia o crédito, a sua relação com o banco não se caracteriza, juridicamente, como consumo, incidindo na hipótese, portanto, apenas o direito comercial.” COELHO Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 429 - 430.

consumerista no âmbito das legislações dos Estados-membros do MERCOSUL, possibilitando, notoriamente, a viabilidade de harmonização legislativa, quer na temática, quer na sua extensão à qual a mesma se propõe, sem qualquer prejuízo ao conteúdo protetivo do consumidor no âmbito dos Estados-partes.

## **Refêrencias bibliográficas**

ACCIARRI Hugo et al (2010) *Garantias Legales en la Ley de Defensa del Consumidor: Elementos para un Análisis Económico* [online] disponível em <<http://www.aaep.org.ar/>> [acesso em :10.08. 2010].

ALMEIDA João Batista (2000) *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva.

ALVIM Arruda et ali (1995) *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT.

APROBASE. *Sanción Legislativa de Norma de Defensa del Consumidor* [online] disponível em <<http://www.cronicas.com.uy/>> [acesso em: 06.04.2008].

BATISTI Leonir (2002) *Direito do Consumidor para o Mercosul*. Curitiba: Juruá.

COELHO Fábio Ulhoa (1993) *Manual de Direito Comercial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva.

DELUCCA Newton (1997) “La Relación de Consumo: Conceptualización Dogmática en Base al Derecho del Mercosur” In: *Revista de Direito do Consumidor* (21) jan./mar./1997, p.46.

EFING Antônio Carlos (1996) “Responsabilidade Civil de Agente Bancário e Financeiro, segundo as normas do Código de Defesa do Consumidor” In: *Revista de Direito do Consumidor* (18), mar./ jun. de 1996, p.106-124.

FARINA Juan M. (1995) *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

FERREYRA Roberto A. Vázquez, ROMERA Oscar E. (1994) *Protección e Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Buenos Aires : Depalma.

GAIO JÚNIOR Antônio Pereira (2004) *A Proteção do Consumidor no*

Mercosul. São Paulo: LTr.

GRINOVER Ada Pellegrini et ali (2011) *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

LORENZETTI Ricardo Luis (1993) *La economía de servicios y los contratos*. In: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, v. 3. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.

\_\_\_\_\_ (1997) “La Relación de Consumo: Conceptualización Dogmática en Base al Derecho del Mercosur” In: *Revista de Direito do Consumidor* (21), jan./mar./1997.

MAJO Adolfo (org.) (1996) *Codice Civile con la Costituzione, Il Trattato C.E.E. e Le principali norme complementari*. 10. ed. Milano: Giuffrè.

MARINS James (1996) “Proteção Contratual do CDC a Contratos Interempresariais, inclusive Bancários” In: *Revista de Direito do Consumidor* (18), mar./ jun. de 1996, p. 94 – 104.

MARQUES Cláudia Lima (1992) “A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre norma CDC e de leis especiais” In: *Revista de Direito do Consumidor* (3), p.15.

\_\_\_\_\_ (1995) *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo : RT.

NASCIMENTO Tupinambá Miguel Castro do (1991) *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aidê.

NERY JÚNIOR Nelson (1992) “Os princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor” In: *Revista de Direito do Consumidor* (3), set./ dez. de 1992, p.54.

NUNES Luiz Antônio Rizzatto (2000) *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva.

PASQUALOTTO Adalberto (1992) “Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor” In: *Revista de Direito do Consumidor* (1), p.147.

SAAD Eduardo Gabriel (1998) *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Lei n. 8.078, de 11.9.90*. 3. ed. São Paulo: LTr.

SMANIO Gianpaolo Poggio (1999) *Interesses Difusos e Coletivos*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

STIGLITZ Gabriel A. e STIGLITZ Rubén S. (1994) “La defensa del Consumidor em Argentina” In: MARQUES Cláudia Lima (coord) *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.134-162.

WAMBIER Luiz Rodrigues (1996) “Os Contratos Bancários e o Código de Defesa do Consumidor” In: *Revista de Direito do Consumidor* (18), mar./jun. de 1996, p.127,

WALD Arnaldo (1994) “O Direito do Consumidor e suas repercussões em relação às Instituições Financeiras” In: *Revista de Informação Legislativa* 31(123) jul./set. de 1994, p. 85 a 98.





# O ESTADO PLURINACIONAL E OS DESAFIOS À DEMOCRACIA COMUNITÁRIA NA AMÉRICA LATINA

## EL ESTADO PLURINACIONAL Y LOS DESAFIOS A LA DEMOCRACIA COMUNITÁRIA EN LA AMÉRICA LATINA

*Braulio de Magalhães Santos\**

---

***Resumo:** Este artigo tem como objetivo ampliar a discussão de muitas nacionalidades, com a análise de campo de mudanças recentes na América Latina, principalmente na Bolívia e no Equador e as alterações introduzidas pela novas constituições nacionais. Enfatizar a trajetória histórica deste processo, que reorganizou a ação pública e incluiu novas estruturas estatais além de muitos atores, governamentais e não governamentais e ali formado um acordo que formou a base para este novo formato em um estado que procura e integração nacional, inclusive com políticas novas, administrativa e legal. Novas constituições são mudanças notáveis como um ponto de referência que permitem maior interação entre o desenvolvimento de novas práticas institucionais de ação política e as novas regras de governança mais democrática e participativa, e tendo em conta as dimensões históricas e culturais e impacto sobre a ação do governo. Neste cenário direitos humanos, como suas múltiplas dimensões surge como uma questão que impulsiona este movimento para reconstruir o país com os princípios democráticos e valores da comunidade, incluindo o fornecimento de proteção legal e institucional, sem restrições, entre outros, diferentes nações indígenas que habitam essas áreas e tem sido objecto de protecção especial na constituição desse tipo, incluindo interesses políticos e legais. Os limites, problemas e possibilidades desta nova gramática democrática que a nacionalidade múltipla é discutido, também como parte de uma nova proposta de fundamentos epistemológicos do conhecimento, que também é democratizada para outras regiões.*

***Resumen:** Este artículo tiene como objetivo ampliar la discusión de muchas nacionalidades, con análisis sobre el terreno de los cambios*

---

\* Graduação em Direito, Pós-graduação em Direitos Humanos, Mestrado em Ciências Sociais - Gestão de Cidades, Doutorado em Direito Público (em curso). Professor no Centro Universitário de Sete Lagoas/UNIFEMM, Professor ASSOBE/FACEMG. Bolsista PROSUP-PUC-MG.

recientes en América Latina, principalmente en Bolivia y Ecuador, y los cambios introducidos por las nuevas constituciones nacionales. Haciendo hincapié en la trayectoria histórica de este proceso, que reorganizó la acción pública e incluyó nuevas estructuras estatales y muchos actores, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, y allí formaron un acuerdo que sirvió de base para este nuevo formato en un estado que la demanda y la integración nacional, incluyendo nueva política, administrativa y legal. Las nuevas constituciones son cambios notables como un punto de referencia que permiten una mayor interacción entre el desarrollo de nuevas prácticas institucionales de la acción política y las nuevas reglas de gobernanza más democrática y participativa, y teniendo en cuenta las dimensiones históricas y culturales y el impacto de la acción gobierno. En este escenario, los derechos humanos, como sus múltiples dimensiones se plantea como una cuestión que impulsa este movimiento para reconstruir el país con los principios democráticos y los valores de la comunidad, incluyendo la provisión de protección legal e institucional, sin restricciones, entre otras, las diferentes naciones indígenas que habitan estas áreas y ha sido objeto de especial protección en la constitución de este tipo, incluidos los intereses legales y políticos. Los límites, problemas y posibilidades de esta nueva gramática democrática que la nacionalidad múltiple se discuten, así como parte de una propuesta de nuevas bases epistemológicas del conocimiento, que también se democratizó a otras regiones.

*Palavras-chave:* Plurinacionalidade, Democracia, América Latina

*Palabras clave:* Plurinacionalidad, Democracia, América Latina

---

## 1. Introdução: Generalidades

De modo introdutório, temos que a plurinacionalidade não é um tema novo, mas certamente inarredável com a profundidade, no melhor sentido foucaultiano, de revelação, de exteriorização, ou seja, cada vez mais visível de modo a garantir que a profundidade seja o caminho para mostrar a integralidade antes escondida. Sobretudo em função de movimentos crescentes que se visualizam, em especial na América Latina, o tema plurinacionalidade tem introduzido novas dimensões analíticas: teórico-conceitual, jurídica, política, social, cultural; dimensões estas que anunciam mudanças ou, melhor dizendo, descortinam elementos também institucionalizados, até então reprimidos e que foram propositadamente impedidos de se manifestarem. Assim, entendemos a *plurinacionalidade*.

Mas, nos interessa neste trabalho, das nacionalidades no sentido de organização política, social, cultural, religiosa, inclusive em um mesmo país, ou desconsiderando limites territoriais de um país, e principalmente, se colocando como anterior até mesmo da idéia de Estado.

Uma importante advertência é que tratamos da plurinacionalidade como um tema distinto do Estado, inicialmente, para aprofundar uma discussão teórica e, a seguir analisando as bases desta plurinacionalidade no Estado Boliviano. A plurinacionalidade apresenta conteúdos culturais (multiculturais) que envolve nações que não se estruturam no modelo estatal imposto por ocasião da colonização européia, no caso da América Latina. Portanto, a plurinacionalidade é tema mais amplo que Estado Plurinacional, sendo este um arranjo institucional no qual se tem procurado implementar as bases fundamentais daquela.

É dizer, então, que muitos povos e culturas que não correspondem ao núcleo colonial ou moderno não têm em sua organização uma forma estatal historicamente construída, portanto, esta forma estatal não corresponde as suas relações e estruturas sociais.

Na mesma perspectiva, os direitos humanos se inserem e são intransponíveis. Entendendo a democracia como regime político que protege, e que promove os direitos humanos, ainda o é também a democracia uma idéia que pode ser caracterizada de forma genérica como um modo de vida – social ou moral.

Ainda se afirma que a idéia de democracia é tão vasta e tão plena que não pode ser exemplificada por meio do Estado. Ou seja, nenhuma forma de Estado, por melhor que seja, é suficiente para exemplificar a idéia de democracia em sua integridade. Neste sentido, a democracia transcende a própria idéia de Estado, não se condicionado e também não sendo uma decorrência ou invenção dele, sendo simultâneo e também, em certa medida, paralelo ao Estado.

Pautamos a discussão, inicialmente, resgatando a concepção até então vigente, bem como as instituições que passam a ser objeto de reconfiguração no Estado Plurinacional, sobretudo no processo histórico de colonização européia que marcou a América Latina com a imposição de um modelo estatal europeu. Neste sentido, o contraste entre o modelo nacional e a proposta plurinacional em curso na Bolívia e Equador, com ressonância para outros países, permitirá evidenciar alguns aspectos comparativos que serão analisados.

Mas, a despeito de uma análise da plurinacionalidade como superação de modelos de Estado ou como novo paradigma, avançaremos em uma perspectiva de análise crítica centrada em alguns temas importantes em quaisquer contextos de rupturas e mudanças no Estado. Neste sentido, a globalização, sobretudo como uma instituição liberal ou neoliberal, é objeto explorado pela idéia de plurinacionalidade, o que requer sua inserção e discussão em contexto de uma idéia (plurinacional) que busca romper com a padronização e uniformização da sociedade implantando modelos pasteurizados, e sem qualquer unidade, a pretexto de que o Estado para se desenvolver social e economicamente, precisava se “alinhar” a esta nova exigência. É dizer que o Estado Moderno é este que se projeta com a modernidade liberal que dentre outras características suplanta a diversidade cultural por uma agenda centralizadora, hierarquizada e antidemocrática. Outro modelo que não se enquadre assim é primitivo, rústico e ultrapassado.

O movimento verificado a partir da plurinacionalidade, notadamente com as mudanças desenhadas e em curso com as Constituições Plurinacionais na Bolívia e no Equador, é que a este imperativo arbitrário e incondicional imposto pela globalização não se sustenta. Sobretudo pelas condições construídas nestes países que, embora tenham sido violentadas pela tentativa de destruição de suas culturas, usos, tradições e formas de organização (formas estas não estatais), com a colonização europeia, ainda assim mantiveram suas bases organizativas como *nações comunitárias*. Portanto, resgatam suas originárias, legítimas e plurais formas de organização social, tendo como marco fundamental a institucionalização dessa pluralidade na Constituição do país.

A fundamental abordagem diz respeito aos direitos humanos como tema nesta nova conformação de Estado Plurinacional. Forjado em contextos históricos diversos, mas sempre relacionados com lutas e conquistas de direitos e garantias, especialmente, garantias constitucionais, os direitos humanos enquanto conteúdos constitucionais balizadores de democracia e cidadania e, sobretudo como uma concepção pluridimensional, perpassa a plurinacionalidade e, certamente, agrega valores e princípios pautados na dignidade humana, na autodeterminação dos povos e na sua pluralidade.

A pretexto de serem utilizados como retórica em discursos liberais para reprimir a diversidade e reproduzir a hegemonia do modelo europeu uniformizador, inclusive como recursos para justificar conflitos armados, faz-se necessário reapropriar dos direitos humanos inserindo na plurinacionalidade sua dimensão ética, política, cultural e

social, reconfigurando suas premissas para a unidade na diversidade, na pluralidade, na garantia e exercício dos direitos em um Estado que não impeça, que promova, que assegure e que contemple todas as expressões e representações sociais.

Portanto, para além da compreensão das gerações de direitos humanos, o que temos como configuração histórica e temporal da conquista dos direitos humanos, avançamos para a análise das dimensões que conformam a idéia de atualidade e incorporação dos direitos humanos conquistados ao longo dos séculos.

Contudo, a perspectiva plurinacional insere novas abordagens e elementos que trazem propõe uma dinâmica baseada, por exemplo na compreensão mais extensiva dos direitos humanos, ressaltando que organização “Estado” é uma forma de organização, mas que existem outras. Traz certa relativização do lugar do Estado na efetivação de tais direitos ou mesmo qualifica este “Estado” a partir da compreensão e introjeção de novas formas organizacionais. Ou seja, o que se tem como cidadania, ou exercício, ou efetividade dos direitos humanos, mas sempre a partir de ação ou omissão do Estado, a plurinacionalidade resgata como expressões no Estado Plurinacional das nações comunitárias, isto é, de outras formas de organização que não havia correspondência no Estado e suas instituições ante a diversidade social e cultural.

É dizer que a cultura dominante em um Estado, na medida em que dominava os espaços de poder, definia o formato social em todos os aspectos, o que gerava a exclusão de outros povos e culturas que não tinham na forma estatal correspondência com suas relações e estruturas sociais.

Assim, a plurinacionalidade resgata e reconhece outras formas de organização evidenciando no próprio Estado, em que pese ainda a manutenção do modelo colonial e moderno, mas abrindo espaços graduais para ampliação do poder político aos membros de outros povos e culturas. Assim, visualizamos uma estrutura plural estatal e não estatal em um mesmo país onde se aponta para um novo marco nas relações sociais em que se redefine o conceito de Estado para receber todas as expressões existentes, passando este Estado a constituir, para além de um conjunto de instituições que se concretizam em normas e órgãos de administração. Inclui também o conjunto de relações sociais que conformam este mesmo país e, portanto, também o integram e o identificam. Eis o Estado Plurinacional.

Quais elementos e conexões se extraem no Estado Plurinacional

diante do cenário de globalização? Que componentes do colonialismo ainda se mantêm e são combatidos na idéia plurinacional? Como se fundamentam os direitos humanos na proposta da plurinacionalidade? Estas são as questões que direcionam este trabalho.

## **2. Do Colonialismo ao Estado Moderno: percurso do Estado Plurinacional**

Como advertido, a plurinacionalidade não é tema atual por estar em evidência ante aos movimentos na América Latina, mas remonta o itinerário histórico de conformação do Estado. Neste sentido, Boaventura Souza SANTOS, Luiz TÁPIA e José Luiz QUADROS já discutem e distinguem Estados Plurinacionais verificados na Espanha, Canadá, Suíça, Bélgica, Índia, África e outros, sobretudo a partir de processos distintos de formação de um Estado Nacional a partir de movimentos diversos. Sem embargo da importância de processos nestes países, pela distinção de tais processos, convém alinhar a discussão para remontar, brevemente, o processo histórico de colonização característico da América Latina.

Evidentemente, o Estado Plurinacional evidencia-se, sobretudo no Equador e na Bolívia<sup>1</sup>. Mas em ampliação nos demais países localizados nos região dos Andes, a partir da instalação da constituinte e com a promulgação das respectivas Constituições nacionais em 2008 e 2009. Contudo, há todo um percurso cultural, social e político que fundamentou as condições para que se desencadeasse o processo de plurinacionalidade, cabe dizer, um processo dialético de construção e reconstrução. Do mesmo modo, não implica dizer que as nações também surgiram em ato contínuo ao processo constitucional, posto que o processo europeu de colonização extirpou muitas nações indígenas, mas mesmo assim, e apesar da violência uniformizadora e hegemônica do Estado Nacional (Moderno), tais nações ainda se mantiveram.

Na América Latina tivemos a independência dos países não como conquista dos povos originários, mas por concessões políticas, acordos feitos por descendentes dos colonizadores. Em certa medida, a independência nestes países não foi *descolonizadora*<sup>2</sup> e é preciso romper com a tradição do colonialismo que ainda perdura nestes dias em outras roupagens, como no racismo, nos obstáculos étnicos, na globalização

---

1 Bolívia teve referendada sua Constituição em 2009 e o Equador aprovou em 2008 a Constituição nacional, momentos em que o processo de plurinacionalidade aprofundou institucionalmente e reforçou o tema em todos os setores sociais nestes países.

2 SANTOS B. S. "Descolonização" da América Latina exige reconhecimento dos direitos dos indígenas. Disponível em <http://www.socialismo.org.br/portal/identidades-racismo/203-artigo>). Acesso em 30 de outubro de 2010. 20:30.

hegemônica e excludente (neoliberalismo).

A proposta da plurinacionalidade, então, passa por desconstruções colonialistas, como por exemplo, na retórica de que o progresso e a tecnologia trazem o desenvolvimento econômico de um país. Este dito desenvolvimento, a qualquer custo, contribui para o esfacelamento comunitário criando polarizações impertinentes dos que são contra ou a favor do desenvolvimento, o que gera segmentação e facilita o discurso de Estado Nacional, sendo este representado pela hegemonia de um sistema econômico de base capitalista, com características de uniformização, normalização, garantista do Direito de Propriedade e do Direito de Família<sup>3</sup>.

Explicando a conformação do Estado Nacional, o que também denomina Estado moderno, José Luiz QUADROS informa que as distinções dos processos ocorrentes na Europa e na América Latina explica que estes Estados foram construídos por elites militares e econômicas, forjados por processos de lutas por independência, mas não tendo pressupostos de unidade ou integração da população. A igualdade entre os habitantes e o pertencimento como nacionais de um país foi até mesmo evitada, como se viu com o extermínio de indígenas. De outro lado, na Europa, o movimento iniciou-se por força do poder da Igreja e dos Reis, mas ainda em uma perspectiva de construção de uma identidade nacional, o que foi feito na dimensão religiosa imposta pelos Estados, como também pela língua comum, mas que garantisse o enquadramento de toda a população.

Perspectivas diferentes postas, a construção do Estado Nacional se deu a partir da imposição de valores comuns que poderiam firmar como elo, espontâneo ou não, mas que reconhecesse no Estado, o poder vinculador de todos os grupos sociais identificados naquele território.

A formação do Estado Moderno está, portanto, intimamente relacionado com a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites. O Estado Moderno nasce da intolerância com o diferente, e dependia de políticas de intolerância para sua afirmação. Até hoje assistimos o fundamental papel da religião nos conflitos internacionais, a intolerância com o diferente<sup>4</sup>.

---

3 QUADROS J. L. "O Estado Plurinacional na América Latina" Revista Jus Vigilantibus. 30 de março de 2009. Espírito Santo. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/38959>. Acesso em 25 de novembro de 2010. 15:00.

4 Ibid.



Desse modo, o Estado Plurinacional não somente comporta novo paradigma ao modelo de Estado Nacional, mas reafirma a nacionalidade como condição para a unidade na medida em que insere toda diversidade de nações, inclusive evidenciando a premissa de que *a unidade não tem porque ser homogênea e tampouco a diversidade tem que significar desintegração*<sup>5</sup>.

Seguindo um itinerário histórico no contexto boliviano, Álvaro Garcia LINERA discorre sobre uma definição de Estado para então situar o Estado Plurinacional. Para o autor, antes da deflagração do processo constituinte que deu origem a nova Constituição da Bolívia havia a previsão de *sociedade pluricultural*, porém, não se equivalia ao Estado Plurinacional. A distinção básica nisso, e o que inova a atual Constituição, é o fato de que no Estado concentra-se e monopoliza-se o poder político, sobretudo para tomada de decisões. Ainda, é o Estado a arena de representação geral de uma sociedade e, posto que esta sociedade, em grande medida, é dividida e seccionada em classes, em regiões, idiomas, gênero, cabe o desafio ao Estado, de converter *divisão em unidade*.

“La construcción del yo colectivo solamente puede darse en el momento en que una de las partes, de las clases sociales o bloque de clases sociales, de las identidades culturales o bloque de identidades, tenga la capacidad de incorporar en su visión de mundo los intereses y las necesidades parciales o totales del resto de la sociedad, en eso radica el tránsito de una sociedad dividida al Estado como representación de la unidad”<sup>6</sup>.

A partir deste cenário teórico traçado, o autor justifica a construção histórica que conduziu o processo na Bolívia, remontando o Estado Nacionalista, o Estado Neoliberal, até chegar ao Estado Plurinacional.

“En el caso de Bolivia, el Estado de la Revolución de 1952 no construyó la burguesía productiva y progresista del país, esta era y sigue siendo diminuta. Le toco a la pequeña burguesía [...] En el caso de la Revolución de 1952, en su vertiente democrática del período 1952

---

5 SANTOS B. S. “Descolonização” da América Latina exige reconhecimento dos direitos dos indígenas.” Disponível em: <http://www.socialismo.org.br/portal/identidades-racismo/203-artigo>. Acesso em 30 outubro de 2010. 20:30.

6 LINERA Álvaro Garcia. Discursos e Ponencias del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolívia. IV Seminario Taller “La Nueva Bolívia”. La Paz, 10 de marzo de 2009, p. 8. A construção do ‘eu coletivo’ somente pode se dá no momento em que uma das partes, das classes sociais ou bloco de classes sociais, das identidades culturais ou bloco de identidades, tenha a capacidade de incorporar em sua visão de mundo os interesses e as necessidades parciais ou totais do resto da sociedade, nisso radica o trânsito de uma sociedade dividida ao Estado como representação da unidade. (tradução nossa)



a 1974 o en su vertiente autoritaria, de 1974 a 1981, hubo un mismo núcleo, un setor intermedio de clase media, civil o militar, que asumió la habilidad de articular a sectores campesinos, obreros y parte del empresariado local, para construir un Estado, el llamado Estado nacionalista revolucionario. [...] pero cuando comenzó a desprender el tutelaje hacia el movimiento campesino, su discurso hizo aguas al interior de este movimiento y económicamente se desplomó, resultado insostenible. [...] Se derrumbó el Estado nacionalista y surgió otro: el Estado neoliberal. Le toco [...] a una colectividad vinculada a las exportaciones y al capital externo, comenzar a construir liderazgo, articular – represiva y conservadoramente – a la sociedad, en torno a un nuevo yo colectivo neoliberal, globalizado, que le hemos llamado Estado neoliberal, con otras ideas, otro núcleo articulador de la sociedad y otro tipo de institucionalidad.[...] las personas vinculadas a las grandes transnacionales y a los organismos de apoyo internacional como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y a las universidades de Harvard o Chicago, que diseñaron el núcleo articulador discursivo del Estado Neoliberal. [...] Se empieza a construir este Estado neoliberal en 1986 y en 2000 entra en crisis, comienza a resquebrajarse. [...] Del derrumbe del neoliberalismo emerge otro proyecto societal y estatal, que es el que estamos construyendo ahora”<sup>7</sup>.

Neste percurso projeta-se o Estado Plurinacional que opera um tipo de plurinacionalidade pautada, basicamente, em três (3) eixos transversais, que conformam um novo desenho. O primeiro eixo é a institucionalidade, ou o desenho institucional do Estado, que também é um espectro de forças e, assim, precisa haver a devida correlação

---

7 LINERA Álvaro García. Discursos e Ponencias del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia. IV Seminario Taller “La Nueva Bolivia”. La Paz, 10 de marzo de 2009, p. 9-10. No caso da Bolívia, o Estado da Revolução de 1952 não foi construída pela burguesia produtiva e progressista do país, esta foi e segue sendo pequena. Coube isso à pequena burguesia. [...] No caso da Revolução de 1952, em sua vertente democrática do período de 1952 a 1974, ou em sua vertente autoritária, de 1974 a 1981, houve um mesmo núcleo, um setor intermediário da classe média, civil ou militar, que assumiu a tarefa de articular camponeses, trabalhadores e parte do empresariado local, para construir um estado, o chamado Estado Nacionalista Revolucionário. [...] mas quando começou a se soltar a tutela do movimento camponês, seu discurso se fez como água no interior deste movimento e economicamente entrou em colapso, tornado-se insustentável. [...] O Estado Nacionalista se desintegrou e surgiu outro: O Estado Neoliberal. [...] A este coube uma coletividade ligada às exportações e ao capital externo para começar a construir a liderança, articulando – repressiva e conservadoramente – a sociedade em torno de um novo eu coletivo neoliberal, globalizado, que temos chamado de Estado Neoliberal. Com outras ideias, outro núcleo articulador da sociedade e outra institucionalidade. [...] As pessoas articuladas às grandes transnacionais, e aos organismos de apoio internacional como o Banco Mundial, ao Fundo Monetário Internacional e às Universidades de Harvard ou Chicago, foram quem desenharam o núcleo articulado discursivo do Estado Neoliberal. [...] Começa-se a se construir este Estado Neoliberal em 1986 e em 2000 entra em crise, começa a se desmoronar. [...] Do colapso do neoliberalismo emerge outro projeto societário e estatal, que é o que estamos construindo agora. (tradução nossa)

de tais forças para redimensionar o poder na operação das normas, procedimentos, leis, memória, acordos, enfim, toda a burocracia característica. Outro eixo seria o arcabouço teórico, melhor dizendo, as idéias, discursos e símbolos que se verificam no Estado conforme seu fundamento e sua construção, o que é direcionado pelas idéias-forças que lideram e conduzem os processos decisórios no Estado. O terceiro eixo seria a própria correlação de forças, que sustenta os demais eixos na medida em que procura conformar nas estruturas e instituições do Estado, as representações, estruturas e instituições de toda a sociedade.

Ao mesmo tempo em que se aponta para o futuro no sentido de alterar instituições para alinhar o Estado ao espelho da sociedade plural e diversa, também é desafio, durante o percurso, atuar na desconstrução de outras instituições que impediam e impedem o desenvolvimento do Estado Plurinacional. Embora tenha como dado histórico a superação do Estado neoliberal, há componentes deste modelo que ainda perduram e que afetam o modelo plurinacional de modo que nos permite concordar com Luiz TÁPIA quando diz que o Estado Plurinacional, em processo de transição, é uma possibilidade de recomposição que implica enfrentar seriamente uma reforma das condições de *não correspondência* entre Estado e multiculturalidade<sup>8</sup>.

Com isso, a transição para promover a correspondência no Estado das diversas culturas (plurais), afetadas ainda por uma idéia neoliberal de globalização, pautada na individualidade, nas relações mercantis, a pretexto de modernas, passa pela construção da unidade plurinacional.

Vemos que as experiências da plurinacionalidade na Bolívia e Equador apontam para o Estado como sujeito, e ao mesmo tempo, objeto das mudanças necessárias para novas construções.

De todo modo, ainda ficam questões sobre as relações de poder e os riscos de uma nova hegemonia no Estado, o que caminha, em certa medida, contra a plurinacionalidade, a qual preza pela convivência do diverso nos mesmo espaços de poder e decisão, em atuação democrática, dialógica e dialética.

Há quem defenda que, mesmo se dando no seio das estruturas e institucionalidades do Estado como antes concebido, a alternativa é atuar sobre este mesmo Estado, adequando-o ao novo cenário espelhado, ou seja, que o Estado passe a refletir toda a multiculturalidade vista na sociedade. Com isso, visualizamos uma ruptura no Estado, e não

---

8 TAPIA L. 2007. "Uma reflexión sobre la idea de Estado plurinacional" em OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, N° 22, setiembre, p. 52.

somente uma mudança ou avanço paradigmático do Estado. Não se propõe acabar ou negar o Estado, mas ajustá-lo ao real.

Esta demás decirlo, que el Estado plurinacional no es un Estado nación y, no está demás decir, que el Estado plurinacional ya no es un Estado, en el pleno sentido de la palabra, pues el acontecimiento plural desbroza el carácter unitario del Estado. El Estado ya no es la síntesis política de la sociedad, tampoco es ya comprensible la separación entre Estado, sociedad política, y sociedad civil, pues el ámbito de funciones que corresponden al campo estatal es absorbida por las prácticas y formas de organización sociales. El Estado plurinacional se abre a las múltiples formas del ejercicio práctico de la política, efectuada por parte de las multitudes. Hablamos de un Estado plural institucional, que corresponden a la condición multisocietal. Se trata de mapas institucionales inscritos en múltiples ordenamientos territoriales; por lo menos cuatro: territorialidades indígenas, geografías locales, geografías regionales y cartografías nacionales. La emergencia de lo plural y lo múltiple desgarran el viejo mapa institucional, no permite la expropiación institucional, la unificación de lo diverso, la homogeneidad de la diferencia; se abre más bien al juego de la combinatoria de distintas formas de organización, al juego en red y de entramados flexibles. Hablamos de matrices organizacionales y de estructuración abiertas a la contingencia. Se vive entonces la política como desmesura<sup>9</sup>.

Então, a plurinacionalidade equivale ao elemento de alteração e apropriação do Estado, no próprio Estado, marcando nova combinação de forças e arranjos institucionais equivalentes à diversidade social. Lançam-se, então, novos desafios para a reconfiguração do Estado Plurinacional.

---

<sup>9</sup> ALCOREZA Raúl Prada. Umbral y horizontes de la descolonización. In: El Estado. Campo de lucha. Linera, A. G., Prada, R., Tapia, L., Camacho, O. V. La Paz, Bolívia. Muela del Diablo Editores. 2010. p. 88. Descabido será dizer, que o Estado plurinacional não é um Estado-nação, e não é demais dizer, que o Estado plurinacional não é mais um Estado no sentido pleno da palavra, porque o evento plural remove o carácter unitário do Estado. O Estado já não é a síntese política da sociedade, muito menos é compreensível e separação do Estado, a sociedade política e a sociedade civil, pois o âmbito das funções que correspondem ao campo estatal é absorvida pelas práticas e formas de organização social. O Estado plurinacional é aberto a múltiplas formas de exercício prático da política, realizada através das multidões. Falamos de um Estado plural institucional, que correspondem à condição multisocietária. Trata-se de mapas institucionais inscritos em diversos ordenamentos territoriais; pelo menos quatro: territorialidades indígenas, geografías locais, regionais e mapas de geografia nacional. O surgimento do plural e o múltiplo altera o mapa institucional, não permite a expropriação das instituições, a unificação dos diversos, a homogeneização da diferença; abre-se mais ao jogo da combinação de diferentes formas de organização, o jogo de rede e estruturas flexíveis. Falamos de matrizes organizacionais e de estrutura s abertas à contingência. Vivemos então a política como extremo.

### 3. Multiculturalidade e Globalização: desafios à plurinacionalidade

Um dos principais componentes da plurinacionalidade, senão o ponto de partida, é a questão que envolve a cultura, ou a diversidade cultural. No seio do Estado, embora se tenha verificado que o processo histórico em muitos países reconheceu a sociedade diversa e a existência de culturas diferentes, isso traz um novo contexto, que não apenas reconheça a diversidade cultural, mas trate esta diversidade como propulsão no processo plurinacional para recompor ou fundar o Estado que corresponda à multiculturalidade vista na sociedade.

Como dito, a desconstrução de um Estado neoliberal passa pela ruptura também nas identidades das pessoas que compõem a sociedade. Podemos dizer que há um grau de uniformização que repercute no cotidiano de toda a sociedade e constrói subjetividades. O neoliberalismo tem na globalização a principal ferramenta de construção de subjetividades e, desse modo, há um processo de “pausterização cultural”, ou seja, a idéia é de que mesmo havendo o reconhecimento de culturas diferentes estas culturas sejam absorvidas a um imperativo inescusável e artificial o qual dilua a diversidade em um único modelo (supra cultural) uniformizador da sociedade, no caso, com premissas do liberalismo econômico.

A globalização, como sabemos, é uma ferramenta de manutenção do modelo uniformizador do Estado na medida em que relativiza e despreza a soberania entre os estados, sobretudo pela indiferença com que trata as fronteiras territoriais (e também culturais), tudo a pretexto de uma inafastável *supranacionalidade*<sup>10</sup>, sempre utilizada como imperativo aos Estados para o desenvolvimento econômico e social.

Este argumento também condiciona os sujeitos e altera seus processos culturais fazendo crer que *o outro* é o correto, o avançado e o melhor; argumento este que busca impedir o direito à diferença e ainda impede que se veja que é justamente com o reconhecimento das diferenças que se alcança a unidade.

Há uma falsa premissa de que a unidade se faz com a uniformi-

---

<sup>10</sup> Supranacionalidade não é o mesmo que plurinacionalidade. Nossa compreensão sobre supranacionalidade se centra no enfrentamento da questão de que este conceito foi usado para descaracterizar a diversidade cultural e ampliar a hegemonia de um modelo que negava a cultura a pretexto de que não haveria barreiras impostas pelas fronteiras, ao mesmo tempo em que reconhecia apenas a esfera estatal, desconhecendo outros agentes legítimos além do Estado. A plurinacionalidade não nega o Estado, ao passo que também não coaduna com a negação de outras formas de organização que não exclusivas no Estado.

zação, mas unidade é diferente de uniformização. A globalização é mostra de que a padronização (técnica) provocou uma uniformização sem a verdadeira unidade, posto que a cultura não mais se encontra em um lugar, mas em um determinado momento (temporal). Enfim, a globalização econômica e material não leva à união pacífica da humanidade como se nos quis fazer acreditar, mas, antes, a uma uniformização perigosa.

A politização das diferenças culturais, e a busca de hegemonia por alguma determinada identidade, por um lado, tem gerado tendências fundamentalistas e radicais, gerando inclusive conflitos armados. Por outro lado, em perspectiva, faz constatar que tal hegemonia e liberalismo econômico mundial já não se sustentam desconsiderando a cultura, religião, enfim a história de cada país. Inexorável avaliar que os movimentos *reformistas* não consideram estas características histórico-culturais, mas apenas se centram em uma dimensão, qual seja econômica, dissociada das outras temáticas intransponíveis. Como conclui Constantin VON BARLOEWEN, que *em vez de mudanças nas estruturas do sistema e consideração dos fatores culturais e religiosos, só se fizeram reformas de fachada*<sup>11</sup>.

A mudança proposta pela idéia da plurinacionalidade altera este equívoco posto que, no caso da Bolívia e Equador há mudanças institucionais e nas estruturas do Estado, como no Judiciário, no sistema eleitoral e representativo, dentre outras.

A tomada de consciência das diferenças culturais pode desencadear também na reivindicação de um diálogo intercultural como base de qualquer nova ordem política. Esta é uma conclusão essencial diante da constatação atual de que as identidades modernas tornam-se mais dissociadas e díspares, o que evidencia que esta modernidade ocidental imposta e a manipulação política do conceito de identidade desconsideram a cultura como diversidade e modos de vida.

Sempre houve um propósito de impedir a diversidade e impor a homogeneização, tanto no discurso nacionalista, que dizia não haver nações distintas, ou indígenas, mas somente bolivianos e mesmo no discurso neoliberal, de que a cultura é só folclore e ornamentação para o turismo. Como os modelos de desenvolvimento não são neutros, ao mesmo tempo podem impor determinada perspectiva, inclusive homogeneizante, padronizando e uniformizando as instituições (inclusi-

---

11 VON BARLOEWEN Constantin. "A Cultura do Realpolitik". Disponível em <http://diplomatieque.uol.com.br/acervo.php...> . 01 de novembro de 2001. Acesso em 02 de outubro de 2010. 14:30.

ve estatais) e as identidades culturais, destruindo outras identidades e ameaçando a diversidade cultural.

Contudo, a diversidade cultural representa uma força decisiva para o desenvolvimento, pois somente uma análise especializada do ambiente cultural pode assegurar o êxito de um projeto de desenvolvimento econômico. É dizer, que a história do pensamento reflete o sistema de valores de uma cultura que influi sobre o conjunto da sociedade, o que torna indispensável repensar a relação no universo múltiplo das culturas.

Nesse contexto, é imprescindível conectar e atualizar o tema da diversidade cultural com os desafios postos a toda sociedade, especialmente, para introduzir de vez a multiculturalidade com componente fundamental para uma universalização heterogênea, ou seja, que introduza em todas as esferas sociais, inclusive o Estado, em todas as instituições orgânicas e simbólicas, como pressupõe a plurinacionalidade.

Vamos entender esta nova construção jurídica capaz de romper com a hegemonia européia que começa a chegar ao fim. Para isto procuramos conhecer o estado plurinacional como um modelo de ordem jurídica plural, diversa, democrática e tolerante, que seja capaz de criar espaços de diálogo permanente, onde as partes envolvidas possam comparecer em condições de igualdade de fala, sem se submeterem a pseudo-imperativos valorativos construídos por qualquer cultura, e, desta forma, possam efetivamente estabelecer uma agenda mundial de direitos que possam ser universalizados<sup>12</sup>.

É preciso resgatar a diversidade cultural contida para se avançar na democracia rompendo com o modelo hegemônico europeu que obsta a diversidade e impõe um modelo diverso da realidade, as tradições, da cultura e dos modos de vida de cada país.

Immanuel WELLERSTEIN, em certa medida, aponta um confronto atual e inevitável entre o universalismo universal e universalismo europeu, o que entendemos como esta visão hegemônica do modelo europeu que entende o *sistema-mundo* que se apóia na retórica de superioridade ocidental, evidenciando um universalismo parcial e distorcido pelas potências dominantes. Para ele, o universalismo universal representa o apoio aos perseguidos e oprimidos e ainda a busca por um universalismo coletivo, combatendo o que se chama “orientalismo”, que

---

12 QUADROS J. L. “O Estado Plurinacional na América Latina”. Revista Jus Vigilantibus. 30 de março de 2009. Espírito Santo. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/38959>. Acesso em 25 de novembro de 2010. 15:00.

representa a *essencialização* das características particulares dos “outros” nos moldes civilizacionais, o que aponta para a relação entre o poder dominador e a retórica que justifica esta dominação pela imposição de valores<sup>13</sup>.

Neste sentido, é evidente que o não reconhecimento da plurinacionalidade, por todo este período histórico, constitui-se como modo de manter este falso universalismo que reafirma uma pretensa superioridade dos países do eixo ocidental que se coloca por meio de construções estereotipadas e generalizações que coloca o “outro” sempre como atrasado. Nessa medida, a dominação e a vigência de uma uniformização e homogeneidade impedem a autodeterminação de outras nações, sob vários imperativos que trazem a idéia dominante, fazendo crer que atual e avançando é o complexo, o científico, logo, o europeu.

O direito dos indivíduos a uma identidade cultural diferenciada representa um conteúdo fundamental para construção de novas bases universais para consolidação de direitos, a partir do reconhecimento da igualdade que tem como fundamento as diferenças e a diversidade.

É preciso ter em mente os problemas trazidos pela globalização ao fixar alto grau de concentração dos meios de produção e de difusão, o que ameaça esse direito à diferença cultural, traz consigo um outro elemento que exige mudanças ou desconstruções da monoculturalidade europeia.

Um dado importante analisado por Boaventura Sousa SANTOS é sobre a distância entre a teoria política e a prática política sendo que uma das razões é que toda teoria política é monocultural e tem como marco histórico a cultura europeia que se adaptam mal ou não reconhecem outras culturas não ocidentais, sobretudo indígenas. Fazendo apologia para as mudanças necessárias à realidade, o autor aponta que a criatividade destrutiva do capitalismo é tão grande que destrói a ecologia e as relações sociais e, portanto, precisa ser transformada. Essa transformação passa, de um lado, por tomar o poder e transformar o Estado moderno e, de outro lado, proceder a mudança civilizacional, as quais se operam como um dos eixos do Estado Plurinacional que é todo arcabouço teórico, que inclui a teoria política adequada para transformar tal realidade<sup>14</sup>.

---

13 WELLERSTEIN I. *Universalismo Europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. Ed. Boitempo. São Paulo: 2007.

14 SANTOS B. S. “La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, n.º 22, septiembre 2007, p. 26. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>. Acesso em 01 de novembro de 2010. 13:30.



Portanto, nos desafios para superações propostas pela plurinacionalidade, necessariamente há a dimensão cultural nas transformações a serem operadas. Um ponto de partida essencial diz respeito à ruptura com o chamado universalismo (eurocêntrico) que impede a evidência multicultural e as relações interculturais, as quais conservam a diversidade cultural e, desse modo, avançam na universalidade dos direitos na medida em que as lutas pela igualdade passam pelo reconhecimento da diferença. Universalismo combina com diversidade, heterogeneidade e não combina com uniformização.

As desconexões operadas pelo neoliberalismo, pela sua principal estratégia colonialista que é a globalização, separam economia de cultura, o que repercute nas instituições, representações e identidades sociais. Reduzem a cultura ou às expressões folclóricas e atrações turísticas (viés econômico) ou algo primitivo e superado que impede o desenvolvimento econômico-social posto que um Estado é único e deve haver única cultura.

A diversidade do mundo é a diversidade cultural. *“Pero, lo que es nuevo en nuestro tiempo, a inicios del siglo XXI, es que lo cultural también es económico y político. Por eso nos enfrenta a cuestiones como la de la refundación del Estado y de la democracia”*<sup>15</sup>.

Portanto, também a globalização que segmenta o tecido cultural que compõe a sociedade, e logo, funda o Estado, requer enfrentamento e, na perspectiva da plurinacionalidade, deve ser reordenada.

No Estado Plurinacional a globalização se enquadra como uma ferramenta de conexão, e não o contrário, em que os componentes culturais, sociais, políticos e econômicos, necessariamente, integram e refletem a diversidade que conforma o Estado. É dizer que na esfera de decisões todos estes componentes, posto que refletem a sociedade plural, são equivalentes e se conectam com igual dimensão axiológica, repercutindo ainda como parâmetro em um novo Estado.

Refundar este novo Estado, com parâmetros democráticos efetivos que reflitam a diversidade cultural, que deve moldar e se fazer espelho nas instituições estatais, é o desafio do Estado Plurinacional. Nesta perspectiva de refundação do Estado, que nem sempre é democrático, os direitos humanos se inserem como componente que ilustra a diversidade

---

15 SANTOS Boaventura de Sousa. “La reinención del Estado y el Estado Plurinacional” en OSAL (Buenos Aires: CLACSO) Año VIII, n.º 22, septiembre 2007, p. 28. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>. “Mas, o que é novo em nosso tempo, neste início de século XXI, é que o cultural também é econômico e político. Por isso nos colocam questões como a refundação do Estado e da democracia”. (tradução nossa).



e as bases essenciais que devem se fazer presentes como princípios em todas as dimensões que se exigem Estado contemporâneo.

#### **4. Constitucionalismo Plurinacional, Democracia e Direitos Humanos**

É inquestionável que o Estado, em toda sua conformação histórica e social procurou garantir direitos e, como em sua estrutura se ordenavam as forças dominantes, de modo geral, as instituições no Estado também conformavam os desejos e interesses de quem o controlavam. Neste sentido, a constitucionalização dos direitos seguiu este itinerário, o que se torna evidente em uma análise crítica do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Em quaisquer destes modelos, o que se evidencia é busca de proteção e segurança, por parte de determinados segmentos e setores da sociedade, contra outros setores ou segmentos, especialmente para garantir as condições vigentes, em geral benéficas, mas desiguais, e de modo mais incisivo, com a segurança jurídica dada pelas constituições.

Em grande medida, nestes países (Bolívia e Equador) em que a plurinacionalidade se organiza no interior das estruturas e demais instituições do Estado, ou seja, um Estado Plurinacional, há uma evidente orientação em garantir no Estado, e não fora dele, todas as mudanças que se exigem com esta nova construção. Daí a consignação de todas as bases a partir da Constituição nacional.

Contudo, como bem observa José Luiz QUADROS, as medidas operadas nas constituições, por si só, não se garantem como democráticas. É dizer, constituição não é sinônimo de democracia, pois a dinâmica social implica em transformações históricas e periódicas, um certo paradoxo com a constitucionalização que prega a estabilidade, permanência. A democracia se sustenta pela pretensão de movimento e a constituição, em certa medida, pela pretensão de permanência, embora se coloque a interpretação como instrumento para promover a adequação entre a dinâmica social e a constitucionalização.

Neste processo, os direitos fundamentais se colocam como o cerne de toda e qualquer constituição, o que se vê em quaisquer contextos de Estado (Liberal, Social, Democrático de Direito), posto que os direitos fundamentais devem ser protegidos contra violações, inclusive assegurando proteção constitucional, de modo a se ter a “democracia com segurança”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> QUADROS J. L. “O Estado Plurinacional na América Latina”. Revista Jus Vigilantibus. 30 de março de 2009. Espírito Santo. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/38959>. Acesso

Portanto, convém melhor articulação do que se opera no Estado Plurinacional que se processa a partir de um novo marco constitucional, pautado em uma concepção ampliada de democracia, que é a *democracia comunitária*, e que potencializa a proteção dos direitos humanos como fundamento e princípio orientador em toda a constituição.

Agustín GRIJALVA pontua que o constitucionalismo plurinacional dever ser fundado em relações igualitárias que redefinam e reinterpretam os direitos constitucionais e reestremem a institucionalidade proveniente do Estado Nacional, complementado, deve ser um sistema de foros de deliberação intercultural autenticamente democrática.

Criticando as limitações evidenciadas nos modelos de constitucionalistas anteriores a plurinacionalidade, este autor argumenta que o Estado Plurinacional e, logo, o constitucionalismo plurinacional deve ser *dialógico, concretizante e garantista*.

Dialógico considerando que todo aparato estatal e suas instituições, incluindo o Parlamento e o Judiciário devem se converter em verdadeiros foros interculturais, fundamento e expressão institucional de uma unidade real de país, configurando-se em como arena de comunicação e deliberação permanente que inclua a diferença do outro, inclusive a defesa dos direitos humanos. Concretizante, em certa medida mediador cultural, pois deve buscar soluções específicas e consistentes para situações individuais e complexas, soluções estas passíveis de aplicação em casos semelhantes. De todo modo, interesse mais o processamento que deve se pautar em procedimentos e interpretação constitucional intercultural e interdisciplinar, com articulação dialógico com outros saberes e incluindo, invariavelmente, o saber dos envolvidos nas situações. Por fim, deve o constitucionalismo plurinacional ser garantista.

[...] porque estas soluciones que surgen de la deliberación en torno a problemas y soluciones concretas deben tener por marco la comprensión y vigencia intercultural de los valores constitucionales institucionalizados en derechos humanos. Los derechos constitucionales, en consecuencia, no pueden entenderse sino como inherentemente complementarios y de igual jerarquía. Derechos constitucionales como los de identidad individual y libre desarrollo de la personalidad, religión, conciencia o expresión adquieren una nueva dimensión puesto que incluso los individuos no pueden ejercer tales derechos sino en relación al derecho a la cultura propia, que opera como su condición previa<sup>17</sup>.

---

em 25 de novembro de 2010. 15:00.

17 GRIJALVA Agustín. "El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución

É dizer ainda, que tais direitos não são absolutos, sobretudo quando desconsideram os núcleos essenciais interculturalmente definidos dos outros direitos constitucionais. Desse modo, os direitos humanos se compõem do direito à identidade e diferença cultural que vão se definindo no Estado Plurinacional.

Nesta conexão é importante uma análise crítica que retrate como os direitos humanos têm sido incorporados por muitos Estados na modernidade. Evidentemente, não podemos negar que a pretexto de proteção, garantia e até mesmo instauração dos direitos humanos, a história nos tem mostrado muitas violações de direitos humanos, por vezes, sustentadas na intransigência com a diferença cultural, isto é, no não processamento intercultural que reconhece a identidade e diferença como fundamento dos direitos humanos. Portanto, estranho paradoxo não de garantia dos direitos humanos, mas, ao revés, da sua violação.

Más en general, parece que la modernidad occidental sólo puede expandirse globalmente en la medida en que viola todos los principios sobre los cuales históricamente se ha fundamentado la legitimidad del paradigma regulación/emancipación a este lado de la línea. Los derechos humanos son así violados con objeto de ser defendidos, la democracia es destruida para salvaguardar la democracia, la vida es eliminada para preservar la vida. Líneas abismales están siendo trazadas en un sentido literal y metafórico. En el sentido literal, éstas son las líneas que definen las fronteras como cercas y campos de asesinato, que dividen las ciudades entre zonas civilizadas (más y más, comunidades bloqueadas) y zonas salvajes, y las prisiones entre lugares de confinamiento legal y lugares de destrucción brutal e ilegal de la vida<sup>18</sup>.

Assim, em todo Estado, em toda Constituição, os direitos humanos, além de estarem prescritos, precisam estar introjetados nas suas dimensões essenciais na população e em todas as instituições vigentes, principalmente, delineados por uma metódica de direitos

---

Ecuatoriana del 2008". Revista Especializada en Ciencias Sociales Ecuador Debate. Centro Andino de Acción Popular. Quito-Ecuador. Dezembro 2008, p. 51. Porque as soluções que surgem da deliberação em torno aos problemas e soluções concretas devem ter por marco a compreensão e vigência intercultural dos valores constitucionais institucionalizados em direitos humanos. Os direitos constitucionais, em consequência, não podem ser entendidos senão como inerentemente complementares e de igual hierarquia. Direitos constitucionais como os de identidade individual e livre desenvolvimento da personalidade, religião, consciência ou expressão adquirem uma nova dimensão posto que inclui que os indivíduos não podem exercer tais direitos senão ao direito a uma cultura própria que opera como sua condição prévia. (tradução nossa)

18 SANTOS B. S. "Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes". In: Pluralismo Epistemológico. CLACSO. La Paz, Bolívia. Muela del Diablo Editores. 2009, p. 44.

constitucionais fundamentais, evitando possíveis apropriações inadequadas ou não reflexivas da plurinacionalidade.

Na Bolívia, verificando os textos anteriores a Constituição Política de 2009, como a Constituição de 1967, reformada em 2004 e 2005, há evidente ampliação dos direitos fundamentais, praticamente retratando a Declaração Universal de Direitos Humanos e os Pactos decorrentes, além de outros tratados de direitos humanos e direito comunitário, alinhando o texto constitucional atual que tem um *Bloco de Constitucionalidade*.

Ainda, para além da ampliação do catálogo de direitos na Constituição de 2009, há uma nova concepção e um redesenho que articula todos os direitos de modo integral e assumidos pelo Estado. Isso nunca ocorreu na Bolívia. Vários capítulos elencam os *Direitos Fundamentais e Garantias*.

Artículo 13. I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

IV Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia<sup>19</sup>.

---

19 BOLÍVIA. Nueva Constitución Política Nacional. La Paz. Asamblea Nacional Constituyente. Octubre de 2008 . Disponível em <http://www.presidencia.gov.bo/download/constitucion.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2010. 19:00. “Artigo 13. I . Os direitos reconhecidos por esta Constituição são invioláveis, universais, interdependentes, indivisíveis e progressivos. O Estado tem o dever de promovê-los, protegê-los e respeitá-los. II. Os direitos que proclama esta Constituição não serão entendidos como negação de outros direitos não enunciados. III. A classificação dos direitos estabelecidos nesta Constituição não determina hierarquia alguma nem superioridade de alguns direitos sobre outros. IV. Os tratados e convênios ratificados pela Assembléia Legislativa Plurinacional, que reconhecem os direitos humanos e que proibem sua limitação nos Estados de Exceção prevalecem na ordem interna. Os direitos e deveres consagrados nesta Constituição serão interpretados conforme os

Além disso, outras disposições constitucionais versam expressamente sobre direitos humanos, sendo este um fundamental componente constitucional na planificação do Estado Plurinacional. O artigo 14, que trata dos direitos fundamentais e garantias reforça a recepção e validade dos tratados internacionais de direitos humanos; o artigo 20 elenca o direito a água e tratamento de esgoto como direitos humanos; o artigo 79 trata de educação e atribui aos direitos humanos o principal componente para se trabalhar a diversidade cultural, lingüística e que deve ser observada no sistema educacional do país. Nos artigos 199 há como critério para nomeações de magistrados para integrar o Tribunal Constitucional Plurinacional, o conhecimento e experiência em direitos humanos; o mesmo se exige da Defensoria Pública que deve se pautar pela proteção e promoção dos direitos humanos, inclusive submetendo ao controle da população relatórios periódicos que demonstrem a situação dos direitos humanos no país. No artigo 255 reforça a forma de articulação internacional do país que deve primar pelos direitos humanos e, ainda, o artigo 410 traz os critérios e conteúdos principais em caso de reformas constitucionais e, os direitos humanos, integram o chamado bloco de constitucionalidade, ou seja, qualquer mudança constitucional deve ter como princípio a preservação e promoção dos direitos humanos.

O que podemos extrair disso é uma mudança de direção na consolidação dos direitos humanos nos textos constitucionais. Ou, um encontro no processo que convergiu para uma conformação a partir da realidade complexa verificada. A luta histórica pelos direitos e sua incorporação se deu em grande medida por concessões, acordos e negociações que incluíam direitos, de forma lenta, com conteúdos temáticos e esparsos, quase sempre como diretrizes e como ações programáticas por parte do Estado. O Estado permitia que aquilo que era pleiteado incorporasse em um modelo constitucional homogêneo dominante. Quando isso ocorria era porque não havia tanto reflexo para alterar o *status* vigente de determinado grupo que conduzia o Estado.

Por outro lado, com a plurinacionalidade, não como reconhecimento do Estado, mas como elemento que conforma este próprio Estado, implica o reconhecimento da diversidade cultural que nele se projeta, fazendo com que o Estado espelhe os componentes que o constitui, especialmente a população diversa, as culturas, o desenvolvimento histórico, social, econômico e político também diversos. Inverte-se, portanto, a referência: antes do Estado homogeneizador e hegemônico que procura igualar toda população desconsiderando a diversidade, agora, da população heterogênea, diversa e plural que necessita de um

---

Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados pela Bolívia”. (tradução nossa)

Estado que a reflita com toda complexidade e diferença, que são traços da constituição de sua identidade e não um elemento desagregador do Estado.

Em um Estado Plurinacional, portanto, os direitos humanos estão dispostos de modo a validar, no próprio texto constitucional, o que é um dado real na sociedade, em todas as suas dimensões. Busca-se a dinâmica que retrata a sociedade, que então se transforma constantemente em uma democracia, que não mais admite estagnações ou limitações jurídico-legais que formalizam os direitos em expedientes burocráticos, ao contrário, redimensiona o próprio Estado para que este reflita todas as expressões sociais existentes.

Neste sentido, os direitos humanos, em suas várias dimensões, orientam de maneira ampliada e mais adequada a igualdade jurídica e de sua compreensão como princípio, o que lhe garante a proteção jurídica enquanto direito fundamental. Neste sentido, Mario Lúcio Quintão SOARES, traçando uma metódica para compreensão dos direitos fundamentais conclui que os direitos humanos são todos os direitos inscritos constitucionalmente e, todos os direitos humanos devem estar previstos nas constituições, para gozarem da proteção jurisdicional, concretizando sua fundamentalidade<sup>20</sup>.

Avançando nesta concepção principiológica e pluridimensional dos direitos humanos, José Luiz QUADROS lança mão da compreensão dos direitos humanos, posto se compreendido enquanto direitos fundamentais, como alicerçados na igualdade jurídica necessária a todos os seres humanos e, tal *igualdade jurídica não fundamenta só os direitos individuais, mas a todos os direitos humanos*<sup>21</sup>.

Então, na perspectiva da plurinacionalidade, os direitos humanos se referem a própria identidade dos indivíduos e às identidades societárias que se verificam nas tradições, costumes, símbolos, representações. Com isso, a constitucionalização de todas as características destes indivíduos e nações, que se dá com direitos e deveres, trazem mais conteúdo do que o regramento no texto positivado. Quer dizer, portanto, como expresso na Constituição Boliviana, que os direitos humanos pautam, inclusive, quaisquer mudanças constitucionais supervenientes, como também se estendem para além do rol de direitos constantes no texto da constituição.

---

20 SOARES Mário Lúcio Quintão. Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias. 01. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. v. 01, p. 35.

21 QUADROS J. L. Direito Constitucional. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 90.

Além disso, a par da fundamentabilidade dos direitos humanos e sua proteção e garantia jurisdicional e ainda considerando sua ampliação temática que engloba o texto constitucional, mas todos os demais direitos concebidos na ordem interna e internacional, para reforço destes direitos humanos como concepção e princípio, temos que reforça a qualidade e amplitude dos direitos as suas dimensões intrínsecas, quais sejam: *histórica, filosófica, econômico-social, jurídico-política e cultural-antropológica*.

Na dimensão histórica, os direitos humanos trazem todo acúmulo das lutas, com avanços, entraves e retrocessos que forjaram toda a compreensão atual de direitos humanos. Mesmo incorporadas gradualmente e em períodos históricos distintos, os direitos humanos hoje se conformam de modo institucionalizado no Estado, na sociedade e em todas as instituições sociais.

A dimensão filosófica e ética dos direitos humanos serve como orientação nas práticas sociais em todos os espaços da sociedade repercutindo na cultura e modos de vida e no agir entre as pessoas.

Pela dimensão econômico-social são os direitos humanos a concretude exigida, formal e materialmente às pessoas, para reivindicarem e obterem o mínimo básico e essencial do Estado e da comunidade de modo geral, consubstanciando todas as condições sociais e materiais de toda a coletividade.

A dimensão jurídico-política dos direitos humanos é tida pela instrumentalização em mecanismos jurídicos e institucionais que demarcam direitos e deveres das pessoas, garantido a efetividade da prestação jurisdicional, além da compreensão como sujeitos de direitos em todas as esferas de poder e decisão.

Por fim, exteriorizada pelos padrões e modos de comportamento e relações afetivas, culturais, educacionais, enfim, todas as conexões de ordem subjetiva e relacionais, temos a dimensão cultural dos direitos humanos.

Neste sentido, a plurinacionalidade se estabelece nestas várias dimensões que integram a concepção dos direitos humanos, mais ainda pela diversidade e multiculturalidade característica.



## **5. Conclusão**

Procuramos intensificar a discussão sobre plurinacionalidade, especialmente pelos avanços verificados na Bolívia e no Equador que investiram em trazer todas as construções para o texto constitucional de seus países. Vê-se uma retomada das nacionalidades e multiculturalismos interrompidos por todo itinerário do Estado Moderno.

O Estado Plurinacional se conforma como resultante de um cenário mundial que exige a potencialização da diversidade e da pluralidade de culturas e modos de vida de modo a desconstruir a cultura da intolerância ao outro, ao diferente. Ser diferente é o melhor elemento para a modernidade.

Nestes países em que a plurinacionalidade se coloca como garantia de tal diversidade, também na dimensão jurídica e política, reordenando as constituições nacionais, evidencia-se um campo análises profícuo para reflexão das novas possibilidades, e também desafios, para um novo e refundado Estado.

Mostramos o desenho construído na Bolívia e as bases em que o Estado Plurinacional se estabeleceu, mostrando ainda que se trata de uma ponto de partida, com limites, entraves e avanços graduais, sobretudo pela inovação proposta. Também, vemos que não pode ser tal experiência colocada como a panacéia para todas as questões do Estado Moderno, mas destacamos a ousadia na proposta de um novo marco constitucional que procura aproximar a sociedade e Estado, espelhando-a na sua armação institucional e orgânico-administrativa.

Remontando todo este processo, fizemos uma reconstrução sintética do Estado na Bolívia para mostrar as especificidades que marcaram a plurinacionalidade, bem como refletir sobre isso não como um modelo a ser aplicado em outros países, ou como um paradigma a se colocar. Tratamos disso como uma ousadia empírica e como uma nova possibilidade epistemológica que lança mão de novas concepções e clivagens que podem contribuir para o Estado Contemporâneo.

Mostramos que a ruptura exige desconstruções também institucionalizadas como o colonialismo nas suas diversas formas e na pausterização que se pretende um modelo de Estado que não aceita ou reconhece a realidade social diversa, plural e heterogênea.

Evidenciamos as críticas e limites antecipados a esta proposta de plurinacionalidade pelo Estado, apresentando os argumentos, sobretudo,



trazendo os elementos culturais, antropológicos que se extraem do multiculturalismo e da diversidade, talvez os principais componentes, posto que fundam as bases subjetivas que podem dar maior sustentação ao Estado Plurinacional na medida em que se reproduz nos símbolos e representações da população.

Em toda discussão integramos autores e discussões atuais, como a globalização na sua onipresença social e que tensiona, conforme os interesses, de forma positiva ou negativa no Estado. Então, situamos a plurinacionalidade nesse contexto ainda dominado histórica e culturalmente pelas tendências de uniformização e homogeneidade como elementos de dominação, de hegemonia, de um Estado que não quer reconhecer que o diferente é o que faz agregar e construir a igualdade e, ao revés, o *idêntico*, mantém a desigualdade.

Nisso, inserimos os direitos humanos como uma concepção e uma principiologia ampla que referencia as mudanças provocadas pela plurinacionalidade. Extraímos do texto constitucional da Bolívia os parâmetros que os direitos humanos lançam ao Estado Plurinacional para também discutir como se incorporam nas suas estruturas e instituições.

Evidentemente, a democracia, sobretudo a *democracia comunitária* que marca a plurinacionalidade, é conceito fundante desta nova perspectiva que amplia a participação não somente como concessão do Estado, mas uma participação na própria ordenação do Estado, por suas estruturas de poder. O compartilhamento do poder e decisão, o diálogo permanente entre os diferentes e a igualdade e protagonismo no constante exercício de construção e reconstrução do Estado deve-se a plurinacionalidade.

Por fim, temos que a cautela é condicionante, mas a empolgação é inevitável, considerando a experiência em curso na América Latina que requer, ao mesmo tempo, abertura e investimento para uma *nova epistemologia* que se contrói e *dialética* para edificar um conhecimento científico consistente que exige a nova *gramática* democrática que é a plurinacionalidade.

## Refêrencias bibliográficas

ALCOREZA Raúl Prada (2010) “Umbrales y horizontes de la descolonización”, in *El Estado. Campo de lucha*. Linera, A. G., Prada, R., Tapia, L., Camacho, O. V. La Paz, Bolívia. Muela del Diablo Editores.

BOLÍVIA. *Nueva Constitución Política Nacional* (2008) La Paz. Asamblea Nacional Constituyente [online] disponível <<http://www.presidencia.gov.bo/download/constitucion.pdf>> [acesso em 27 de outubro de 2010. 19:00].

EQUADOR. *Constitución de Ecuador. Asamblea Constituyente* [online] disponível <<http://www.aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/ecuador-constitucion-politica-de-ecuador-2010/view>> [acesso em 05 de novembro de 2010. 20:00].

GRIJALVA Agustín (2008) “El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008”, *Revista Especializada en Ciencias Sociales Ecuador Debate*. Centro Andino de Acción Popular. Quito.

LINERA Álvaro Garcia (2009) “Discursos e Ponencias del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolívia” *IV Seminario Taller “La Nueva Bolívia”*. La Paz, 10 de marzo de 2009.

QUADROS J. L. (2000) *Direito Constitucional*. Tomo I, Belo Horizonte: Mandamentos.

\_\_\_\_\_ (2009) “O Estado Plurinacional na América Latina” *Revista Jus Vigilantibus* [online] disponível <<http://jusvi.com/artigos/38959>> [acesso em 25 de novembro de 2010. 15:00].

SANTOS B.S. “Descolonização” da América Latina exige reconhecimento dos direitos dos indígenas [online] disponível <<http://www.socialismo.org.br/portal/identidades-racismo/203-artigo>> [acesso em 30 de outubro de 2010. 20:30].

\_\_\_\_\_ (2007) “La reinención del Estado y el Estado Plurinacional” en *OSAL*, Año VIII, n.º 22, septiembre 2007 [online] disponível <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/osal/osal22/D22SousaSantos.pdf>>

SOARES Mário Lúcio Quintão (2000) *Direitos Fundamentais e Direito Comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias*, vol 1. Belo Horizonte: Del Rey.

TAPIA L. (2007) “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional” em *OSAL*, Año VIII, N° 22, setiembre 2007, p. 52.

VON BARLOEWEN Constantin (2001) *A Cultura do Realpolitik* [online] disponível <<http://diplomatieque.uol.com.br/acervo.php....> . 01 de novembro de 2001> [acesso em 02 de outubro de 2010. 14:30].

WELLERSTEIN I. (2007) *Universalismo Europeu: a retórica do poder*. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Ed. Boitempo.



# O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO: A PROTEÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

## EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SALUDABLE: PROTECCIÓN POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

*Eneida Orbage de Britto Taquary\**

---

**Resumo:** O artigo tem por objetivo analisar a proteção do meio ambiente sadio no âmbito da Corte Interamericana de direitos Humanos. São analisadas as decisões da Corte que protegem de forma transversal o direito ao meio ambiente, quando tutela a vida, a saúde e a integridade corporal. Analisou-se a jurisprudência da Corte e ainda os relatórios que tem por objetivo promover e aprimorar as políticas públicas, no âmbito interno, das obrigações convencionais, de forma a destacar a importância do sistema no acesso a justiça internacional.

**Resumen:** El artículo tiene como objetivo examinar la protección de un medio ambiente saludable dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En él se analizan las decisiones de la Corte que transversalmente protegen el derecho al medio ambiente, salvaguardando la integridad de la vida, la salud y el cuerpo. Se analizó la jurisprudencia de otros informes que tiene como objetivo promover y mejorar las políticas públicas, a nivel nacional, para las obligaciones convencionales, con el fin de resaltar la importancia del sistema de acceso a la justicia internacional

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos, Meio ambiente sadio, Vida, Saúde, Integridade Corporal

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ambiente saludable, La Vida, Integridad corporal de la Salud

---

---

\* Eneida Orbage de Britto Taquary é professora do Centro Universitário de Brasília. Doutoranda em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília.

## **1. Sistema normativo global e regional de proteção aos Direitos Humanos**

No âmbito internacional, o sistema normativo global foi formado a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos complementada pelos Pactos de Direitos, que tinham por finalidade dar obrigatoriedade aos direitos ali contidos e que foram aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 (Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e um Protocolo Facultativo).

Embora tenha constituído indiscutível avanço, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Resolução III, da Seção Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, somente teve seus princípios concretizados por intermédio de pactos, convenções e tratados, em razão do entendimento por parte de alguns Estados que havia necessidade de lei interna adotando tais princípios, em face de não possuir caráter de norma de direito internacional, e, logo, não possuir força coercitiva. Tal posição constituía e constitui total desprezo ao jus cogens. Mas, tal tema deverá ser objeto de outro escrito.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e os seus dois Pactos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estruturaram a denominada Carta Internacional de Direitos Humanos, a espinha dorsal do arcabouço jurídico de proteção dos direitos humanos, que também originou o sistema normativo global de Direitos Humanos. Este sistema se divide em geral e especial. O sistema normativo global geral é constituído pela Carta Internacional de Direitos Humanos que contém a Declaração Universal dos Direitos Humanos; e os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Civis e Políticos.

Recebe essa denominação porque tem alcance geral e como objeto toda e qualquer pessoa concebida em sua abstração e generalidade. Foi disseminado após a Segunda Guerra Mundial com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que alcançou outras convenções, pactos e declarações de Direitos Humanos, mas veio se consolidando desde a Declaração de Direitos e Deveres do Bom Povo da Virgínia e Declaração de Independência dos Estados Unidos, bem como da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O sistema normativo global especial se constitui de todos os demais tratados e declarações que têm por fim proteger determinados

sujeitos que são especificados em razão de sua condição racial, biológica, étnica, religiosa e outras mais. São exemplos às mulheres, os deficientes, as minorias étnicas, vítimas de guerras, refugiados, e outras categorias de indivíduos protegidos em diferentes tratados. ”Diversamente dos tratados internacionais tradicionais, os tratados internacionais de direitos humanos não objetivam estabelecer o equilíbrio de interesses entre os Estados, mas buscam garantir o exercício de direitos e liberdades fundamentais aos indivíduos”<sup>1</sup>.

O sistema normativo global especial é composto de uma multiplicidade de tratados que tutelam bens específicos para grupos ou indivíduos também especificados, em razão de sua vulnerabilidade.

Nesse sentido Flávia Piovesan entende que “este processo implicou ainda a especificação do sujeito de direito, tendo em vista que, ao lado do sujeito genérico e abstrato, delinea-se o sujeito de direito concreto, visto em sua especificidade e na concreticidade de suas diversas relações”<sup>2</sup>.

Note-se que os direitos de primeira e segunda dimensão foram os primeiros a serem contemplados nas Declarações de Direitos e Tratados, mas o direito à vida saudável e num ambiente com qualidade sempre este atrelado a uma vida digna e logo aos direitos de primeira dimensão. Todavia, “o direito ao meio ambiente sadio é considerado um direito fundamental de “terceira geração”, parte dos chamados direitos de solidariedade ou fraternidade. Estes direitos são considerados como direitos da coletividade, possuindo um caráter difuso, e constituindo um direito-dever de todos”<sup>3</sup>.

No âmbito do sistema global são previstos os 26 princípios na Declaração de Estocolmo<sup>4</sup>, os quais destacamos abaixo:

1. O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presente e futura. A este respeito as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão

---

1 PIOVESAN Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad. 2000. p. 165.

2 Idem. *Ibidem*. p.188.

3 Disponível em [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR\\_Luiza\\_Athayde.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Luiza_Athayde.pdf). Acesso em 20.12.2011.

4 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraAmbienteHumano.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

e de dominação estrangeira continuam condenadas e devem ser eliminadas.

2. Os recursos naturais da Terra, inclusos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna, especialmente as amostras representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações presente e futura, mediante uma cuidadosa planificação ou regulamentação, segundo seja mais conveniente.

3. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada e melhorada, a capacidade da Terra para produzir recursos vitais renováveis.

4. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar ponderadamente o patrimônio representado pela flora e pela fauna silvestres, bem como pelo seu habitat, que se encontram atualmente em grave perigo, em virtude da conjugação de diversos fatores. Consequentemente, ao se planejar o desenvolvimento econômico, deve atribuir-se uma importância específica à conservação da natureza, aí incluídas a flora e a fauna silvestres.

5. Os recursos não renováveis da Terra devem ser empregados de maneira a se evitar o perigo de seu esgotamento e a assegurar a toda a humanidade a participação nos benefícios de tal emprego.

6. Deve pôr-se fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais, e ainda, à liberação de calor em quantidades ou concentrações tais que o meio não tenha condições para neutralizá-lo, de modo a que não sejam causados danos graves ou irreparáveis aos ecossistemas. Deve ser apoiada a justa luta dos povos de todos os países contra a contaminação.

7. Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a contaminação dos mares por substâncias que possam pôr em perigo a saúde do homem, causar danos aos seres vivos e à vida marinha, limitar as possibilidades de lazer ou obstar outras utilizações legítimas do mar.

8. O desenvolvimento econômico ou social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra condições adequadas para melhorar a qualidade de vida.

9. As deficiências do meio originadas pelas condições de



subdesenvolvimento e os desastres naturais colocam graves problemas; a melhor maneira de superá-los é o desenvolvimento acelerado pela transferência de volume considerável de assistência financeira e tecnológica que complemente os esforços internos dos países em desenvolvimento, bem como qualquer outra ajuda que oportunamente possa se fazer necessária.

10. Para os países em desenvolvimento econômico ou social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra condições adequadas para melhorar a qualidade de vida.

11. As políticas ambientais de todos os Estados deveriam orientar-se para o aumento do potencial de crescimento dos países em desenvolvimento e não deveriam restringir esse potencial, nem obstaculizar a consecução de melhores condições de vida para todos, e os Estados e organizações internacionais deveriam tomar todas as providências competentes com vistas a chegar a um acordo, a fim de enfrentar as consequências econômicas que pudessem advir, tanto no plano nacional, quanto no internacional, da aplicação de medidas ambientais.

12. Dever-se-iam destinar recursos à conservação e melhoria do meio, levando em conta as circunstâncias e necessidades especiais dos países em desenvolvimento e o montante de gastos que a inclusão de medidas de conservação do meio possa-lhes acarretar em seus planos de desenvolvimento, bem com a necessidade de lhes prestar, quando o salientem, maior assistência técnica e financeira de caráter internacional voltada para esse fim.

13. A fim de lograr uma administração mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planificação do seu desenvolvimento, a fim de assegurar-se a compatibilidade desse processo com a necessidade de proteger e melhorar o meio humano em benefício de sua população.

14. O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar as diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio.

15. Deve-se aplicar o planejamento tanto na ocupação do solo para fins agrícolas, como na urbanização, com vistas a evitar

efeitos prejudiciais sobre o meio e a obter o máximo benefício social, econômico e ambiental para todos. A este respeito devem ser abandonados os projetos destinados à dominação colonialista e racista.

16. Nas regiões onde existe o risco de as altas taxas de crescimento demográfico ou as concentrações excessivas da população prejudicar o meio ou o desenvolvimento, ou onde a baixa densidade populacional possa impedir a melhora do meio e obstaculizar o desenvolvimento, deveriam ser aplicadas políticas demográficas que mantivessem o respeito pelos direitos humanos fundamentais e, ao mesmo tempo, contassem com a aprovação dos governos interessados.

17. Deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com a finalidade de melhorar a qualidade do meio.

18. Como parte da contribuição que é lícito esperar da ciência e da tecnologia para o desenvolvimento econômico e social, devem elas ser utilizadas para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio, para a solução dos problemas ambientais e para o bem comum da humanidade.

19. É indispensável um trabalho de educação em questões ambientais, dirigido, seja às gerações jovens, seja aos adultos, o qual dê a devida atenção aos setores menos privilegiados da população, a fim de favorecer a formação de uma opinião pública bem informada e uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades, inspiradas no sentido de sua responsabilidade com a proteção e melhoria do meio, em toda a sua dimensão humana.

20. Devem ser fomentados em todos os países, especialmente nos em desenvolvimento, a pesquisa e o progresso científico referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais quanto multinacionais. A esse respeito, o livre intercâmbio de informações e experiências científicas atualizadas deve ser objeto de apoio e de assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais; a tecnologia ambiental deve ser colocada a serviços dos países em desenvolvimento, em condições tais que favoreçam sua ampla difusão e sem representar, por outro lado, uma carga econômica excessiva para esses países.

21. Consoante a Carta das Nações Unidas e os princípios do Direito Internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar os seus recursos de acordo com a sua política ambiental e têm a obrigação de se assegurarem de que as atividades levadas a cabo dentro de suas jurisdições ou sob o seu controle não prejudiquem o meio de outros Estados ou o de zonas situadas fora das jurisdições nacionais.

22. Os Estados devem cooperar para o contínuo desenvolvimento do Direito Internacional no que se refere à responsabilidade e à indenização às vítimas de contaminação e de outros danos ambientais por atividades realizadas dentro da jurisdição ou sob controle de tais Estados, bem como zonas situadas fora de suas jurisdições.

23. Sem prejuízo dos princípios gerais que possam ser acordados pela comunidade internacional, bem como dos critérios e níveis mínimos a serem definidos a nível nacional, será sempre indispensável considerar os sistemas de valores prevaletentes em cada país e discutir a aplicabilidade de certas normas que possam ser válidas para os países mais avançados, porém inadequadas ou de alto custo social para os países em desenvolvimento.

24. Todos os países, grandes ou pequenos, devem empenhar-se com espírito de cooperação e em pé de igualdade na solução das questões internacionais relativas à proteção e melhoria do meio. É indispensável cooperar mediante acordos multilaterais e bilaterais e por outros meios apropriados, a fim de evitar, eliminar ou reduzir, e controlar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera possam acarretar para o meio, levando na devida conta a soberania e os interesses de todos os Estados.

25. Os Estados deverão estar assegurados de que as organizações internacionais realizem um trabalho coordenado, eficaz e dinâmico na conservação e melhoria do meio.

26. Deve-se livrar o homem e o meio humano dos efeitos de armas nucleares e dos demais meios de destruição maciça. Os Estados devem procurar chegar rapidamente a um acordo, nos organismos internacionais competentes, sobre a eliminação e completa destruição das mesmas armas.

A inobservância de tais princípios desencadeou a propositura pela

Assembleia Geral das Nações Unidas de uma nova conferencia para tratar de novas medidas fundadas nos problemas centrais. Anteriormente à Conferencia, foi formada Comissão, que se tornou conhecida como Comissão Bruntland, que objetivava “propor estratégias ambientais de longo prazo para obter um desenvolvimento sustentável por volta do ano 2000 e daí em diante; recomendar maneiras para que a preocupação com o meio ambiente se traduza em maior cooperação entre os países em desenvolvimento e entre estágios diferentes de desenvolvimento econômico e social e leve à consecução de objetivos comuns e interligados que considerem as inter-relações de pessoas, recursos, meio ambiente e desenvolvimento; considerar meios e maneiras pelos quais a comunidade internacional possa lidar mais eficientemente com as preocupações de cunho ambiental; ajudar a definir noções comuns relativas a questões ambientais de longo prazo e os esforços necessários para tratar com êxito os problemas da proteção e da melhoria do meio ambiente, uma agenda de longo prazo a ser posta em prática nos próximos decênios, e os objetivos a que aspira a comunidade mundial”<sup>5</sup>.

A partir dos trabalhos da referenciada comissão, que se findou em dezembro de 1987, houve o estabelecimento do Princípio da Responsabilidade Intergeracional que objetiva “assegurar que cada geração receba o planeta em fideicomisso para as futuras gerações”<sup>6</sup>.

Também se destaca o conceito de desenvolvimento sustentável, como resultado dos estudos da Comissão Bruntland, proposto “para garantir o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas”<sup>7</sup>.

Note-se que o desenvolvimento sustentável “[...] não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras [...]”<sup>8</sup>.

A necessidade de realizar o Princípio da Responsabilidade Intergeracional e conseqüentemente a discussão do significado da responsabilidade intergeracional determinou a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUCED), realizada de 3 a 14 de junho de 1992, conhecida como Rio-92, pois realizada no Rio de Janeiro.

---

5 Idem. Ibidem.

6 CARVALHO E. F. Meio ambiente & direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2005, pp.306-308.

7 *Nosso Futuro Comum*, Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 9

8 Idem. Ibidem. p-p 9-11.

Na referida conferencia foram estabelecidos vinte e seis princípios, conhecidos como inseridos na Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>9</sup>, que evidenciam a preocupação com a pessoa humana e o desenvolvimento sustentável, no princípio 1, bem como no princípio 4, a necessidade de se considerar “a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada” para se alcançar o estágio do desenvolvimento sustentável, pois “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”<sup>10</sup>.

Declara a responsabilidade dos Estados decorrente de sua soberania sobre os recursos, no princípio 2, ao estabelecer “os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios da lei internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, e a responsabilidade de velar para que as atividades realizadas sob sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional”<sup>11</sup>.

A preocupação com as gerações futuras fica evidenciado no princípio 3, ao dispor: “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de tal forma que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras”<sup>12</sup>.

Evidencia, no princípio 5, a necessidade de se erradicar a pobreza, como tarefa dos Estados e das pessoas “como requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável, a fim de reduzir as disparidades nos níveis de vida e responder melhor às necessidades da maioria dos povos do mundo.

Nos princípios 6 e 7, constata-se a necessidade de se estabelecer políticas que diferenciem os países que apresentem mais vulnerabilidades sob o aspecto ambiental e econômico, diferenciando políticas para países desenvolvidos e em desenvolvimento, mas observando que o dever de cooperação é de todos, na medida que todos tem responsabilidades na degradação do ambiente, motivo pelo qual “os Estados deverão cooperar

---

9 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

10 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

11 Idem. Ibidem.

12 Idem. Ibidem

com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra”<sup>13</sup>.

No princípio 8 prevê a necessidade dos Estados viabilizarem a redução e a eliminação dos sistemas de produção e consumo não-sustentados e fomentar políticas demográficas para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todas as pessoas, bem como “cooperar para reforçar a criação de capacidades endógenas para obter o desenvolvimento sustentável, aumentando o saber mediante o intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, intensificando o desenvolvimento, a adaptação, a difusão e a transferência de tecnologias, notadamente as tecnologias novas e inovadoras “( princípio 9)<sup>14</sup>.

O acesso a informação é previsto no principio 10, ao prever: “ no plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluí da a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes”<sup>15</sup>.

Caberá aos Estados “promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente. As normas ambientais e os objetivos e prioridades em matérias de regulamentação do meio ambiente, devem refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento às quais se aplicam. As normas aplicadas por alguns países podem resultar inadequadas e representar um custo social e econômico injustificado para outros países, em particular os países em desenvolvimento” (princípio 11), bem como “desenvolver a legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização referente às vítimas da contaminação e outros danos ambientais. Os Estados deverão cooperar de maneira diligente e mais decidida no preparo de novas leis internacionais sobre responsabilidade e indenização pelos efeitos adversos dos danos ambientais causados pelas atividades realizadas dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, em zonas situadas fora de

---

13 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

14 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

15 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

sua jurisdição” (princípio 13)<sup>16</sup>.

No princípio 12 há previsão da cooperação entre os Estados para promover um sistema econômico internacional favorável e aberto, o qual levará ao crescimento econômico e ao desenvolvimento sustentável de todos os países, a fim de abordar adequadamente as questões da degradação ambiental. As medidas de política comercial para fins ambientais não deveriam constituir um meio de discriminação arbitrária ou injustificável, nem uma restrição velada ao comércio internacional. Deveriam ser evitadas medidas unilaterais para solucionar os problemas ambientais que se produzem fora da jurisdição do país importador. As medidas destinadas a tratar os problemas ambientais transfronteiriços ou mundiais deveriam, na medida do possível, basear-se em um consenso internacional”.

No princípio 14, é prevista a cooperação dos Estados em efetivamente para desestimular ou evitar o deslocamento e a transferência a outros Estados de quaisquer atividades e substâncias que causem degradação ambiental grave ou se considerem nocivas à saúde humana<sup>17</sup>.

O princípio da precaução é prestigiado no princípio 15, visando proteger o meio ambiente. “Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental”<sup>18</sup>.

Nos princípios 16, 17, 18 e 19 há previsão de obrigações para os Estados no sentido de “fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais” bem como “empreender a avaliação de impacto ambiental, em termos de instrumento nacional, a despeito de qualquer atividade proposta que provavelmente produza impacto negativo considerável no meio ambiente e que esteja sujeita à decisão de uma autoridade nacional competente”; “notificar imediatamente os outros Estados sobre desastres naturais e outras situações de emergência que possam produzir efeitos nocivos súbitos

---

16 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

17 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

18 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.



ao meio ambiente sob sua jurisdição. A comunidade internacional deverá fazer todo o possível para ajudar Estados que sejam afetados” e “proporcionar a informação pertinente e notificar previamente e de forma oportuna os Estados que possam se ver afetados por atividades passíveis de ter consideráveis efeitos ambientais nocivos transfronteiriços, e deverão celebrar consultas com os mesmos em data antecipada”<sup>19</sup>.

Na referida Declaração é destacado o papel feminino na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento e a plena participação para chegar ao desenvolvimento sustentável, o papel dos jovens que devem ser mobilizados a criatividade, os ideais e o valor dos jovens do mundo para forjar uma aliança mundial orientada para obter o desenvolvimento sustentável e assegurar um futuro melhor para todos e dos povos indígenas e suas comunidades locais desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável (princípios 20,21,22)<sup>20</sup>.

Preconiza o princípio 23 a proteção do meio ambiente e os recursos naturais dos povos submetidos à opressão, dominação e ocupação<sup>21</sup>.

A guerra é, “por definição, inimiga do desenvolvimento sustentável. Em consequência, os Estados deverão respeitar o direito internacional proporcionando proteção ao meio ambiente em épocas de conflito armado, e cooperar para seu posterior melhoramento, conforme necessário” e “a paz, o desenvolvimento e a proteção do meio ambiente são interdependentes e inseparáveis, devendo os Estados ”resolver todas as controvérsias sobre o meio ambiente por meios pacíficos e com a coordenação da Carta das Nações Unidas”, cooperando, de boa fé e com espírito de solidariedade, na aplicação dos princípios consagrados nesta declaração e no posterior desenvolvimento do direito internacional na esfera do desenvolvimento sustentável”. (princípios 24-27)<sup>22</sup>.

No tocante ao sistema normativo regional de proteção aos direitos humanos temos o sistema Regional Interamericano de Proteção dos

---

19 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

20 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

21 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.

22 Disponível em <http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>. Acesso em 20.12.2011.



direitos humanos tem sua base de sustentação em dois documentos: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta Interamericana de Garantias Sociais, ambas de 1948 e anteriores à Declaração Universal de Direitos do Homem.

A Declaração Americana, decorrente da IX Conferência Internacional Americana de Bogotá – 1948, em seu intróito reconhece que “as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade principalmente a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade”

A Carta Internacional Americana de Garantias Sociais tem por objetivo declarar os princípios fundamentais que devem amparar os trabalhadores de toda a classe e constituir um mínimo de direito de eu eles devem gozar nos Estados Americanos sem prejuízo de que as leis de cada um possam ampliar esses direitos e reconhecer outros mais favoráveis, e considera como básicos os seguintes princípios.

1. A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem ao lado da Carta Internacional Americana constituem os pilares sobre os quais se assenta o sistema interamericano, ao afirmar os direitos humanos como inerentes à pessoa; relacionar direitos e deveres dos homens, estabelecer a proteção a direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos.
2. Consolidando esta estrutura foram celebradas várias convenções, merecendo destaque:
3. Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, protocolada em Salvador, em 1988;
4. Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (1985);
5. Convenção Americana sobre Direitos Humanos relativos à Abolição da pena de morte (1990);
6. Convenção Internacional sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994);
7. Convenção Internacional para prevenir, punir e erradicar a Violência contra a Mulher (1994);

8. Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências (1999).

No preâmbulo, o projeto de Instrumento Interamericano sobre Direitos dos Povos Indígenas e em análise uma elaboração que vise a independência e integridade dos membros do Poder Judiciário.

A Convenção Americana foi aprovada na Conferência Interamericana Especial sobre Direitos Humanos realizada de 7 a 22 de novembro de 1969, em San José da Costa Rica, daí conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

O projeto de autoria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, após análise acurada do saber internacional (Carta de Direitos Humanos) e do regional (Convenção Européia), bem como sua coexistência e os aparentes conflitos que adviriam, teve superada a questão, pois a estrutura de um Sistema regional viria corroborar a tutela dos Direitos Humanos em âmbito regional.

O Brasil somente ratificou a Convenção a 6 de novembro de 1992, por intermédio do Decreto nº 678/92, que foi aprovado pelo Decreto-Legislativo nº 27, de 1992 (DO de 28.5.1992), reafirmando em seu preâmbulo as suas fontes: A Carta da Organização dos Estados Americanos; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com o advento da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, aprovada naquela cidade em 1969, com previsão de entrar em vigor em 1978, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos e consagrada a Comissão, já existente, mas com funções delimitadas. Por essa razão, alguns entendem que o sistema interamericano de proteção de direitos humanos tem duas origens: a primeira na Carta da OEA (1959) e a segunda na Convenção Americana, posição ratificada ante os eventos citados.

A Convenção Americana em seu preâmbulo “reafirma seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro de instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundada no respeito dos direitos essenciais do homem” e “reconhece que os direitos essenciais do homem não derivam do ato de ser ele nacional de determinado Estado, mas do fato de ter como fundamento os tributos da pessoa humana, razão por que justifica uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou

complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos” estabelecendo três partes: a primeira referente aos deveres dos Estados e direitos protegidos, a segunda, aos meios de proteção, e a terceira, estabelecendo disposições gerais e transitórias.

Incumbe aos Estados-Partes, na Convenção, a obrigação de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno, isto é, medidas legislativas e judiciárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstas na Convenção.

Reconhece direitos civis e políticos e estabelece a correlação entre deveres e direitos, ao dispor no art. 32: “Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade” e os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”.

O acesso à tutela dos direitos humanos está previsto na Parte II, com a denominação jurídica de Meios de Proteção, estabelecendo dois órgãos competentes: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte tem competência consultiva e contenciosa. No desempenho de sua primeira função, apresenta seminários, palestras, relatórios visando à promoção de direitos humanos, ou ainda responde a consultas acerca de questões levantadas pelos Estados que compõem a OEA. Note-se que pode formular recomendações para todo Estado-Membro daquela organização. Todavia, quanto à competência contenciosa suas decisões somente atingem os Estados que hajam ratificado a Convenção e que tenham declarado reconhecer a competência da Comissão (por tempo indefinido, definido ou para um caso especial) para receber e examinar as comunicações que um Estado-Parte alegue contra outro, também parte, violações dos direitos humanos previstos no Pacto de São José.

Além de receber comunicações de Estados-Partes noticiando violações de direitos humanos, a Comissão poderá receber petições individuais, das vítimas, de seus representantes, de grupos de pessoas ou de organismos não governamentais, e as apreciará desde que esgotados os recursos de jurisdição interna, não haja litispendência, ou seja não esteja o fato sendo objeto de análise em outra esfera internacional e não tenha decorrido o prazo de seis meses a partir da ciência da decisão que lhe negou acolhimento de sua pretensão. Cabe ressaltar que se a decisão de jurisdição interna é morosa ou não se baseia no *due process of law* não há que se falar em inadmissibilidade do pedido, nos termos

do art. 46 da Convenção, mas será esse recusado se for apócrifo e sem dados que identifiquem a nacionalidade, a profissão e o domicílio da pessoa ou pessoas que tiveram seus direitos violados.

No tocante ao procedimento, a Comissão ao receber uma petição individual ou comunicação estatal, depois de apreciada a sua admissibilidade, solicita informações ao Estado demandado, que as deverá remeter num prazo razoável. Poderá ocorrer:

1. Não subsistindo razão (falta de justa causa) para o alegado, ocorre o seu arquivamento;

2. O Estado demandado oferece as informações ou provas suficientes de suas alegações ocasionando a inadmissibilidade ou a improcedência do pedido;

3. Procede a Comissão ao exame dos fatos, com comunicação prévia das partes, realizando uma investigação “à distância” e com a colaboração do Estado e do peticionário com informações escritas e verbais;

4. Procede a Comissão ao exame dos fatos, com comunicação prévia das partes, realizando uma investigação *in loco*, com a anuência do Estado demandado, em casos graves e urgentes.

5. Não sendo arquivada a petição ou não conhecida a comunicação, deverá procurar a Comissão chegar-se a uma solução amistosa, que constará do relatório encaminhado ao peticionário, ao Estado demandado e ao Secretário-Geral da OEA para publicação.

6. Após três meses não havendo ainda solução para a questão, não tendo ela sido submetida à Corte pela Comissão ou pelo Estado demandado, esta proferirá suas conclusões, por decisão da maioria absoluta, decidirá se o Estado-Parte cumpriu a recomendação e se publica ou não o seu relatório, fazendo constar do Relatório Anual a ser submetido à Assembleia Geral da OEA.

Instituída no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem sua sede em San José da Costa Rica, onde foi instalada a 3 de setembro de 1979, podendo realizar reuniões em qualquer Estado membro da OEA quando a maioria de seus membros considerar conveniente e mediante aprovação do referido Estado. É uma instituição autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conforme art. primeiro de seu

estatuto, sendo seu presidente o professor Cançado Trindade.

A Corte Interamericana possui dupla função: consultiva e jurisdicional. No exercício da primeira, elabora pareceres acerca de interpretação de quaisquer dispositivos da Convenção, bem como de outros tratados de proteção de direitos humanos nos Estados Americanos, mediante consulta dos Estados-Partes ou na Convenção, ou ainda sobre a compatibilidade entre leis internas do país solicitante e os demais instrumentos internacionais, e relatórios que submeterá à Assembleia Geral da OEA sobre suas atividades do ano anterior e indicará os casos que um Estado-Parte não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Poderá ainda celebrar convênios de cooperação com instituições que não tenham fins lucrativos, visando obter colaboração e fortalecer e promover os princípios jurídicos e institucionais da Convenção e da Corte.

No cumprimento da segunda função, a Corte, depois de verificados os pressupostos de admissibilidade já mencionados acima (esgotados os recursos de jurisdição interna, não haja litispendência, ou coisa julgada, ou seja, não esteja o fato sendo objeto de análise em outra esfera internacional e não tenha decorrido o prazo de seis meses a partir da ciência da decisão que lhe negou acolhimento de sua pretensão), decidirá se houve violação de um direito ou liberdade protegido na Convenção e prolatará uma sentença, determinando a restauração do gozo do direito ou da liberdade violados e a reparação das consequências advindas com a prática do ato violador.

Nos casos de extrema urgência e gravidade, visando evitar a lesão ao direito ou liberdade, poderá examinar a adoção de medidas cautelares, atuando a pedido da Comissão quando o caso ainda não estiver sob sua apreciação.

A Corte somente poderá conhecer de pedidos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que exerce função assemelhada à Promotoria de Justiça, e dos Estados-Partes que tenham ratificado a cláusula facultativa constante no art. 62 da Convenção Americana, declarando ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da referida Convenção, ou sob condição da reciprocidade, para casos específicos e por prazo determinado<sup>23</sup>.

---

23 COSTA RICA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Assinada na

Segundo o regulamento da Corte, composta de sete membros, o quorum para deliberações é de cinco juízes, dentre pessoas de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, e que reúnam condições para o exercício de funções judiciais, eleitos por seis anos, a título pessoal, pois não representam seus países, originários dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos.

Recebendo a petição inicial da demanda (contendo o objeto da demanda, exposição do fato, as provas oferecidas, como indicação de testemunhas e peritos, os fundamentos de direito e as conclusões pertinentes, o nome dos delegados da Comissão ou do agente do Estado interessado), o Presidente da Corte verificará os requisitos de admissibilidade, conforme art. 34 do seu estatuto, facultando prazo de vinte dias para que as lacunas sejam supridas, sob pena de arquivamento. Conhecido o pedido, o Secretário da Corte notifica o Estado demandado, a Comissão se não for demandante, o denunciante original e a vítima e seus familiares, informando aos demais Estados-Partes e ao Secretário Geral da OEA da demanda.

O Estado demandado designa um agente e quem queira para auxiliá-lo, bem como a Comissão indica seus delegados, em um mês.

Poderão ser propostas exceções dois meses depois da notificação da demanda, e, se consideradas pertinentes, haverá uma audiência especial para decidi-las.

Após quatro meses contados da notificação da demanda, o demandado contestará, por escrito, os fatos aduzidos na petição, e, antes do procedimento oral, as partes poderão apresentar outros fatos no procedimento escrito. Superada essa fase o presidente fixa a data de abertura dos debates e indica as audiências necessárias.

---

Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969) Art. 62: “ 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial”. [online] disponível em <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> [acesso em 20.12.2011].

Durante os debates o presidente poderá formular quaisquer perguntas, bem como as vítimas, seus representantes, os agentes do Estado e os delegados da Comissão, a testemunhas, peritos ou qualquer outra pessoa, lavrando-se de tudo uma ata, inclusive contendo as decisões que a Corte adotar durante as audiências. Podem as partes solicitar a retificação de erros materiais ocorridos.

Somente são admitidas as provas cuja produção tenha sido solicitada na petição de demanda, na contestação ou na oposição de exceções, salvo se não o foram por motivo de força maior, impedimento grave ou fatos ocorridos em momento distinto dos anteriores assinalados, assegurando-se à outra parte o direito de defesa.

O presidente da Corte na busca da verdade poderá determinar medidas de instrução, *ex officio*, colhendo todas as provas que julgue necessária. É curioso ressaltar que as testemunhas prestam juramento ou fazem declaração solene proferindo as seguintes palavras: “juro ou declaro solenemente, com toda a honra e com toda a consciência que direi a verdade, toda a verdade, nada mais que a verdade”, assim também o perito. Ambos podem sofrer sanções em seus Estados, a pedido da Corte, em razão de não comparecimento, desobediência ou falso depoimento. As pessoas que possam prestar informações poderão ser ouvidas, a critério do Presidente da Corte. Os testemunhos e laudos poderão ser impugnados.

Poderá ocorrer o término antecipado do processo nas situações seguintes:

Por solicitação da parte demandante, caso em que as partes interessadas serão ouvidas, e, havendo concordância, o processo é encerrado;

Acatamento do demandado às pretensões da parte demandante, após oitiva desta e dos seus representantes ou familiares, ocasião em que será fixada a indenização e as reparações correspondentes.

Solução amistosa entre as partes.

Não decorrendo nenhuma das hipóteses acima ou, ainda assim, a Corte poderá determinar que o processo prossiga prolatando uma sentença, contendo o relatório, os fundamentos de direito e a decisão, consubstanciada no resultado da votação, bem como os votos dissidentes se houverem, marcando-se data de audiência para sua comunicação às partes, mantendo-se em sigilo até essa oportunidade.



As sentenças da Corte têm força executiva, podendo os Estados cumpri-las espontaneamente, mediante monitoramento daquele órgão se houver acordo no cumprimento da sentença de mérito ou procedimento estabelecido pela Corte. As sentenças serão depositadas nos arquivos da Corte.

### **1.1. A defesa do meio ambiente no Sistema Interamericano**

O Direito ao meio ambiente sadio é considerado expressamente como um direito humano ou fundamental da pessoa humana. Está disposto no artigo 11- Direito a um meio ambiente sadio, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais, e Culturais, denominado de Protocolo de San Salvador, com a seguinte redação: “ 1.Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos; e 2. Os Estados-parte promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente”<sup>24</sup>.

Note-se que apesar de previsto expressamente o direito ao Meio ambiente, houve a exclusão, por força do art. 19 do Protocolo de San Salvador, da possibilidade de imputar-se ao Estado a violação do direito ao Meio Ambiente Sadio, quando estabeleceu: “ art. 19- inciso 6:Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8,” que são os direitos sindicais “e no artigo 13,” que são os direitos à educação, “ forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”<sup>25</sup>.

Os direitos sindicais estão previstos como o seguinte teor: [...] Artigo 8-Direitos sindicais. 1. Os Estados Partes garantirão: a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses[...]”<sup>26</sup> e b. O direito de greve[...] “2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos

---

24 Disponível em [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em 20.12.2011.

25 Disponível em [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em 20.12.2011.

26 Disponível em [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em 20.12.2011.



demais[...]”<sup>27</sup>.

O direito a educação está inserto no art. 13 com a seguinte previsão: “1. Toda pessoa tem direito à educação. 2. Os Estados-parte neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz[...]”.

Depreende-se do teor acima que o direito ao meio ambiente sadio, apesar de formalmente protegido, não foi objeto de proteção judicial quando violado pelo Estado perante a Corte Interamericana, por disposição expressa, o que implica dizer que o acesso à justiça em caso de violação ao direito ao meio ambiente sadio não foi regulamentado, mas tem sido objeto de análise, por via oblíqua, quando são analisadas as violações de direitos previstos na Convenção Americana e na Declaração Americana, como os direitos à vida (artigo 4 da CADH e artigo I da DADDH); à integridade pessoal (art. 5 da CADH); à liberdade de expressão (artigo 13 da CADH); à saúde (artigo XI da DADDH); à propriedade (artigo 21 da CADH e artigo XXIII da DADDH), e às garantias judiciais e proteção judicial (artigos 8 e 25 da CADH e artigo XVIII da DADDH)<sup>28</sup>.

A análise transversal dos direitos ao meio ambiente sadio foi analisada em diversos instrumentos legais na Corte Interamericana de Direitos Humanos, que julgou sete casos, elaborou um relatório temático e concedeu medida cautelar no caso da Usina Hidroelétrica Belo Monte. Deve ser ressaltado que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos elaborou dois relatórios que versam sobre a proteção do meio ambiente sadio nas comunidades indígenas<sup>29</sup>.

Dentre os casos analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos destacamos abaixo<sup>30</sup>:

---

<sup>27</sup> Disponível em [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em 20.12.2011.

<sup>28</sup> Disponível em [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em 20.12.2011.

<sup>29</sup> Disponível em [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm). Acesso em 20.12.2011.

<sup>30</sup> ARAÚJO Luiza Athayde de. Direito ao meio ambiente sadio como um direito humano: uma análise da jurisprudência dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos. Artigo sob a orientação de Danielle de Andrade Moreira. Disponível em [http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR\\_Luiza\\_Athayde.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Luiza_Athayde.pdf). Acesso em 20.12.2011

1. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C. No. 79;
2. Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana v. Suriname. Sentença de 15 junho de 2005. Série C No. 124;
3. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentença de 17 de junho 2005. Série C No. 125
4. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentença de 29 de março de 2006. Série C No. 146;
5. Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros v. Chile. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C No. 151;
6. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C No.172;
7. Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Sentença de 24 de agosto de 2010.
8. CIDH. Informe N° 69/04. Petición 504/03. Admisibilidad. Comunidad San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú). 15 de outubro de 2004;
9. CIDH. Informe N° 76/09. Admisibilidad. Comunidad de la Oroya (Perú). 5 de agosto de 2009.
10. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2010. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.
11. CIDH. MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, de 1 de abril de 2011.
12. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales – normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 2010. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, par. 193.
13. Corte IDH. Caso *Instituto de Reeducción del Menor* v. Paraguai. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C No. 111, pars. 156,

159, 161;

14. Caso de *los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C No. 63, pars. 144, 191-196.

15. CIDH. Informe N° 76/09. Admisibilidad. Comunidad de la Oroya (Perú). 5 de agosto de 2009.

16. CIDH. Informe N° 69/04. Petición 504/03. Admisibilidad. Comunidad San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú). 15 de outubro de 2004.

17. CIDH. MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, de 1 de abril de 2011.

Os sete casos acima julgados pela Corte IDH reconhece que a doutrina interamericana, conforme o Projeto de Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, preparado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1997, estabelece que “*Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros*”<sup>31</sup> e ainda que “*El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales sólo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva*”<sup>32</sup>.

A CIDH também ratificou sua posição já esposada em outros casos que há uma estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras e os recursos naturais ligados a sua cultura que lá encontraram, bem como os elementos incorporados decorrentes do vínculo estabelecido entre eles terra, recursos naturais e cultura indígena<sup>33</sup>. E ainda que “existe uma tradição comunitária sobre uma forma comum da propriedade coletiva da terra, e o sentido de pertencimento não se centra em um indivíduo,

---

31 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acesso em 20.12.2011.

32 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Karaguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acesso em 20.12.2011.

33 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Karaguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acesso em 20.12.2011.

mas em um grupo e sua comunidade”<sup>34</sup>.

Afirma em sua decisão ainda que “os indígenas em sua essência tem direito a viver livremente em seus próprios territórios”<sup>35</sup>. E ainda que “a estreita relação que os indígenas mantem com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica”<sup>36</sup>.

Ratifica ainda a posição da Corte no sentido de que “para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, sem um elemento material e espiritual, dos quais devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo as gerações futuras”<sup>37</sup>.

A CIDH admite ter o domínio e propriedade da terra outro conceito para os povos indígenas, e desprezá-lo seria o mesmo que não admitir a possibilidade de usar e gozar dos bens de uma forma distinta e negar a proteção prevista no art. 21 da Convenção Interamericana, ao prever:

[...] [a]simismo, la Corte ha señalado que los conceptos de propiedad y posesión em las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de ésta “no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”. Esta noción del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponde a la concepción clásica de propiedad, pero merece igual protección del artículo 21 de la Convención. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria

---

34 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Karaguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) acesso em 20.12.2011.

35 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acesso em 20.12.2011.

36 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acesso em 20.12.2011.

37 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) Acesso em 20.12.2011.

la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas[...]<sup>38</sup>.

A Corte advertiu ainda ao tratar das concessões feitas pelo Estado para o exercício de atividades de exploração e extração realizadas em territórios tradicionais, “que, não obstante estas sempre afetarem o direito de propriedade destas comunidades, não é possível interpretar este direito de maneira que o Estado esteja impedido a outorgar qualquer tipo de concessão para a exploração ou extração de recursos naturais.” E ainda “neste sentido, o Tribunal Interamericano desenvolve parâmetros para que uma restrição pelo Estado do direito de propriedade se dê de acordo com a Convenção Americana. Segundo a Corte IDH, as restrições devem ser: a) previamente estabelecidas em lei; b) necessárias; c) proporcionais; e d) ter como fim um objetivo legítimo em uma sociedade democrática”<sup>39</sup>.

Note-se, portanto que a Corte Interamericana não reconhece diretamente a violação ao direito ao meio ambiente sadio, mas reconhece o direito a propriedade dos povos indígenas e ainda propugna a obrigação dos Estados-parte de garantir os direitos da Declaração e da Convenção Americana.

No Caso denominado Claude Reyes y otros v. Chile, demanda nº 12.108, recebida em 17 de dezembro de 1998, objetivava-se a declaração que o Estado Chileno era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 13-Liberdade de Pensamento e de Expressão; 25- Direito a Proteção Judicial da Convenção Americana e ainda as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1.- Obrigação de respeitar os direitos e 2- Dever de adotar disposições de Direitos Interno em prejuízo de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero.

Consta da sentença da CIDH que “*Los hechos expuestos por la Comisión en la demanda habrían ocurrido entre mayo y agosto de 1998 y se refieren a la supuesta negativa del Estado de brindar a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero toda la información que requerían del Comité de Inversiones Extranjeras*”.

---

38 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Karaguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf) acesso em 20.12.2011.

39 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

As informações solicitadas eran relacionadas com “la empresa forestal Trillium y el Proyecto Río Condor, el cual era un proyecto de deforestación que se llevaría a cabo en la décimo segunda región de Chile y “p[odía] ser perjudicial para el medio ambiente e impedir el desarrollo sostenible de Chile”.

A CIDH “indicó que tal negativa se dio sin que el Estado “argumentar[a] una justificación válida de acuerdo con la legislación chilena”, así como a que supuestamente “no [les] otorgó un recurso judicial efectivo para impugnar una violación del derecho al acceso a la información” y “no [les] aseguró los derechos al acceso a la información y a la protección judicial, ni contó con mecanismos establecidos para garantizar el derecho al acceso a la información pública”.

Em 17 de dezembro de 1998 um grupo integrado pela “Clínica Jurídica de Interés Público” de la Universidad Diego Portales, las organizaciones chilenas “ONG FORJA”, “Fundación Terram” y la “Corporación la Morada”; el Instituto de Defensa Legal del Perú; la “Fundación Poder Ciudadano” y la Asociación para los Derechos Civiles (organizaciones argentinas); y los señores Baldo Prokurica Prokurica, Oswaldo Palma Flores, Guido Girardo Lavín y Leopoldo Sánchez Grunert, presentaron una denuncia ante la Comisión” e no dia 1º de outubro de 2003 foi aprovada a informação 60/2003 o caso foi admitido, sem que se lograsse éxito numa solução amistosa.

Em março de 2005 a Comissão entendeu, com base no art. 50 da Convenção, aprovando a Informe nº 31/05, onde concluiu que o Chile havia violado os direitos de Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola e Arturo Longton Guerrero de acesso a informação pública e a proteção judicial, previstos nos arts. 13 e 25 da Convenção Americana, respectivamente, em relação aos artigos 1(1) e 2 do instrumento<sup>40</sup>.

O fundamento do relatório da Comissão se baseou no fato de haver negativa de “acceso a información en poder del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile y al no otorgarles acceso a la justicia chilena para impugnar esa denegación”. E “asimismo, la Comisión recomendó al Estado “[d]ivulgar públicamente la información solicitada por Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero”; “[o]torgar una reparación adecuada a Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton Guerrero por la violación de sus derechos, incluido el suministro de la información solicitada”; y “[a]justar el orden jurídico

---

40 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

*interno, de conformidad con el artículo 13 de la Convención Americana con respecto al acceso a la información y adoptar las medidas necesarias para la creación de prácticas y mecanismos que garanticen a los habitantes un acceso efectivo a la información pública o a la información de interés colectivo*<sup>41</sup>.

Em 1º de julho de 2005, a Comissão remeteu o caso a Corte, entendendo que o Estado Chileno não havia cumprido as recomendações relativas ao Projeto denominado Rio Condor<sup>42</sup>. A sentença veio em 19 de setembro de 2006. E, por unanimidade decidiu-se que o Estado<sup>43</sup>:

1. Violou o direito a liberdade de pensamento e de expressão previsto no artigo 13 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, em prejuízo de Marcel Claude Reyes y Arturo Longton Guerrero, em relação as obrigações de respeitar e garantir os direitos e liberdades e de adotar disposições de direito interno previstas nos arts. 1.1 e 2 do referenciado tratado e nos parágrafos 61 a 103 da sentença<sup>44</sup>;

2. O Estado violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, em detrimento de Marcel Claude Reyes, Longton Arturo Guerrero e Sebastián Cox Urrejola, com respeito a decisão judicial que concede a liminar em relação à obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e as liberdades estabelecidos no artigo 1.1 do mesmo, nos termos dos n.ºs 124 a 144 do presente acórdão<sup>45</sup>.

3. A decisão constituía em si uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 156 do mesmo<sup>46</sup>.

---

41 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

42 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

43 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

44 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

45 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

46 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.



4. O Estado deveria, por meio da entidade correspondente e dentro de seis meses, fornecer as informações solicitadas pelas vítimas, se necessário, ou tomar uma decisão informada nos termos dos parágrafos 157-159 168 do acórdão<sup>47</sup>.

5. O Estado deveria publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, desta vez, o capítulo sobre os fatos comprovados do presente acórdão, os parágrafos 69 a 71, 73, 74, 77, 88-103, 117 a 123, 132-137 e 139 a 143 do presente acórdão, que correspondem aos capítulos VII e VIII sobre as violações detectadas pelo Tribunal, sem notas de rodapé de página correspondente, e os parágrafos do mesmo, em termos dos parágrafos 160 e 168 do presente acórdão<sup>48</sup>.

6. O Estado deveria adotar, dentro de medidas razoáveis para garantir o direito de acesso à informação sob controle estatal, de acordo com o dever geral de adotar domésticas disposições legais previstas no artigo 2 da Convenção Americana Direitos Humanos, nos termos dos n°s 161 a 163 e 168 do presente acórdão<sup>49</sup>.

7. O Estado, dentro de um prazo razoável, a capacitação dos organismos de formação, as autoridades e os agentes responsáveis para responder aos pedidos de acesso à informação sob o controle do Estado acerca das regras que regem este direito, a fim de incorporar os parâmetros convencionais deve ser respeitado em termos de restrições ao acesso a tais informações, nos termos dos n°s 164, 165 e 168 do presente acórdão<sup>50</sup>.

8. O Estado pagará a Marcel Claude Reyes, Longton Arturo Guerrero e Sebastián Cox Urrejola, dentro de um ano, para os custos e despesas, o montante especificado no parágrafo 167 do presente acórdão, nos termos de n°s 167 e 169 a 172. (o valor de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) o equivalente em moeda chilena a ser entregue em partes iguais

---

47 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

48 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

49 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

50 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.



a Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero y Sebastián Cox Urrejola, a título de custas e gastos, no prazo de um ano<sup>51</sup>. 9. Fiscalizar o cumprimento desta sentença, e deve fechar este caso uma vez que o Estado cumpriu integralmente as disposições nele contidas. Dentro de um ano a partir da data da notificação da presente decisão, o Estado deverá fornecer ao Tribunal de Justiça um relatório sobre as medidas adotadas para dar cumprimento, nos termos do parágrafo 173 do presente acórdão<sup>52</sup>.

E por quatro votos a dois decidiu a Corte que o Estado “violou o direito a um julgamento equitativo, consagrado no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Marcel Claude Reyes e Arturo Guerrero Longton, em relação à decisão do autoridade administrativa por não fornecer informações em relação à obrigação geral de respeitar e garantir os direitos e as liberdades estabelecidos no artigo 1.1 do mesmo, nos termos dos n.ºs 114 a 123 do presente acórdão<sup>53</sup>.

Em relação aos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como já exposto, apesar de não terem a força coercitiva de decisão, possuem natureza jurídica consultiva e logo podem determinar a apreciação pela Corte de seus fundamentos quando a submetem ao juízo de admissibilidade pela Corte. Dois relatórios da Comissão foram importantes:

1. Relatório n.º 76/09-Petição 1473-06-Admissibilidade-Comunidade de La Oroya-Peru. Em 05 de agosto de 2009- Refere-se a petição datada de 27 de dezembro de 2006, de autoria da Associação Interamericana de Defesa Ambiental (AIDA), o Centro de Direitos Humanos e Meio Ambiente (CEDHA), e Earthjustice, Sobre as violações por parte da República do Peru dos direitos consagrados nos artigos 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 11 (direito à privacidade), 13 (liberdade de pensamento e de expressão), 8 (direito a um julgamento justo), e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos com referência aos artigos 1.1 e 2 deste instrumento e dos artigos 10 e 11 do Protocolo Adicional à

---

51 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

52 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

53 COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas) Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf). Acesso em 20.12.2011.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais- o Protocolo de San Salvador. Também alegaram violação do artigo 19 da Convenção Americana (direitos da criança) com referência a alguns artigos da Convenção sobre os Direitos da Criança.

O fato, objeto da demanda, refere-se a “contaminação ambiental em La Oroya, causada pela operação no complexo metalúrgico, gerido pelo Estado até 1997, quando foi comprado pelos Estados Unidos, empresa Doe Run”

Segundo os peticionários complexo metalúrgico causou uma série de violações dos direitos das supostas vítimas, atribuível às ações e omissões estatais, em particular, descumprimento da legislação ambiental e de saúde e falta de supervisão e fiscalização da empresa que opera o complexo.

Alegaram quanto a admissibilidade, as vítimas alegam que os recursos internos foram esgotados por meio de uma moção para ordenar a execução de medidas para reduzir as violações, que foi considerada favorável as vítimas, mas ainda pendente de execução, já o Estado asseverou que “ embora a poluição existe em La Oroya, medidas efetivas foram tomadas para mitigá-la e fiscalizar a Companhia Doe Run”.

No caso a Comissão concluiu que é competente em face da “suposta violação dos direitos consagrados nos artigos 4, 5, 13, 19, 8 e 25 da Convenção, com referência aos artigos 1.1 e 2 do referido instrumento. A Comissão também concluiu que a petição é inadmissível no que respeita ao direito consagrado no artigo 11 da Convenção”<sup>54</sup> notificando as partes, publicando o relatório de Admissibilidade, incluindo-o em seu Relatório Anual, além de transmitir a decisão ao Estado e peticionários e inicia o processo sobre o mérito<sup>55</sup>.

2. Relatório nº 69/04. Petición 504/03. Admisibilidad. Comunidad San Mateo de Huanchor y sus miembros (Perú). 15 de outubro de 2004. Refere-se a petição datada de 28 de fevereiro de 2003, do Coordenador Nacional de Comunidades do Peru Afetadas pela Mineração (Coordinadora Nacional de comunidades del Perú Afectadas por la Minería-CONACAMI) imputando ao Estado

---

54 COSTA RICA. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Relatório n ° 76/2009, de 05 de agosto de 2009. Petição 1473-06, Caso Comunidad de la Oroya vs. Peru. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Peru1473.06eng.htm>. Acesso em 20.12.2011.

55 COSTA RICA. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Relatório n ° 76/2009, de 05 de agosto de 2009. Petição 1473-06, Caso Comunidad de la Oroya vs. Peru. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Peru1473.06eng.htm>. Acesso em 20.12.2011.

Peruano era responsável pela violação do individual fundamental e os direitos coletivos dos membros da Comunidade de San Mateo de Huanchor para os efeitos sofridos pelos membros da comunidade, como resultado da poluição ambiental produzida por um campo de lodo de resíduos tóxicos junto à comunidade<sup>56</sup>.

Alegaram que o estado Peruano era responsável “pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, liberdade pessoal, um julgamento justo, proteção da honra e dignidade, liberdade de associação, a proteção da família, direitos da criança, propriedade, liberdade de movimento e residência, para participar de proteção do governo, iguais perante a lei, a proteção judicial, e o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais consagrados nos artigos 4, 5, 7, 8, 11, 16, 17, 19, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos os quais estão em conformidade com o artigo 1 (1) do instrumento interamericano<sup>57</sup>.

Alegou o Estado a inadmissibilidade da denúncia porque não atendia “ao requisito do prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna prevista no artigo 46 (1) (a) da Convenção Americana, pois havia um processo penal contra o Sr. Jaime Rodríguez Mariátegui, em virtude de seu cargo do Gerente Geral da empresa de mineração Lizandro Proaño SA, por supostos crimes contra o meio ambiente e recursos naturais”<sup>58</sup>.

Argumentou ainda que “no sistema nacional, existem normas para repressão, punição, e prevenção, bem como recursos administrativos e judiciais que assegurem uma proteção legal para os direitos cuja violação se alega pelos peticionários no presente caso” e que “os recursos previstos pela legislação interna do Peru não foram esgotados, nem ter sido feitos esforços sérios para esgotar esses remédios e usar os muitos mecanismos previstos pela legislação de proteção ambiental do Peru”<sup>59</sup>.

---

56 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

57 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

58 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

59 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm>

A Comissão, todavia, observou que os dois processos foram arquivados no direito interno, um processo administrativo e um processo judicial. O processo administrativo teve como objetivo interromper as atividades da Companhia de Mineração de Lizandro Proaño e remoção do despejo de lodo tóxico chamado Mayoc, com a finalidade de travar a poluição ambiental que afeta a população da Comunidade de San Mateo de Huanchor<sup>60</sup>.

Observou também que “em 26 de março de 2001, a Resolução contida no Relatório n° 108-2001-DM-DGM-DFM/MA do Ministério de Minas e Energia, ordenou o encerramento definitivo do despejo de resíduos tóxicos denominado Mayoc. Esta resolução foi uma consequência de um relatório que levou à recomendação de um plano para o encerramento definitivo do despejo de lodo Mayoc com o seu calendário correspondente para a implementação e investimento estimado, considerando-se a remoção de lamas que é armazenada como seu estado compacto e que não garante a sua estabilidade física e é uma fonte de poluição. Prazos: 60 dias”, o que não foi cumprido “devido a incapacidade da empresa [...] que foi multado.

A Comissão ainda afirmou em seu relatório que “os poluentes localizados no lodo Mayoc não foram removidos, como recomendado em 2001 e ordenado em 2003 pelo Ministério de Minas e Energia, embora a poluição que está produzindo não tem por quaisquer meios cessado. Segundo os peticionários, o não cumprimento da ordem administrativa compromete de forma contínua e permanente dos direitos fundamentais dos membros da comunidade de San Mateo de Huanchor<sup>61</sup>.

Em relação ao processo criminal “em 7 de maio de 2001, o procurador da República Provincial da Procuradoria Distrital Conjunta Provincial de Huarochiri, de Matucana, arquivou, a pedido do prefeito do Distrito de San Mateo de Huanchor, uma denúncia criminal por suposta perpetração de crimes contra o meio ambiente e dos recursos naturais contra o Sr. Jaime Rodríguez Mariátegui em virtude de seu cargo de Gerente Geral da empresa de mineração Lizandro Proaño SA<sup>62</sup>.

---

htm Acesso em 20.12.2011.

60 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

61 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

62 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004,

Em 11 de junho de 2001, foram elaborados: a- uma investigação preliminar criminal de Rodríguez Mariátegui foi aberto; b-. Em 30 de setembro de 2002, a acusação foi ampliado para incluir os habitantes de San Mateo de Huanchor como partes prejudicadas, que foram admitidos como parte civil no processo em 01 de novembro de 2002; c-. Em 11 de setembro de 2003, as empresas de mineração Lizandro Proaño, SA e Wiese Sudameris Leasing SA foram incluídos como terceiros responsabilizado no processo civil<sup>63</sup>.

Apesar da alegação do Estado Peruano de que os recursos “ da jurisdição interna não foram esgotados pelos peticionários” e que deveriam sê-lo por força do art. 46 (1) (a) da Convenção Americana, a Comissão rejeitou sob o fundamento que “estes princípios não se limitam a dar a existência formal de tais recursos, mas também à exigência de que eles sejam adequados e efetivos” o que não se afigurava no caso em questão, posto que “ a Comissão indicou em ocasiões anteriores que a aplicação das exceções à regra do esgotamento dos recursos da jurisdição interna prevista no artigo 46 (2) da Convenção está estreitamente ligada à determinação de possíveis violações de certos direitos nela consagrados, tais como garantias de um julgamento justo e à eficácia dos remédios”<sup>64</sup>.

No caso a Comissão concluiu pela admissibilidade do caso e que continua a investigar o seu mérito, com base nas supostas violações dos artigos arts. 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 13 (direito à liberdade de expressão), 17 (proteção da família), 19 (direitos das crianças), 8 e 25 (garantias judiciais e acesso à justiça), 21 (direito à propriedade), e 26 (desenvolvimento progressivo), todos combinados com os artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção Americana e convidando as partes para uma solução amistosa. Além disso, decide notificar as partes da decisão e publicá-la em seu Relatório Anual<sup>65</sup>.

---

de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

63 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

64 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

65 COSTA RICA. Comissão interamericana de Derechos Humanos. Relatório nº 69/2004, de 15 de outubro de 2004. Petição nº 504/2003. Caso comunidade de San Mateo de huanchor e seus membros vs. Peru. Disponível em <http://cidh.org/annualrep/2004eng/Peru.504.03eng.htm> Acesso em 20.12.2011.

Note-se, pelas discussões tratadas, que a Comissão e a Corte Interamericana em suas manifestações e decisões sobre violações ao direito ao meio ambiente sadio têm estabelecido normas de conteúdo que podem levar a fixação de padrões sustentáveis para as Américas e reconhecido que referido direito ao meio ambiente sadio é objeto de proteção no âmbito do Sistema interamericano de Direitos Humanos, quando se promove e tutela os direitos previstos nos arts. 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 13 (direito à liberdade de expressão), 17 (proteção da família), 19 (direitos das crianças), 8 e 25 (garantias judiciais e acesso à justiça), 21 (direito à propriedade), e 26 (desenvolvimento progressivo), todos combinados com os artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção Americana, posto que direitos complementares, interdependentes e inter-relacionados. São dimensões de direitos que se completam.

## Refêrências bibliográficas

ARAÚJO Luiza Athayde de (2011) *Direito ao meio ambiente sadio como um direito humano: uma análise da jurisprudência dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos*. Artigo sob a orientação de Danielle de Andrade Moreira [online] disponível em <[http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio\\_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR\\_Luiza\\_Athayde.pdf](http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Luiza_Athayde.pdf)> [acesso em 20.12.2011].

CARVALHO E. F. (2005) *Meio ambiente & direitos humanos*. Curitiba: Juruá.

COSTA RICA. *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, reparaciones y costas)* [online] disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf)> [acesso em 20.12.2011].

COSTA RICA. *Corte interamericana de Derechos Humanos caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas)* [online] disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)> [acesso em 20.12.2011].

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (1991) *Nosso Futuro Comum*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas.

COSTA RICA. *Comissão Interamericana de Derechos Humanos. Relatório*

n ° 76/2009, de 05 de agosto de 2009. Petição 1473-06, Caso *Comunidade de la Oroya vs. Peru* [online] disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2009eng/Peru1473.06eng.htm>> [acesso em 20.12.2011].

BRASIL. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento* [online] disponível em <<http://www.ufpa.br/npadc/gpeea/DocsEA/DeclaraRioMA.pdf>> [acesso em 20.12.2011].

COSTA RICA. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, Art. 62.* [online] disponível em <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)> [acesso em 20.12.2011].

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, "Protocolo de San Salvador"* [online] disponível em <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)> [acesso em 20.12.2011].

PIOVESAN Flávia (2000) *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad.





# FUTURO DE LA INTEGRACIÓN EN LA NUEVA CIVILIZACIÓN

## O FUTURO DA INTEGRAÇÃO NA NOVA CIVILIZAÇÃO

*Eve Rimoldi de Ladmann\**

---

**Resumen:** *Analizo los cambios a los cuales asistimos en el mundo actual, que implican un cambio de civilización. Las nuevas tecnologías de las comunicaciones permiten un acercamiento que supera las distancias así como un mejor conocimiento, influyendo también en las relaciones económicas pasando de “sociedades de producción” a “sociedades del conocimiento”. Comprenderlos nos permitirá subsistir como Región. El desarrollo de la comunicación no sólo influye en el sistema político, sino que modifica también las relaciones comerciales.*

*Los procesos de regionalización no constituyen entonces una creación arbitraria ni un proceso ideológico, sino una respuesta a las nuevas necesidades que pueden advertirse, intentando entonces acercar soluciones a los problemas que han surgido no sólo en los países del tercer mundo.*

**Resumo:** *Analiso as mudanças que assistimos no mundo atual, as quais implicam alterações de civilização. As novas tecnologias de comunicação permitem uma aproximação que supera as distâncias e favorece o conhecimento, influenciando também nas relações econômicas*

---

\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Economía y Administración de Empresas -Instituto Universitario-ESEADE. Posgrado de Perfeccionamiento del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya. Reconocimientos: Diploma como Profesora Consulta y por los 25 años de labor docente, Facultad de Derecho de la UBA (2007). Premio a la producción Científica y Tecnológica, años 1992, 1993 y 1994, entregado por el Consejo Superior de la UBA. Miembro de numerosos Tribunales de Tesis Doctoral en universidades argentinas y en el extranjero. Directora de diversos becarios. Directora del Seminario Permanente de Becarios del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (1994-1995). Directora e investigadora en distintos proyectos de investigación. Integrante de diversos Grupos de Investigación. Proyectos UBACYT. Evaluación de investigadores del CONICET y diversas universidades. Miembro de diversas Sociedades Científicas y Academias Nacionales e Internacionales. Directora de Carreras de Especialización y Cursos de Posgrado. Participación en numerosos Seminarios y diferentes reuniones académicas, como conferenciante, expositora, panelista, coordinadora u organizadora. Directora del Curso de Actualización en Derecho de la Integración y del Mercosur Departamento de Graduados. Facultad de Derecho. UBA (1997-2009). Autora de numerosos artículos y publicaciones.

*passando de “sociedades de produção” a “sociedades de conhecimento”. A compreensão dessas mudanças nos permitirá subsistir como Região. O desenvolvimento da comunicação não apenas influi no sistema político, mas também modifica as relações comerciais.*

*Os processos de regionalização não constituem, assim, uma criação arbitrária nem um processo ideológico, mas uma resposta às novas necessidades que podem surgir, buscando, então, levar soluções aos problemas que surgiram não apenas nos países de terceiro mundo.*

**Palabras clave:** *Transición, Cambios, Integración, Asia, Pacífico, Tecnologías, ¿Estado Nación?*

**Palavras-chave:** *Transição, Mudanças, Integração, Ásia, Pacífico, Tecnologias, Estado-nação?*

---

Nuevamente nos planteamos en el dos mil trece si los procesos de integración resultan una solución adecuada al escenario actual. Para dar una respuesta a ese interrogante debemos intentar una descripción de las características de ese escenario, ya que los cambios que se han producido en este milenio son tan profundos que, coincidiendo con quienes lo han manifestado, asistimos a una nueva civilización.

He tratado el tema anteriormente y no puedo dejar de referirme a esos cambios que tornan tan difícil su comprensión a quienes deben tomar decisiones, tanto políticas como económicas<sup>1</sup>.

Ello ocurre no sólo en los países que integramos el Mercosur sino también en los que se han denominado del primer mundo que tratan de construir un nuevo sistema internacional basado en un modelo diferente en sus relaciones, no ya de confrontación sino de competencia, intentando compartir beneficios.

Esa sensación de sentirnos en transición de un período histórico a otro, de una civilización a otra, nos obliga a reformular anteriores conclusiones para desarrollar conceptos nuevos que permitan un mejor entendimiento de los procesos a los cuales nos enfrentamos, teniendo también en cuenta que la inmutabilidad no es una característica de la realidad.

El modelo que se elija para el análisis de esa realidad debe ser sometido a un proceso crítico que permita determinar el grado de

---

<sup>1</sup> RIMOLDI DE LADMANN Eve. *Los Procesos de Integración y los Desafíos del Mundo Actual. Las Relaciones Exteriores del Mercosur*. Bs. As. Ed. Universidad de Buenos Aires. 2010.

coincidencia entre la estructura propuesta y la que deriva de los hechos exteriores, para poder advertir las distintas pautas de comportamiento de los subsecuentes períodos históricos.

Si bien no es posible predecir el futuro, la solución de los problemas que enfrentamos se tornará imposible si pretendemos asumirla en forma aislada. Será el obrar en forma conjunta y las alianzas las que aportarán los cambios que habrá que ir adoptando.

Pero esas propuestas y soluciones dependerán no sólo de la capacidad de quienes estudien los problemas y aporten estrategias de cambios sino principalmente, de las pautas culturales de los actores políticos que las tomen.

Se ha desarrollado un movimiento conocido como “acceso abierto en el ciclo de la comunicación científica” que promueve, con propósitos educativos, el derecho a la libre disponibilidad a través de Internet del texto completo de artículos publicados por investigadores manteniendo el reconocimiento de la autoría, lo cual permitiría aumentar el impacto y la visibilidad de los trabajos científicos<sup>2</sup>.

El acceso a la información y al conocimiento no sería actualmente un problema, pero su interpretación puede ser distorsionada por los intereses a los que puedan responder quienes finalmente deciden.

Para comprender esas dificultades me ha parecido útil señalar las características de la civilización en la que vivimos actualmente:

**Primera:** En el siglo pasado el conflicto entre las dos potencias dominantes (Estados Unidos y la URSS) condicionaba la adhesión de los países.

Sin embargo, aquel mundo bipolar ha desaparecido y se ha desdibujado la clara identificación de las ideologías que lo sustentaban. El desarrollo de los países emergentes no era un tema aún importante en las relaciones internacionales. Sin embargo, a mediados del siglo pasado Europa occidental comprendió que su unión le permitiría alcanzar un progreso económico que la guerra había impedido.

En 1957 se firma el *Tratado de Roma* y a pesar de los conflictos que han surgido, crearon una Comunidad que fue estrechando sus vínculos hasta firmar el 1 de diciembre de 2009 el *Tratado de Lisboa*, ratificado

---

<sup>2</sup> EVERETT - GREEN Robert. “Cyberspace” en *Book of the Year*, Editorial Encyclopaedia Britannica. 1996.

por 25 de los 28 Estados que la integran<sup>3</sup>.

No ha surgido otra Comunidad tan estrechamente ligada. Sin embargo, también avanzan las integraciones en los países de Asia y entre los dos que se encuentran aislados: Australia y Nueva Zelanda.

A estos últimos, el ingreso de Gran Bretaña a la Unión Europea les hizo comprender que su relación económica se vería limitada. Firmaron entonces un *Tratado Comercial para el Estrechamiento de la Cooperación Económica entre Australia y Nueva Zelandia* e implementaron las normas de la Organización Mundial de Comercio, reduciendo sus tarifas y homogeneizando sus sistemas aduaneros, incluyendo en las negociaciones los servicios y las inversiones; eliminando los subsidios a las exportaciones recíprocas y las barreras no arancelarias y arancelarias, excepto para algunos productos sensibles; eliminaron también las medidas antidumping en el comercio bilateral.

A los países menos desarrollados les reconocen aranceles preferenciales para la importación de bienes producidos o fabricados de ese origen, siempre que al menos el 50% de los mismos o de sus insumos sea natural de la región. Es el caso de los productos del Mercosur.

No se detiene allí el desarrollo de las relaciones económicas en el continente asiático y me parece útil referirme a ellas aunque brevemente, para compararlas con el desarrollo de las mismas en América Latina.

a) Finalizada la Guerra Fría y pacificada la Región, se decidió establecer una Zona de Libre Comercio Asiática (*AFTA o Asia Free Trade Agreement*), con una Tarifa Común de Preferencias Efectivas (CEPT según su sigla en inglés), firmando en Singapur el Tratado de Amistad y Cooperación en el Sudeste Asiático por el que se acuerda una rebaja tarifaria en quince años que llevaría los aranceles entre 0 y 5% intra - región.

Esa meta se logró en el 2003 para el 87 % de los productos, aunque quedaron excluidos los servicios, las materias primas de origen agrícola y los productos primarios no elaborados. Ese mercado ha crecido a partir de un notable aumento de la producción industrial.

b) Debemos considerar también a la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) que surge con la Declaración de Bangkok que firman Filipinas, Indonesia, Malasia, Singapur y Tailandia, reemplazando a la Association of Southeast Asia (ASA)

---

<sup>3</sup> El último país en incorporarse a la Unión Europea ha sido Croacia en el 2013.

que habían constituido en 1961 Filipinas, Malasia y Tailandia.

Creada en 1967, Brunei Drussalam se incorpora posteriormente al independizarse en 1984 y como observadores primero y luego como miembros plenos lo hicieron Camboya, Vietnam (julio de 1995), Myanmar y Laos (1997), completándose así el número de los diez países del Sudeste asiático que integran la Asociación, con una población que según cifras aproximadas sería de 566.932.715 habitantes<sup>4</sup>.

Es país observador Papúa Nueva Guinea. Asimismo han firmado un Acuerdo de Cooperación con la Unión Europea y constituyeron un Foro conjunto con Japón, Corea del Sur y China.

Se han fijado los fundamentos del Acuerdo:

- Promover el desarrollo económico, cultural y social mediante programas de cooperación que les permitieran incrementar sus ventajas competitivas para llegar al mercado mundial, constituyendo un referente de consulta necesaria en cualquier proyecto.
- Respeto mutuo de su independencia, soberanía, igualdad, integridad territorial e identidad nacional.
- Derecho de cada Estado de conducir su existencia nacional libre de interferencias externas, subversión o coerción, sin intervención en los asuntos internos de cada uno.
- Solución mediante medios pacíficos de diferencias y disputas, renunciando a la amenaza o uso de la fuerza.
- Efectiva cooperación entre ellos. Se prefirió no establecer una estructura formal permanente. Las decisiones son inter-gubernamentales y han sido previstas:
  - las *Reuniones de Jefes de Gobierno* cada tres años, para fijar las directivas de la Asociación;
  - las *Reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores, Economía y de otras carteras* en caso necesario, para proponer lineamientos políticos y coordinar actividades;
  - *Reuniones Consultivas Conjuntas*, donde se tratan temas como

---

<sup>4</sup> Según cifras estimadas de la Oficina del Censo de Estados Unidos.

preservación del medio ambiente, desarrollo social, ciencia y tecnología, cultura e información, industria, minerales y energía, drogas, turismo y asuntos legales;

- Un *Foro Regional* (ARF) al que invitan a países extra-zona, para debatir temas políticos y de seguridad, propuesto en la Reunión del 23/24 de julio de 1993;
- *Reuniones posteriores a las celebradas en el más alto nivel intra-regional*, con representantes de los países de la APEC, de la Unión Europea, Rusia y Laos en lo que ha dado en llamarse una “diplomacia preventiva”.
- Asimismo fue propuesta una iniciativa: la Alianza Estados Unidos – ASEAN, surgida en la Reunión de APEC de noviembre de 1993, comenzó a implementarse al año siguiente. Tiene sólo un alcance comercial basado en el interés de Estados Unidos en eliminar las barreras comerciales existentes y revertir su déficit en el intercambio con la región.

ASEAN mantiene representaciones en 12 países, los Comités ASEAN en los cuales se estableció un mecanismo de diálogo. Ninguno de ellos es de América Latina. Un Secretario General, con rango de Embajador y status ministerial, con sede en Indonesia, coordina las actividades de las Conferencias o Reuniones y de los Comités.

En julio del 2001 en la Conferencia Ministerial organizada por Vietnam, se acordó intensificar la integración y ampliar la cooperación, incluyendo una convocatoria a países extra – regionales, invitándolos a su adhesión al Tratado de Amistad y Cooperación.

En la Reunión se propuso la celebración de una Segunda Cumbre en la ciudad de Cebu, Filipinas. En esa 12 th Reunión de la ASEAN del 13 de enero de 2007, los Jefes de Estado o de Gobierno de Brunei, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam decidieron crear una sola Comunidad en el 2020.

c) Resulta también de interés en Asia Pacífico una referencia a la *APEC (ASIAN PACIFIC ECONOMIC COOPERATION)*<sup>5</sup>.

En las reuniones anuales que se realizaron han participado países de la cuenca del Pacífico y de Oceanía tanto de Asia como de América: Australia, Brunei, Canadá, Corea del Sur, Chile, la República Popular

---

<sup>5</sup> [www.apec.org](http://www.apec.org).

de China, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papua Nueva Guinea, Singapur, Tailandia, Taiwan y Estados Unidos<sup>6</sup>. Se incorporaron en noviembre de 1999 Rusia, Vietnam y Perú. Lo solicitaron asimismo Ecuador, India, Macao, Pakistán y Sri Lanka.

Las diferencias estructurales, culturales y económicas que existen entre ellos, no permitieron crear órganos permanentes por lo cual se adoptó una institucionalización flexible, intergubernamental y funcional.

Se reúnen periódicamente desde 1993 los Líderes de cada país; los Ministros de Relaciones Exteriores y Comercio cuyo objeto es aprobar el programa de trabajo y su presupuesto.

La Secretaría Administrativa, que tiene su sede en Singapur, es financiada por su gobierno. Su director ejecutivo es secundado por un *staff* profesional.

Adoptaron también los principios de la Convención de Kyoto sobre prácticas aduaneras y el uso del UN/EDIFACT estándar para los procedimientos aduaneros.

Con el objeto de evitar confrontaciones se firmaron una red de acuerdos mutuos de reconocimiento en diversas áreas (productos eléctricos; alimenticios; programa de desarrollo de infraestructura técnica entre otras) y un régimen de controversias.

Avanzaron en la liberalización del comercio y las inversiones y en la adecuación de sus normas mediante la convergencia, de acuerdo a las recomendaciones propuestas en el nivel regional<sup>7</sup>.

La Región Asia Pacífico aparece involucrada en otras organizaciones interna-cionales buscando el progreso de sus relaciones a través del diálogo. Sólo las menciono:

El PECC (*PACIFIC ECONOMIC COOPERATION COUNCIL*)<sup>8</sup>, fundada en 1980 por una propuesta de los Primeros Ministros Malcom Fraser (Australia) y Massayoshi Ohira (Japón).

---

6 <http://www.apecsec.org.sg>.

7 Ver YAMAZAWA Ippai. "Ecotech y FEEEP: la agenda pendiente de APEC" en *SELA Relaciones de América Latina y el Caribe con Asia Pacífico*. (1997 - 1998- INTAL - BID. Ed. CORREGIDOR. Buenos Aires. 1999. Cap. VI.

8 Las siglas de las organizaciones se citan en inglés por resultar la forma habitual de hacerlo y permitir así su identificación. Su traducción al español es Consejo de Cooperación Económica del Pacífico.



*EAEC (EAST ASIAN ECONOMIC CAUCUS)*, iniciativa de Malasia para permitir a la región exclusivamente asiática la mejor defensa de sus intereses, aunque no fue concebido como un bloque comercial. Formaban parte en la primera reunión a fines de 1990, seis miembros: Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia y Brunei.

*PBEC (PACIFIC BASIN ECONOMIC COUNCIL)*, una iniciativa privada que surge en 1967 como organización empresarial integrada por corporaciones de los países de la región del Pacífico (Australia, Canadá, Chile, Corea, Estados Unidos, Fidji, Filipinas, Hong Kong, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú y Taiwán, que se ha ido ampliando). Se adoptó una simple estructura institucional, con una Secretaría Internacional con sede en Honolulu que coordina sus actividades y presta apoyo logístico; un Comité Directivo, que orienta el desarrollo de tareas y presta asistencia a las empresas; los Comités locales que se agrupan por sectores de áreas de producción y de servicios, incluyendo estos últimos a las Universidades e Institutos de investigación.

*FOCALAE (EALAF O EAST ASEAN LATIN AMERICA FORUM)*<sup>9</sup>. Fue propuesta en 1998 por el Primer Ministro de Singapur Goh Chok Tong, para promover el diálogo inter - regional.

El ha expresado: “Yo concebí al EALAF como un diálogo de múltiples dimensiones”<sup>10</sup>. Su objeto sería “eliminar “las barreras psicológicas” que la Discurso pronunciado por el Primer Ministro Goh Chok Tong el 2 de junio de 1999 en el CARI.

Para los países que integran el MERCOSUR la diversificación de las relaciones inter - regionales les permitirían ampliar el espacio de participación en los debates de los problemas comunes que deben enfrentar.

Los fracasos son siempre costosos. Como sostenía Bismark sólo un loco aprende de su propia experiencia. Una persona sensata aprende de la experiencia de los demás.

Para ampliar el desarrollo, hace falta tanto estabilidad institucional como una apropiada conducción política transparente.

**Segunda:** Otra característica de la civilización actual podemos

---

<sup>9</sup> Su sigla en español es FOCALAE (Foro de Cooperación América Latina – Asia del Este).

<sup>10</sup> Discurso pronunciado por el Primer Ministro Goh Chok Tong el 2 de junio de 1999 en el CARI.



advertirla en las dificultades que tienen las fronteras convencionales del Estado Nación para limitar el avance en su territorio de problemas que sólo podrán superarse mediante la cooperación de sus soberanías.

Esa estructura política del Estado Nación surgió por los cambios que la civilización industrial exigió: la producción en serie que sustituyó a la producción artesanal, requería el ejercicio de la autoridad en el territorio donde se instalaban las nuevas industrias, con la producción en gran escala que sustituyó a los pequeños talleres.

Aparece la fábrica y con ella las concentraciones urbanas, trasladándose a otras instituciones sociales: escuelas para los niños, hospitales para los enfermos, cárceles para los delincuentes<sup>11</sup>. Se produce también una concentración del poder económico y del capital necesario para invertir en las industrias y las nuevas estructuras intermedias del comercio, tanto en Occidente como en los países comunistas donde la concentración de capital está a cargo del Estado.

Los cambios que advertimos en la civilización actual ¿exigen también nuevas relaciones entre los Estados? ¿Representan un nuevo desafío? ¿Puede considerarse el comienzo de una “civilización” diferente? No tengo la respuesta, pero me parece de interés referirme a esos cambios, para lo cual señalo algunos:

a) Las migraciones masivas y los asentamientos periféricos en las grandes ciudades. Es un problema que se agrava ante el crecimiento de grupos que son introducidos mediante redes que obtienen ganancias importantes de su actividad ilegal. Buscan mejores condiciones de vida, que no siempre obtienen o bien huyen de enfrentamientos internos. Los requerimientos para su adaptación exigen prestaciones de educación, capacitación, salud, vivienda y trabajo que debiera asumir cada Estado receptor.

b) La lucha contra el terrorismo internacional así como la lucha contra la delincuencia transnacional. Al Estado Nación le resultan ineficaces las decisiones que toma para proteger las fronteras, que en el caso del narcotráfico ha producido redes globales que representan un desafío para la organización política actual y al concepto mismo de frontera.

Deben incluirse también actividades en áreas como las finanzas, la banca, las inversiones o el lavado de dinero para las cuales tampoco las fronteras nacionales representan un límite.

---

<sup>11</sup> TOFFLER Alvin. La Tercera Ola.

c) Las crisis económicas. La transnacionalización de problemas incluye también a los mercados financieros, crediticios e inmobiliarios. No ha sido la del 2008/2009 la primera que ha ocurrido en el mundo, aunque sí la que ha tenido tal alcance extendiéndose tanto en países desarrollados como a los que se encuentran en etapas de desarrollo, obligando a los gobiernos a intervenir y adoptar medidas de salvataje de empresas públicas y privadas sin que hubiera una regulación adecuada de las calificadoras de riesgo que advirtieran los peligros.

d) Los cambios en la elaboración de productos, que en la era industrial anterior se completaban en una fábrica de un Estado determinado y hoy se integran mediante la producción de partes para un armado final en otro Estado. Un ejemplo es la producción de autos o el abastecimiento de recursos primarios y energéticos que atraviesan incluso las fronteras nacionales. Argentina y Brasil comparten esas condiciones.

e) Los cambios han sido notables también en el medio ambiente y la polución. Ya fueron planteados en un estudio realizado por iniciativa del Club de Roma, publicado en 1977 sobre *Los Límites al Crecimiento*. Señalaron en ese trabajo, las tendencias a largo plazo que se advertían en el agotamiento de los recursos y los daños al medio ambiente: contaminación, cambio climático; escasez en la provisión de agua y alimentos entre otros.

Se han firmado algunos acuerdos internacionales: podemos mencionar: el Tratado de 1992 sobre Cambio Climático, en el cual los países asumen el compromiso de “evitar peligrosas interferencias antropogénicas en el sistema climático”; el Protocolo de Kyoto” de 1997, aún no ratificado por todos los Estados aunque sí lo hicieron los Estados Miembros del Mercosur, incluyendo Venezuela.

En 2009, tuvo lugar en Copenhague la 15a Reunión Anual de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas, con la presencia de 119 jefes de Estado y 15.000 delegados de diferentes naciones.

En ella, Japón propuso una mayor meta en la reducción de gases contaminantes y Brasil, entre los Miembros del MERCOSUR, comunicó la aprobación por su Congreso de una ley que establece la reducción de emisiones. El entonces Presidente, Luis Ignacio Lula da Silva, anunció la disposición del país de colaborar con fondos propios para la lucha que desarrollen los países con menos recursos. Sin embargo, no se logró en

esa ocasión un acuerdo vinculante.

Se han realizado veintiocho Conferencias sobre cambio climático. Una nueva reunión de la Conferencia, la No. XVI se celebró en Cancún, Mexico, en el 2010 y la última hasta el presente, en Catar en el 2012.

En el mes de junio de este año 2013, tuvo lugar en Bonn el 38 período de sesiones de los Organos Subsidiarios de Ejecución y de Asesoramiento Científico y Tecnológico previstos en el Protocolo de Kyoto que revieron las modalidades y procedimientos de desarrollo de los mecanismos de mantenimiento de la limpieza ambiental y aprobaron un plan de desarrollo y transferencia de tecnología e implementación de mecanismos tecnológicos<sup>12</sup>.

f) Podemos incluir en los cambios la expansión de amenazas a la salud, que afectan a poblaciones enteras y exigen una acción coordinada de los diferentes países y ponen también a prueba la capacidad de los Estados para darles una solución.

Las decisiones que deben adoptarse representan costos que asumirá cada Estado afrontando los gastos de asistencia sin sacrificar los objetivos fundamentales de calidad, equidad y crecimiento.

**Tercera:** A pesar de considerarlos esenciales, he dejado para el final referirme a los medios audiovisuales y las nuevas tecnologías que han provocado cambios tanto en las estructuras políticas como en las sociales, difundiendo valores e ideas que se aceptan como realidades.

La Revolución Tecnológica en las Telecomunicaciones nos permite conocer de inmediato los acontecimientos que ocurren en cualquier parte de nuestro planeta, no a través del discurso "oficial" sino de las cámaras que nos acercan los hechos por los medios electrónicos y la creación de los espacios virtuales, como "Facebook"; "Flickr" (almacenaje e intercambio de videos y fotos); "Youtube" (para compartir videos); "Twitter" entre otros, los cuales impiden ocultar la verdad de los acontecimientos. La posibilidad de disponer de nuevos componentes electrónicos de menor costo, mayor eficiencia y rapidez por la utilización del grafeno, un elemento flexible y doscientas veces más resistente que el acero y con más alta conductividad térmica y electrónica ampliará esas condiciones.

---

<sup>12</sup> La Corte Suprema de Justicia de Argentina ha dictado un fallo en 2008 Martínez, Beatriz Silvia y otros, en el cual ejerciendo sus facultades implícitas, avanza en la consideración del problema de contaminación de la cuenca La Matanza Riachuelo.

El desarrollo de la comunicación no sólo influye en el sistema político, sino que modifica también las relaciones comerciales. Las nuevas tecnologías de las comunicaciones permiten un acercamiento que supera las distancias así como un mejor conocimiento, influyendo en el cambio de las “sociedades de producción” a las “sociedades del conocimiento”. Aparece asimismo el concepto de “market space” que supera el anterior de “market place”.

La influencia es notoria en las relaciones económicas. De la misma manera en que la producción industrial se desmasifica, se produce una adaptación personificada a los gustos del consumidor que deben ser satisfechos mediante la oferta de canales de información en la televisión por cable y digital; en internet, mediante la creación de espacios en temas específicos y por la capacidad de las computadoras de comunicarse. El usuario ya no es un espectador sino que puede participar hasta constituirse en protagonista del intercambio de información.

Esa interconexión ha permitido también identificar aspectos de la realidad que ocurre tanto en los países desarrollados como en aquéllos que no han alcanzado esa etapa y a los cuales me he referido: la escasez de los recursos energéticos, los problemas ambientales; la deforestación y el cambio climático; los recursos para mantener los servicios de salud y la proyección de la edad. Nuevamente podemos comprobar que las fronteras nacionales no impiden la expansión de esos problemas.

Asimismo podemos advertir una mayor presencia de la opinión pública que se expresa no solo en las cuestiones nacionales sino también frente a problemas que atañen a otros países, a partir de las posibilidades de información y comunicación que ofrecen las nuevas tecnologías de la imagen, que dejan una huella profunda. Sin embargo, en algunos casos esos cambios no han sido comprendidos por quienes ejercen el poder político, que no reflejan en sus discursos y decisiones los cambios producidos. Al Estado Nación le resulta difícil, si no imposible, controlar las redes de información y los canales de comunicación que los adelantos actuales hicieron posible. Las prohibiciones que intentan no alcanzan a las transmisiones vía satélite que recorren el mundo por encima de las fronteras. El usuario ya no es un espectador sino que puede participar hasta constituirse en protagonista del intercambio de información. Esas diferencias deben tenerse en cuenta por quienes ejercen el poder político y económico, no enfrentando a los Estados, sino logrando la integración de las soluciones<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> EVERETT - GREEN Robert. “Cyberspace” en Encyclopedia Britannica, Book of the Year, Estados Unidos 1996, p.158.

En nuestra Región podemos señalar algunas características que debieran tenerse en cuenta para lograr el desarrollo<sup>14</sup>: a) la creación de una red de seguridad social eficiente y de bajo costo. En general, la proporción de los gastos en seguridad social es mayor en América Latina que en Europa a pesar de su ineficacia para alcanzar los objetivos; b) la profesionalización de la administración pública mediante adecuados programas de entrenamiento; c) la eliminación del clientelismo y las conexiones - en ocasiones poco claras- entre los sectores públicos y privados; d) la erradicación de la pobreza mediante un diseño institucional de proyectos en los que se involucren los gobiernos centrales y locales mediante reglas claras; e) la defensa de la competencia para asegurar un gobierno corporativo prudente debe ser tarea tanto del estado como de la sociedad civil; f) la importancia que debe darse a las pequeñas y medianas empresas en el desarrollo económico y su dinamismo tanto por su contribución en la creación de empleos como en canalizar habilidades empresariales. Para ello debieran simplificarse los procedimientos burocráticos creando canales apropiados de información entre la administración pública y los empresarios; lograr mejores posibilidades de acceso a una financiación accesible; incorporar nuevas tecnologías, capacitando para utilizarlas.

Los procesos de regionalización no constituyen una creación arbitraria ni un proceso ideológico, sino una respuesta a las nuevas necesidades que pueden advertirse, intentando entonces acercar soluciones a los problemas que han surgido no sólo en los países del tercer mundo.

## **Referencias bibliográficas**

ABREU BONILLA Sergio, PASTORI FILLOL Alejandro (1992) *Uruguay y el Nuevo Orden Mundial*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.

AGUILAR MONTEVERDE Alonso (2002) *Globalización y Capitalismo*. México: Plaza & Janés.

BAUMAN Zygmunt (2002) *La globalización: consecuencias humanas*. 2da ed. México: Fondo de Cultura Económica.

BOBBIO Norberto (1998) *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. Buenos Aires: Editorial Fondo de Cultura Económica.

---

<sup>14</sup> Fueron señaladas en una Reunión organizada por el Gobierno de Japón en Tokio el 7/8 de marzo de 2002.

CAI Cuihong & NI Shixiong (2007) “Is knowledge society possible in the international arena? a constructive interpretation of china’s strategic culture” en *China International Studies* (2), p. 142-157.

CAPALDO Griselda, SHECKMANN JaN CLERICO Laura (dir) (2012) *Internacionalización del Derecho Constitucional, Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Ed. Eudeba.

DEUTSCH Karl W. (1980) *Los Nervios del Gobierno. Modelos de Comunicación y Control*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

DRUCKER Peter F. (1996) *La Administración en una Epoca de Grandes Cambios*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.

DUVERGER Maurice (1992) *Europa de los Hombres. Una metamorfosis Inacabada*. Barcelona: Ediciones Paidós.

GHEMAWAT Pankaj (2008) *Redefiniendo la globalización: la importancia de las diferencias en un mundo globalizado*. Barcelona: Ediciones Deusto.

HUNTINGTON Samuel (2000) *Important Role of Culture Prejudice: How Values Influence Human Progress*. Xinhua: China Press.

KAPLAN Morton A. (1968) *New Approaches to International Relations*. Nueva York: Editorial St. Martin´s.

MAGARIÑOS Carlos A. (2005) “Una Propuesta en el contexto de los objetivos de desarrollo del Milenio”, en *Desarrollo Económico y Reforma de las Naciones Unidas. Hacia una Agenda Conjunta para la Acción*. Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.

MEADOWS Donella et al (1972) *Los Límites del Crecimiento*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica.

NYE Joseph S. (2006) “The Challenges of China” en *How to Make America Safe: New Policies for National Security*. Ed. Stephen Van Evera. Tobin Project.

ORTIZ Tulio E., PARDO María Laura (coords) (2006) *Estado Posmoderno y Globalización*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. UBA.

RIMOLDI de LADMANN Eve (2010) *Los Procesos de Integración y los Desafíos del Mundo Actual*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Buenos Aires.

RIMOLDI DE LADMANN Eve (1999) *Política Exterior y Tratados. Argentina. Chile. Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

ROSENAU J. N. (1980) *The Study of Global Interdependence: Essays on the Transnationalization of World Affairs*. London: Frances Printer Publishers.

ROSENCRANCE R. (1986) *The Rise of the Trading State: Commerce and Conquest in the Modern World*. New York: Ed. Basic Books.

TOURAINÉ Alain (1997) “Pasaje entre dos mundos”, en HALPERÍN Jorge (coord) *Argentina en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Atlántida.

WALLERSTEIN Immanuel (1980) *The Modern World System*. New York: Academic Press.

WALTZ Kenneth N. (1998) *Teoría de la Política Internacional*. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano.

WEBER Max (1994) *Economía y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.

WENDT Alexander (2004) “The state as person in international theory,” *Review of International Studies* (30).

YU XINTIAN (2004) *Cultural Factors in International Relations*. Shanghai Institute of International Studies.





# LA PERTENENCIA SIMULTÁNEA DE LOS ESTADOS EN LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA

## A PARTICIPAÇÃO SIMULTÂNEA DOS ESTADOS NOS ACORDOS DE INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA LATINA

*Jorge E. Fernández Reyes\**

---

**Resumen:** *En un reciente artículo relacionado con los “Procesos de integración contemporáneos en América Latina”, analizábamos en términos generales, las principales tendencias de dichos procesos de integración, individualizando a una de ellas, como la “Superposición e Interrelación” de los mismos en esta región, sin perjuicio de que ésta no era una característica única de América Latina, sino que la misma, también podía observarse en el continente europeo, africano y asiático<sup>1</sup>.*

*Afirmábamos en dicha oportunidad –sin profundizar en sus consecuencias– que una de las manifestaciones integracionistas de fines del siglo pasado y de lo que transcurre del presente, era la existencia de un número importante de “Procesos de Integración en América Latina”, que si bien tenían objetivos o finalidades conceptualmente similares, tenían fundamentos o explicaciones de diversa índole y que se superponían y relacionaban, a partir de la configuración de las “participaciones múltiples” por parte de los Estados.*

*A partir de dicha afirmación, vinculada con los distintos esquemas de integración en América Latina, la intención de este artículo es analizar el tema desde la óptica de la participación simultánea de los Estados en uno o más Acuerdos Regionales de Integración y las consecuencias que derivan de la misma, del punto de vista económico y jurídico.*

**Resumo:** *Em recente artigo relacionado aos “Processos de integração contemporâneos na América Latina”, analisamos, em termos gerais, suas principais tendências e, individualmente, a “Superposição e Inter-relação” dos mesmos na região. Tudo sem desconsiderar que não se trata de característica exclusiva da América Latina e que a mesma*

---

\* Director de la Maestría en Integración y Comercio Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, Profesor Titular de la Cátedra de Derecho de la Integración de la citada Facultad, ex Director de la Secretaría del MERCOSUR.

<sup>1</sup> Los procesos de integración latinoamericanos en la actualidad – Revista de Derecho – Facultad de Derecho – Universidad de Montevideo – Año XI (2012) No. 21, página 31 y siguientes.

também pode ser observada nos continentes europeu, africano e asiático<sup>2</sup>.

Afirmávamos, nessa oportunidade e sem nos aprofundar em suas conseqüências, que uma das manifestações integracionistas do final do século passado -e que se dá ainda no presente- tinha lugar na existência de um número importante de “Processos de Integração na América Latina”, que, apesar de possuírem objetivos ou finalidades conceitualmente similares, tinham fundamentos ou explicações de índoles diversas, as quais se sobrepunham e relacionavam a partir da configuração das “participações múltiplas” dos Estados.

A partir da referida afirmação vinculada aos distintos esquemas de integração na América Latina, a intenção deste artigo é analisar o tema sob a ótica da participação simultânea dos Estados em um ou mais Acordos Regionais de Integração e as conseqüências que derivam da mesma sob os pontos de vista econômico e jurídico.

**Palabras clave:** *Acuerdos Regionales, Acuerdo de Comercio o Preferenciales de Comercio, Procesos de Integración, Superposición, Interrelación, Pertenencia o Participación Simultánea, Participaciones Múltiples, Cláusula de la Nación Más Favorecida, GATT/OMC (Acuerdo General de Tarifas y Comercio – Organización Mundial de Comercio), Acuerdo Regional, Acuerdo Subregional, Subregionalismo*

**Palavras-chave:** *Acordos Regionais, Acordo de Comércio ou Preferências de Comércio, Processos de Integração, Superposição, Inter-relação, Pertencimento ou Participação Simultânea, Participações Múltiplas, Cláusula da Nação Mais Favorecida, GATT/OMC (Acordo Geral de Tarifas e Comércio – Organização Mundial do Comércio), Acordo Regional, Acordo Sub-regional, Sub-regionalismo*

---

## 1. Introducción

A modo de introducción, se puede apreciar en la segunda parte del siglo pasado y en lo que transcurre del presente, una tendencia o realidad imperante en América Latina, en la que participan prácticamente todos los Estados que conforman dicha región, y que responde a la constitución de esquemas de integración de carácter o alcance regional y subregional, de contenido –principalmente- comercial y/o económico, sin perjuicio de contemplar otras dimensiones de la integración (i.e. política, social, cultural, etc.).

---

<sup>2</sup> Los procesos de integración latinoamericanos en la actualidad – Revista de Derecho – Facultad de Derecho – Universidad de Montevideo – Año XI (2012) No. 21, página 31 y siguientes.

Dichos Acuerdos Regionales, de contenido comercial y/o económico, encuentran su marco jurídico en la normativa que regula el comercio a nivel mundial (GATT/OMC), y según veremos seguidamente, como una excepción a la aplicación de la cláusula de la nación favorecida (en adelante indistintamente CN+F) de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo XXIV del GATT y el Entendimiento sobre la Interpretación del Artículo XXIV del GATT; o la Cláusula de Habilitación; o el Artículo XXV del GATT; o el Artículo V del Acuerdo General del Comercio de Servicios, en función de la categoría de países involucrados y la temática en cuestión, y cuya diferencia radica - esencialmente- en el alcance o profundidad que los Tratados que los constituyen le asignan al proceso de integración en sí mismo, es decir a la modalidad de integración admitida por la normativa vigente y a la que se pretende alcanzar por los Estados integrantes del Acuerdo.

En primer término –y como objeto de análisis de este artículo– es posible observar que los Estados participantes de un esquema de integración en particular, ya sea como Estado Miembro, Parte o Asociado o en la categorización que admita el Acuerdo Regional, a su vez se vinculan con otros procesos de integración (sin desvincularse del que podríamos denominar original) en los niveles de participación previstos en esos Acuerdos, surgiendo entonces a partir de estas membresías o participaciones simultáneas de un Estado, la “interrelación” entre los procesos de integración y entre los Estados en el esquema regional, con las consecuencias que ello naturalmente implica en el comercio recíproco, esto es del punto de vista económico y comercial, y en los restantes ámbitos de actuación principalmente en el derecho y los mecanismos de solución de controversias aplicables, aspectos que no han sido objeto de tratamiento intenso por parte de la doctrina especializada.

En segundo término, es dable observar, que los “Procesos de integración” antes referidos cuyo fundamento se inserta en la normativa GATT/OMC (i.e. económico y comercial), incorporan aspectos esencialmente políticos, al igual que otras dimensiones que en algunos casos se vinculan en forma indirecta con los objetivos comerciales o económicos del proceso de integración, pero que en innumerables ocasiones rebasan en forma ostensible, los objetivos iniciales o fundacionales del Acuerdo Regional, los que si bien pueden enriquecer el proceso, también pueden desviar o enlentecer el cumplimiento de la finalidad o los objetivos principales de la modalidad de integración acordada por los Estados signatarios del Acuerdo.

Lo expuesto precedentemente, no inhibe que en ocasiones, las aludidas membresías de los Estados Partes de un Acuerdo Regional

de integración comercial y/o económica con las características antes expuestas, participe a su vez de esquemas de integración de naturaleza específicamente política o totalmente distinta de la comercial y/o económica, pudiendo generar inconsistencias en los objetivos y acciones a ser desarrolladas en uno y otro u otros esquemas integracionistas.

También, las dificultades interpretativas sobre los aspectos mencionados anteriormente, pueden ocurrir cuando se produce una sucesión en los organismos de integración, dado que en esos casos, se produce la sustitución de un esquema de integración por otro admitiendo modalidades de interacción, al incluir los aspectos orgánicos, institucionales, normativos, etc., en base a un nuevo Acuerdo (Tratado constitutivo) que habitualmente establece renovados objetivos, instrumentos, plazos, etc., aún cuando se inscribe en el marco del Sistema Multilateral de Comercio en el régimen de excepción previsto normativamente.

En resumen, analizaremos, la “participación simultánea” de uno o varios Estados en diversos Acuerdos Regionales de Integración, atendiendo al marco jurídico que regula el “comercio” a nivel mundial aplicable a dichos esquema regionales de integración, así como al tipo de Acuerdo en cuanto a su modalidad de integración, a las dimensiones involucradas en el mismo, y por ende, a la estructura orgánica, y la forma de participación de los Estados conforme a los distintos ordenamientos jurídicos emanados de los Acuerdos constitutivos y sus Protocolos adicionales.

## 2. Aspectos previos

### 2.1. Los acuerdos regionales en el marco del GATT y la OMC

De acuerdo a lo expresado anteriormente, se trata de analizar la “*participación simultánea*” de los Estados en los distintos “*Esquemas de Integración comerciales y/o económicos*” (i.e. Acuerdos Regionales, Acuerdos Preferenciales de Comercio, Acuerdos de Libre Comercio, Acuerdos de Preferencias Económicas, etc.), reconocidos como tales por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante indistintamente el GATT) y la Organización Mundial de Comercio (en adelante indistintamente la OMC), y que gozan de la excepción al Principio de No Discriminación, en los términos de la no aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida (en adelante indistintamente CN+F)<sup>3</sup>.

---

3 La noción de estos Acuerdos Regionales de carácter comercial y/o económico, en términos generales, alude a un Acuerdo entre dos o más Estados que se conceden recíproca

Al respecto, de acuerdo al marco normativo aplicable a la situación planteada, el eje estructural o rector del GATT y de la OMC, es decir el Libre Comercio y el Sistema Multilateral de Comercio respectivamente, se encuentra en el *Principio del Multilateralismo* y el *Principio de No Discriminación* y dentro de éste último, en la aplicación de la *Cláusula de la Nación Más Favorecida* y la *Cláusula del Trato Nacional*, sin perjuicio de los restantes Principios que sustentan y rigen el comercio a nivel mundial; esto es: (i) un *comercio mas libre* de manera gradual, mediante negociaciones que promuevan una reducción de los obstáculos al comercio; (ii) un *comercio mas predecible o previsible* a través de la consolidación en los límites máximos de los topes arancelarios y la transparencia en las normas públicas; (iii) un *comercio más competitivo*, mediante la promoción de una competencia leal desalentando las prácticas desleales al comercio; y (iv) la *promoción del desarrollo y la reforma económica*, en un comercio más ventajoso – en términos de tiempo, flexibilidad y privilegios especiales - para los países en vías de desarrollos o menos adelantados.

Por su parte, la Cláusula de la Nación Más Favorecida, consagra el trato igualitario en materia de comercio para todos los países miembros del GATT/OMC, esto es, si un Estado miembro del GATT/OMC le concede a un país una ventaja, un favor, un privilegio o una inmunidad especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno o más productos), dicha ventaja, favor, privilegio o inmunidad, se tiene que extender –inmediata e incondicionalmente- a los restantes países miembros del GATT/OMC.

Y esto se aplica en las tres esferas principales del comercio en que actúa el GATT/OMC, es decir en el comercio de Bienes o Mercancías (Artículo 1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio-GATT); en el comercio de los Servicios (Artículo 2 del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios –en adelante indistintamente AGCS); y en materia de Propiedad Intelectual (Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – en adelante indistintamente ADPIC).

No obstante ello, la normativa GATT/OMC admite diversas excepciones a la aplicación del Principio de No Discriminación en las tres esferas de actuación antes aludidas, es decir en el artículo 3 del GATT en materia de bienes o mercancías; en el artículo 17 del AGCS en materia de servicios; y en el artículo 4 del ADIPC en el ámbito de la propiedad intelectual.

---

o mutuamente preferencias o concesiones en su intercambio de bienes o mercancías, sin perjuicio de la incorporación de otros aspectos vinculados con el comercio recíproco.

Específicamente podemos referirnos a las excepciones al Principio de No Discriminación (en las Cláusulas aludidas) de la siguiente forma: (i) a la posibilidad de establecer Acuerdos de Libre Comercio, que se aplique únicamente a los productos objeto de comercio dentro del esquema de integración, sin perjuicio de hacer discriminaciones con relación a los productos de terceros países; (ii) a la posibilidad de establecer un Anexo especial a los productos de los países en vías de desarrollo a sus mercados; (iii) la alternativa de fijar obstáculos al ingreso de productos que se consideren objeto de un comercio desleal procedentes de países específicos; (iv) la invocación de cuestiones ambientales relacionadas con el comercio, siempre que no se adopten con la intención de discriminar arbitrariamente entre los productos provenientes de terceros países y los productos semejantes producidos en el país, o entre productos semejantes importados de otros Estados miembros; (v) la adopción o aplicación de las medidas necesarias para proteger la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; y (vi) cuando se adopten medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que las mismas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o el comercio nacional.

Nuestra referencia, es a la primera de las situaciones de excepción, vale decir a los “Acuerdos Regionales”, que en una primera etapa de la regulación del comercio a nivel mundial, incluía solamente a los bienes o mercancías, y por lo tanto, la conformación de las siguientes modalidades de integración: (i) Áreas de Preferencias Económicas, (ii) Zonas de Libre Comercio; y (iii) Uniones Aduaneras, y posteriormente con la incorporación de otros temas en el marco del Libre Comercio (i.e. servicios, etc.), se incorporan el (iv) Mercado Común y la (v) Unión Económica (y Monetaria) como nuevas modalidades de la integración económica y comercial.

La excepcionalidad de los Acuerdos Regionales de Integración, tuvo su fundamento original en la liberalización del comercio regional, en términos de un avance en la aplicación de las reducciones arancelarias, sin perjuicio de que en la actualidad, la doctrina mayoritaria lo circunscribe a una suerte de laboratorio o etapa previa de preparación a la aplicación de las disciplinas multilaterales.

Independientemente de la fundamentación que se elabore respecto al relacionamiento del multilateralismo con el regionalismo, en cuanto a la regla y la excepción, es decir, a la contradicción insita de la existencia de los Acuerdos Regionales, en tanto se trata de asociaciones discriminatorias del comercio en la región integrada respecto de terceros



países, lo cierto es que tanto el GATT y la OMC desde su visión orgánica y normativa los ha considerado compatibles, aplicando la teoría de la complementariedad y de las estrategias sustitutivas, bajo la premisa de que promuevan la “creación de comercio” en la región integrada, y no sean instrumentos de “desvío del comercio”<sup>4</sup>.

## **2.2. La excepción a la cláusula de la Nación más favorecida**

Por lo tanto, y según viene de verse, los “Acuerdos Regionales de Libre Comercio”, son una de las excepciones admitidas en el seno del GATT/OMC, a la aplicación de la Cláusula de la Nación Mas Favorecida, en el entendido de que la creación de comercio sea superior a la desviación de comercio.

Esto implica, tanto en el mecanismo estatuido por el Artículo XXIV del GATT y el Entendimiento sobre la Interpretación del Artículo XXIV del GATT (normas y disciplinas que se refieren a las excepciones para los países desarrollados); como en la Cláusula de Habilitación (normas y disciplinas comerciales para los países en vías de desarrollo); en el mecanismo creado para el análisis del Mercado Común del Sur - MERCOSUR (a partir de la consideración de que no era aplicable la Cláusula de Habilitación por ser uno de sus integrantes -la República Federativa del Brasil- un país desarrollado lo que implicó el análisis en una suerte de combinación de ambos mecanismos por parte del Comité sobre Acuerdos Comerciales); y el Artículo V del AGSC (normas para la integración económica en las áreas de servicios); el cumplimiento de determinados requisitos de forma (procedimiento) y de fondo (prueba de compatibilidad, ejercicio de transparencia y aspectos comerciales), que varían - naturalmente -de acuerdo al mecanismo utilizado para obtener el régimen de excepción.

O sea que de acuerdo a lo que viene de observarse, cuando dos o más Estados, suscriben la constitución de un Acuerdo Regional, pueden obtener –a través del mecanismo que corresponda de acuerdo a la condición de los países (desarrollados o en vías de desarrollo) que lo integran y con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa vigente para el grado de integración planteada - la excepción de la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida, ante los terceros países miembros del GATT/OMC que no forma parte del Acuerdo Regional.

---

<sup>4</sup> La doctrina especializada la ha considerado para los países en vías de desarrollo, tanto un alternativa como un instrumento de desarrollo económico e inserción a nivel mundial, esto es, una senda o camino o experiencia a una mayor liberalización en las relaciones comerciales internacionales.

Esto es, obtienen un régimen específico para el comercio recíproco intrazona, es decir entre los Estados Partes (fundadores y que se adhieran), y a su vez, estas ventajas, beneficios, etc. que se otorgan los Estados Miembros o Partes o Asociados, que participan del proceso de integración, no deben ser extendidos a los restantes países miembros de la Organización Mundial de Comercio.

Se trata entonces, a partir del reconocimiento de la condición de Acuerdo Regional en el marco del GATT/OMC, de la existencia en lo “interno del bloque comercial” de un *régimen específico aplicable al comercio recíproco entre los Estados* que conforman dicho esquema de integración, esto es, la región integrada tiene una regulación derivada del Tratado o Acuerdo constitutivo del esquema de integración, que se aplica, dentro del bloque regional, y que será variable de acuerdo a la modalidad de integración del bloque (i.e. Zona de Libre Comercio, Unión Aduanera, etc.).

A partir de esta consecuencia directa de la aplicación de la excepción de la CN+F en lo interno del Acuerdo Regional, si se mantiene la aplicación de la CN+F en los términos de la normativa GATT/OMC en el comercio recíproco de los Estados integrantes del bloque regional (la multilateralización del comercio como principio básico de las relaciones comerciales entre los países del GATT/OMC), o en su defecto como consecuencia de la excepción referida o por imperio de las características de la modalidad de la integración, el régimen aplicable es el resultante del ordenamiento jurídico del Acuerdo Regional.

Lo que sí es claro, que la excepción a la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida, implica – como venimos de ver – que este régimen de excepción en el comercio recíproco en lo interno (o hacia adentro del bloque regional) no debe extenderse a los restantes países miembros de la OMC, *creando la aplicación de la excepción en lo externo del esquema regional*, es decir, hacia fuera del mismo, esto es, oponible a terceros países miembros de la Organización Mundial de Comercio.

Parece claro, en una primera lectura, que la excepción de la Cláusula de la Nación Más Favorecida en los Acuerdos Regionales, tiene consecuencias directas en lo interno del esquema regional, y ello genera dificultades interpretativas (y por ende problemas jurídicos), en sede de las adhesiones de los Estados en forma simultánea a dos o más bloques comerciales y/o económicos.



### **2.3. Otros aspectos**

De forma complementaria, y en el párrafo final en el numeral I de este artículo (i.e. Introducción), es dable observar la incorporación de otros aspectos, cuya consideración es necesaria para una correcta evaluación general del tema planteado.

Las diferentes modalidades de integración, admitidas en el marco normativo del GATT y de la OMC, se evalúan en función del grado de profundidad establecido en los propios Acuerdos Preferenciales de Comercio, así como en los instrumentos de política económica y/o comercial que se contemplan en los mismos; lo que trae aparejada una institucionalidad diversa (en lo orgánico y en lo normativo); y consecuentemente la participación (i.e. derechos y obligaciones) de los Estados en dichos Acuerdos no será la misma, si estamos ante una Zona de Libre Comercio, una Unión Aduanera, un Mercado Común o una Unión Económica (y Monetaria).

Y esto no solamente, en la exigencia del cumplimiento de ciertas condiciones específicas que los Acuerdos deben cumplir para obtener el reconocimiento del GATT/OMC, sino en el mecanismo utilizado para obtener dicho reconocimiento a través del Comité de Acuerdos Regionales que recibe y “aprueba” las notificaciones de estos Acuerdos Preferenciales de Comercio.

En ese sentido, el Artículo XXIV del GATT 94 y el Entendimiento sobre la Interpretación del Artículo XXIV del GATT 94, aplicable a los Acuerdos entre países en desarrollo y entre éstos y países en vías de desarrollo para la conformación de zonas de libre comercio y uniones aduaneras principalmente, requieren determinadas exigencias –además de la transparencia– en términos de compatibilidad, que no se encuentran totalmente definidas y que generan dificultades interpretativas (i.e. la noción o el alcance del término “comercio sustantivo”, etc.).

Mientras tanto, se puede observar que a través de la Cláusula de Habilitación del año 1979, que habilita los Acuerdos entre países en desarrollo, no se contemplan exigencias sustantivas, salvo en lo que refiere a la transparencia, lo que genera una diferencia relevante entre las modalidades de integración vista anteriormente.

Asimismo, la existencia de un proceso de naturaleza comunitaria o de naturaleza intergubernamental, con las diferencias en cuanto a la existencia de una estructura orgánica institucional comunitaria (que representa los intereses de la comunidad) y un ordenamiento jurídico

comunitario (cuyas normas supranacionales, de aplicación inmediata y de efecto directo), respecto a órganos de naturaleza intergubernamental (representativos de los intereses de los Estados Partes), y con una normativa de la integración, que debe ser –cuando sea necesario– incorporada a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Partes para su vigencia, varían sustantivamente los aspectos planteados en este artículo.

Por último, existen en nuestro continente, varios procesos de integración (bajo la modalidad de Acuerdos Preferenciales de Comercio notificados al GATT/OMC y reconocidos como tales) que en sus orígenes, es decir en su Tratado constitutivo, se plantean como objetivo principal la conformación de una modalidad de integración económica y/o comercial, no obstante lo cual, a través del tiempo han incorporado al proceso de negociaciones entre los Estados Partes, aspectos que no fueron objeto de consideración por parte de los negociadores del Tratado fundacional (v.g. aspectos políticos, culturales, educacionales, sociales, etc.)<sup>5</sup>.

También, bueno es señalar, en coordinación con el objeto de este documento, la impronta política a nivel de la creación de organizaciones de carácter regional con un objetivo muy claro de procurar una identidad política regional, que se concrete en un posicionamiento consensuado ante problemas o necesidades comunes a nivel regional<sup>6</sup>.

No obstante, su particularidad o especificidad propia en función del objetivo que da mérito o fundamento a su constitución (i.e. política, social, cultural, etc.), se aprecia claramente, la utilización de los esquemas de integración (de carácter comercial y/o económico) existentes y de los cuales forman parte (total o parcialmente los integrantes de las asociaciones con objetivos esencialmente políticos) con fines de sustento o actuación, lo que implica también dificultades interpretativas en el relacionamiento de los distintos esquemas regionales.

### **3. La superposición y la Interrelación**

El fenómeno de la “integración”, en tanto, cooperación, colaboración y/o coordinación entre Estados a distintos niveles, y

---

<sup>5</sup> Un claro ejemplo de la afirmación realizada es el MERCOSUR, que en su Tratado fundacional (Tratado de Asunción) sus objetivos eran de contenido netamente comercial y/o económico, no obstante lo cual ha incorporado a lo largo de su evolución, la consideración y regulación de aspectos políticos, sociales, culturales, etc.

<sup>6</sup> La UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas) y la CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños), son dos ejemplos de estas manifestaciones integracionistas en América Latina y el Caribe.

para el caso, en los aspectos comerciales y/o económicos en el marco normativo del GATT/OMC, que se denominan principalmente como Acuerdos Regionales o Acuerdos Preferenciales de Comercio, Acuerdos Comerciales entre otras formas de individualizarlos, y que desde lo genérico se podrían categorizar como “Procesos de Integración” de contenido comercial y/o económico (sin descartar la incorporación de otras “dimensiones” de la integración), contemporáneamente se caracterizaban por distintos aspectos, dentro de los que destacábamos, la “*superposición*” y la “*interrelación*” de los esquemas de integración.

La primera característica a destacar es la “*superposición*” que se va dando con el transcurso del tiempo, en virtud de que los “intentos integracionistas” que – por usar un concepto genérico - han perdido su razón de ser por distintos motivos (cualquiera sea el grado de su evolución o profundidad) no desaparecen fácilmente, es más aún, podríamos decir que en ciertas oportunidades no se disuelven o liquidan totalmente, manteniéndose en forma parcial (en el número de integrantes, en los objetivos, etc.), ya sea para operar una transición a un nuevo Acuerdo, o para subsistir en áreas de interés común, de apoyo o complemento<sup>7</sup>.

Dentro de las alternativas planteadas anteriormente, se encuentra la “sucesión” de los Acuerdos Regionales en el tiempo, ya sea porque no han podido lograr el cumplimiento de su objetivo inicial, o por la necesidad de adecuarse a una nueva realidad contextual (i.e. nuevos objetivos, nuevos instrumentos de política comercial, etc.), donde la misma puede desarrollarse en forma automática mediante la sustitución de un Acuerdo por otro, es decir, mediante la supresión del primero y la creación en forma simultánea del nuevo Acuerdo, o a través de la adhesión gradual de los Estados (total o parcialmente) al nuevo Acuerdo, subsistiendo el anterior hasta que pierda su vigencia por imperio de los hechos.

En principio, cuando la “sucesión” se desarrolla en forma gradual, la transitoriedad implica la subsistencia de ambos Acuerdos y por ende la participación de los Estados en dos esquemas de integración a la vez, sin perjuicio de lo cual, no existirían inconvenientes de índole jurídico, dada la inexistencia de una relación jurídica entre una y otra organización, siendo la adhesión a la nueva “organización” una decisión

---

<sup>7</sup> Un ejemplo de este fenómeno podría ser la SICA (el Sistema de la Integración Centroamericana) que a través de la SIECA (Secretaría de Integración Económica Centroamericana) asiste técnica y administrativamente al proceso de integración económica centroamericana, o el ALBA (la Alianza Bolivariana para los Pueblos de nuestra América) como proyecto de colaboración y complementación política, social y económica entre los países de América Latina y el Caribe.

voluntaria de los Estados.

Las principales dificultades podrían encontrarse en la negociación del “patrimonio histórico”, es decir de todas las concesiones obtenidas u otorgadas mediante los mecanismos previstos en el Tratado que se extingue, ya que su continuación, puede suponer la participación de la totalidad de todos los Estados en el nuevo Acuerdo, o en formal parcial, lo que podría determinar asimetrías en las nuevas relaciones comerciales, al igual que el desmantelamiento de los instrumentos de política comercial existentes o la creación de otros, extremos que necesariamente deberán ser objeto de regulación en las instancias de disolución del Acuerdo y en el Tratado constitutivo del nuevo Acuerdo Regional<sup>8</sup>.

Por su parte, en términos de “interrelación”, dos ejemplos recientes son suficientes para explicar y corroborar esta tendencia, ya que si bien tienen una explicación –a nuestro criterio- principalmente política, no menos cierto es que participan no solamente otros “procesos de integración” como tales, sino también Estados en forma individual, que forman parte de otras modalidades de integración.

El primero de ellos es la “Unión Suramericana de Naciones” (cuya sigla es UNASUR), que se integran por 12 países que a su vez participan activamente en otras instancias de integración a nivel regional y continental, con objetivos similares a los contemplados en las otras instancias regionales<sup>9</sup>.

Los objetivos de la UNASUR se encuentran en el artículo 2 del Tratado constitutivo, que los enumera de la siguiente forma: “construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e

---

<sup>8</sup> Como ejemplos de “sucesión” de procesos de integración en el tiempo, podemos señalar: (i) la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) y la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración); (ii) el CARIFTA (Caribbean Free Trade Association), el CARICOM (La Comunidad Económica del Caribe) y el MCC (Mercado Común Centroamericano); (iii) el Pacto Andino y la CAN (La Comunidad Andina de Naciones).

<sup>9</sup> Integran la UNASUR: el Estado Plurinacional de Bolivia; la República de Colombia; la República del Ecuador; la República del Perú; la República Argentina; la República Federativa del Brasil; la República del Paraguay; la República Oriental del Uruguay; la República Bolivariana de Venezuela; la República de Chile; la República Cooperativa de Guyana; la República de Surinam; los Estados Unidos Mexicanos; y la República de Panamá.

independencia de los Estados”.

Si cotejáramos la enumeración de estos objetivos, con los plasmados en los distintos procesos de integración –en forma total o parcial- en que participan cualquiera de los países miembros entre sí –bilateral, plurilateral o multilateralmente– podríamos comprobar la “interrelación” mencionada y hasta la “superposición” aludida anteriormente.

El otro de los ejemplos que nos interesa destacar es la “Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños” (cuya sigla es CELAC), es una organización de naturaleza intergubernamental, sucesora del Grupo de Río y de las Cumbres de América Latina y el Caribe (CALC), con la finalidad de promover la “Integración y el Desarrollo de los países latinoamericanos”, mediante la constitución de un espacio regional propio que una a todos los Estados que forman parte de esta organización.

A nuestro criterio, se trata de una organización con una clara finalidad política y estratégica, es decir una “integración política” fuera de la Organización de los Estados Americanos -OEA, esto es, sin Estados Unidos de Norteamérica- EEUU, ya que se observa la participación de los mismos Estados (salvo EEUU) en dos esquemas políticos con los mismos objetivos, etc.

Si observamos la integración de la CELAC, desde la óptica de los procesos de integración existentes en América Latina y el Caribe, la misma se ordena de la siguiente forma, confirmando lo expresado anteriormente:

a) Acuerdos Regionales– (i) Asociación de Estados del Caribe (AEC); y (ii) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI);

b) Acuerdos Subregionales– (i) Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR); (ii) Mercado Común del Sur (MERCOSUR); (iii) Comunidad Andina de Naciones (CAN); (iv) Sistema de Integración Centroamericana (SICA); y la Comunidad del Caribe (CARICOM).

Como viene de verse, no solamente los objetivos de todos y cada uno de los Acuerdos Regionales y los Acuerdos Subregionales, sino también los Estados participantes de cada uno de los Acuerdos y de la propia CELAC, son ilustrativos en cuanto a la mentada interrelación

entre los distintos fenómenos de integración en América Latina<sup>10</sup>.

#### 4. La pertenencia o participación simultánea

Desde una óptica más amplia y a la vez más particular, que la señalada en el numeral anterior (i.e. la “superposición o interrelación de los procesos de integración”), a nuestro criterio, el análisis de la “*Pertenencia o Participación Simultánea*” de un Estado a dos o más Acuerdos Regionales de integración, es la situación que genera mayores dificultades del punto de vista económico/comercial y jurídico.

Desde el punto de vista teórico, cuando nos referimos a la “*Pertenencia o Participación Simultánea*” de un Estado en dos o más Acuerdos Regionales de Integración que pueden o no estar vinculados entre sí, estamos aludiendo a un fenómeno de la integración económica y comercial de los tiempos contemporáneos y que ha adquirido especial significación por las repercusiones a nivel del relacionamiento entre los Estados y en el desarrollo de los “Procesos de Integración”.

El marco jurídico regulatorio de este fenómeno –a nuestro criterio– se encuentra en: (i) la normativa del GATT y de la OMC conforme al desarrollo realizado en los numerales anteriores; (ii) en las disposiciones emanadas de los Tratados constitutivos de los Acuerdos Preferenciales de Comercio y sus Protocolos Adicionales (en función de la matriz constitucional del Estado signatario del Acuerdo en cuestión); y (iii) en la Convención de Viena de 1988 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, y la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Dicha “*Pertenencia o Participación Simultánea*”, se manifiesta de diversas formas, que por su variedad, se resuelven de distintas maneras, dentro del marco jurídico antes señalado, y que guardan relación con la superposición e interrelación reseñada en el numeral anterior.

Sin perjuicio de otras variables, que podrán ser objeto de consideración en la categorización que se efectuará, a nuestro criterio,

---

10 Integran la CELAC: Antigua y Barbuda; República Argentina; Mancomunidad de las Bahamas; Barbados; Belice; Estado Plurinacional de Bolivia; República Federativa de Brasil; República de Chile; República de Colombia; República de Costa Rica; República de Cuba; Mancomunidad de Dominica; República del Ecuador; República de El Salvador; Grenada; República de Guatemala; República Cooperativa de Guyana; República de Haití; República de Honduras; Jamaica; Estados Unidos Mexicanos; República de Nicaragua; República de Panamá; República del Paraguay; República del Perú; Santa Lucía; Federación de San Cristóbal y Nieves; San Vicente y las Granadinas; República de Surinam; República de Trinidad y Tobago; República Oriental del Uruguay; y República Bolivariana de Venezuela.

deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos: (i) la *modalidad de integración* adoptada en el Acuerdo Regional, lo que implica necesariamente la evaluación de los objetivos, los instrumentos de política comercial, la institucionalidad normativa y orgánica, entre otras variables; (ii) las *obligaciones resultantes* en función del reconocimiento del GATT/OMC al Acuerdo Preferencial de Comercio en cuestión, concedido según el mecanismo utilizado, ya sea entre países en desarrollo, o entre éstos y países en vías de desarrollo, o solamente entre éstos últimos; (iii) el *marco jurídico* en que se desarrollan estos Acuerdos Regionales; y por último (iv) la *categorización de los países* participantes del Acuerdo Regional, lo que determina sus derechos y obligaciones (v.g. fundadores, miembros plenos, partes, asociados, observadores, etc.).

Sobre dichas bases, la “*pertenencia o participación simultánea*” se puede dar de las siguientes formas:

a) La pertenencia o participación simultánea de dos o más Estados a dos o más Acuerdos de Preferencias Económicas, que se encuentran vinculados entre sí, situación que se ha sido tipificada como de “*Subregionalismo*”, es decir requiere la existencia de un Acuerdo Regional y un Acuerdo Subregional, donde el primero de ellos regula y contiene al segundo;

b) La pertenencia simultánea de un Estado a dos o más Áreas Preferenciales de Comercio vigentes y no vinculadas entre sí, por lo que no existe un Tratado o Acuerdo marco o general que regule las diferentes Áreas que tienen un objetivo común en el ámbito de la integración, situación que ha sido categorizada como de “*Participaciones Múltiples*”; y

c) La pertenencia simultánea de un Estado a dos Áreas Preferenciales de Comercio vigentes, por la *desvinculación del Estado de una de ellas, para incorporarse a la otra Área Preferencial*, lo que implica que durante la transmisión de una organización a otra, el Estado tendrá una pertenencia simultánea, con un objetivo predeterminado.

En la primera de las situaciones descritas y definida como “*Subregionalismo*”, el presupuesto previo de la misma, es que el Acuerdo Regional, contemple la posibilidad de que se desarrollen en su ámbito interno, un “*Acuerdo Subregional*”, y esto inmediatamente nos lleva a la modalidad de integración adoptada, y la incidencia de la aplicación de la CN+F o de la excepción en las relaciones derivadas del Acuerdo Subregional, y de la excepción a la aplicación de la CN+F en lo externo,



hacia los restantes Estados integrantes del Acuerdo Regional y terceros países (miembros del GATT/OMC) que no participan del proceso de integración, en general y cuando se trata de una ventaja, beneficio, etc. que otorga un Estado integrante del Acuerdo Subregional en forma individual.

Por lo tanto, a nuestro criterio, y tratándose de Zonas de Libre Comercio y Uniones Aduaneras, cuando el Acuerdo Subregional (en el marco de un Acuerdo Regional) se realiza entre países desarrollados, sin perjuicio de las obligaciones derivadas del reconocimiento al amparo del Artículo XXIV del GATT y de la respectiva Cláusula de Entendimiento, las preferencias otorgadas entre los Estados Partes de dicho Acuerdo corresponden necesariamente a “lo sustancial del comercio recíproco” (que si bien no se encuentra definido, se estima en un 80% del comercio recíproco entre los Estados signatarios del Acuerdo), lo que implica, en una primera aproximación al tema, adoptar definiciones en cuanto a la situación de los productos que no se incluyen en “lo sustancial o esencial del comercio recíproco”, esto es, se les extiende el régimen de preferencias o no; el régimen de preferencias se realiza en forma progresiva y automática (como en los acuerdos de última generación), o se admiten diferencias de preferencias entre los Estados.

Hechas estas observaciones, y dado que el Acuerdo Regional regula y contiene el Acuerdo Subregional, la compatibilidad adquiere trascendencia, dado que al constituirse éste último, puede requerir la modificación del Acuerdo Regional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención de Viena de 1988, y ello implica la participación de los restantes Estados Partes del Acuerdo Regional no partícipes del Acuerdo Subregional y el contralor por parte del GATT/OMC<sup>11</sup>.

La situación varía cuando se trata del reconocimiento mediante la Cláusula de Habilidad, ya que el mismo, se produce entre países en vías de desarrollo, y por lo tanto, las Zonas de Libre Comercio, y las Uniones Aduaneras, no obligan a las preferencias en lo “esencial” del comercio recíproco, por lo que las preferencias en el ámbito interno, presuponen

---

<sup>11</sup> Dice el artículo 41 - Acuerdos para modificar tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente: 1. Dos o más partes en un tratado multilateral podrán celebrar un acuerdo que tenga por objeto modificar el tratado únicamente en sus relaciones mutuas: a) Si la posibilidad de tal modificación está prevista por el tratado; o b) Si tal modificación no está prohibida por el tratado, a condición de que: i) No afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; ii) No se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto. 2. Salvo que en el caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga.



un proceso de negociación, que deberá ajustarse a las condiciones de ambos Acuerdos (i.e. artículo 2 literal c de la Cláusula de Habilitación), pero deberá atenderse necesariamente a evitar discriminaciones arancelarias entre los Estados integrantes del Acuerdo.

Vale decir, y a nuestro criterio, la “concesión de preferencias comerciales” a nivel interno es decir dentro del bloque comercial, con las particularidades antes vistas, se encuentran implícitas en las modalidades de la integración aceptadas por el GATT/OMC, si bien se puede considerar que responden a la aplicación de la CN+F en lo interno, y tienen como fundamento la multilateralización del comercio, cuyo respaldo normativo se encuentra en el Principio de No Discriminación.

En suma, y en base al planteo inicial, las preferencias comerciales, en lo interno, cualquiera sea la modalidad de integración adoptada, en principio, debe tender a multilateralizarse por las razones expuestas, las que forman parte de lo sustancial del comercio recíproco, como aquellas que quedan fuera del mismo, a fin de evitar las discriminaciones entre los Estados partícipes de los Acuerdos Regionales y Subregionales, sin perjuicio de los acuerdos internos que se pudieran realizar por los Estados en términos de excepciones (vía Anexos), adopción en forma gradual, etc., pero el proceso de convergencia hacia un mismo régimen regulatorio debe estar presente, bajo pena de afectar los principios rectores del sistema multilateral de comercio.

Aspecto distinto, es excepción de la aplicación de la CN+F en lo “externo”, que admite dos ámbitos de análisis, es decir, desde el Acuerdo Subregional con relación a los restantes miembros del Acuerdo Regional; y respecto de terceros países no integrantes del Acuerdo Regional, pero miembros de la OMC, y ello en función de la modalidad de integración y la institucionalidad del proceso.

En la primera de las situaciones, parece claro, que no se trata de exceptuarse de la aplicación de la CN+F, salvo disposición expresa, ya que el Acuerdo Subregional estaría condicionado a que estuviera abierto a la adhesión de los restantes integrantes del Acuerdo Regional, dado que el objetivo ínsito en estos mecanismos de integración es procurar la convergencia hacia la multilateralización del comercio<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Un ejemplo de esta situación, se encuentra en la ALADI, con la instrumentación de Acuerdos Subregionales a través de los Acuerdos de Alcance Parcial (AAP) de Complementación Económica (ACE) que contienen – a título ilustrativo – un Programa de Liberación Comercial que establece desgravaciones arancelarias, lineales, progresivas y automáticas, en las que no participan todos los Estados integrantes del Acuerdo Regional, pero necesariamente deben estar abiertos a la adhesión de los restantes Estados, previa negociación, propiciando la convergencia a nivel regional.

Aspecto distinto, sería la segunda situación, ya que en la misma, es plenamente aplicable la excepción de la CN+F por parte de los Estados integrantes del Acuerdo Subregional, según surge de la normativa aplicable de acuerdo a los mecanismos de reconocimiento aplicables, en cualquiera de las modalidades de integración.

La distinción se podría encontrar, en que dicha aplicación también resulta de la existencia de una “*política comercial común*” que deben adoptar los integrantes del Acuerdo Subregional, cuyas decisiones variarían si las mismas emanasen de organismos intergubernamentales o supranacionales, y tendrá carácter preceptivo o no de acuerdo a la modalidad adoptada o en que se encuentra el proceso de integración.

La situación más compleja, en estos casos, estaría dada por la concesión de una “preferencia” por parte de un Estado que forma parte tanto del Acuerdo Regional, como del Acuerdo Subregional a un tercer Estado ajeno a estos Acuerdos pero miembro del GATT/OMC, y que éstas se realicen desde el Acuerdo Subregional, lo que a nuestro criterio, determina que la preferencia concedida se multilateraliza, por aplicación de la normativa general.

La segunda de las situaciones, la definimos como “*participaciones múltiples*”, y éstas se basan – en una primera modalidad -en la existencia de un *Estado que pertenece simultáneamente a dos o más “Acuerdos Preferenciales de Comercio”*, que a diferencia de la situación anterior, no se encuentran vinculados entre sí.

Esta modalidad si bien –en principio– es posible del punto de vista jurídico, dependerá en primera instancia, de las disposiciones que regulan uno y otro Acuerdo, en función de que admitan la existencia de Estados que participen simultáneamente de dos Áreas Preferenciales de Comercio, con el mismo o diferente “status” en su condición de integrante de los Acuerdos<sup>13</sup>.

El planteo en estos casos, se encuentra, en sí las preferencias concedidas en el marco de uno u otro Acuerdo Regional, se deben extender a los otros Estados integrantes de Acuerdo, es decir, si corresponde la aplicación de la CN+F en la relación entre ese Estado que participa de los dos o más Acuerdos Regionales.

La solución a este aspecto, rebasa el alcance de este artículo, dado

---

13 Un ejemplo de esta modalidad, sería la situación de la República de México con su participación como Estado miembro de la ALADI y a su vez como integrante del NAFTA (Zona de Libre Comercio de Norteamérica).

que correspondería ingresar al tipo de modalidad de la integración en cuestión, el nivel de participación del Estado en cada uno de los Acuerdos Regionales, y el tipo de preferencia a que nos estaríamos refiriendo, sin perjuicio de lo cual, a nuestro criterio, y siguiendo los lineamientos desarrollados con anterioridad, si no existiese un “acuerdo interno” a nivel del o de los Acuerdos, corresponde la “multilateralización” de la preferencias, es decir la aplicación de la CN+F a lo interno de los esquemas regionales de integración<sup>14</sup>.

Por último, y como una segunda modalidad de las participaciones múltiples, nos encontramos ante situaciones en las cuales, *un Estado participe de un Acuerdo Regional o Subregional, pretenda realizar otro Acuerdo Preferencial con un tercer Estado en forma bilateral*, desde el Acuerdo, es decir sin abandonar el Acuerdo Regional o Subregional participar en una relación económica/comercial bilateral con un tercer Estado (sea este participe o no de otro Acuerdo Preferencial de Comercio).

Dos son las consideraciones que tradicionalmente se han utilizado a este respecto.

La primera de ellas de contenido estrictamente jurídico, es estar a las disposiciones emanadas del Tratado constitutivo del Acuerdo Regional o Subregional o las disposiciones complementarias adoptadas conforme al ordenamiento jurídico propio, en cuanto a las posibilidades o limitaciones que tienen los Estados integrantes de dichos Acuerdos, para desarrollar negociaciones y concluir Acuerdos bilaterales con terceros Estados<sup>15</sup>.

La segunda de ellas, a nuestro criterio, carente de toda procedencia, recoge los lineamientos de las modalidades de la integración al amparo del GATT/OMC, es decir, si por la instancia o etapa en que se encuentra del proceso de integración o por la modalidad adoptada, corresponde la aplicación de una “política comercial común”, las negociaciones y

---

<sup>14</sup> En esencia, no es lo mismo, la condición de Estado Asociado en el MERCOSUR de Chile, Bolivia, etc. en base a la suscripción de Acuerdos de Alcance Parcial con un Programa de Liberación Comercial entre las Partes, que la figura de país Observador de Uruguay o Paraguay en la Alianza del Pacífico, aspectos que podrán cambiar sustantivamente si los Estados Asociados del MERCOSUR ingresan como Miembros plenos, al igual que Uruguay o Paraguay de la Alianza del Pacífico.

<sup>15</sup> Un caso que puede ejemplificar el planteo se encuentra en la posición de la República Oriental del Uruguay, en tanto Estado integrante del MERCOSUR, que inicia negociaciones con los Estados Unidos de Norteamérica, con la finalidad de suscribir un Tratado de Libre Comercio (TLC), lo que generó la oposición diplomática de la República Federativa del Brasil, en base al Tratado de Asunción y la Decisión del Consejo del Mercado Común No. 32/00, que establecen que la política comercial se hará en común por el MERCOSUR en tanto organización internacional, y no por los Estados Partes a título individual.

eventualmente Acuerdos de Comercio, requieren la participación de la Organización, a través de su representación vinculante conforme al Tratado constitutivo, sus protocolos adicionales o la normativa emanada de los órganos del Acuerdo.<sup>16</sup>

La última de las hipótesis planteadas, trata la desvinculación de un Estado integrante de un Acuerdo de Comercio, para incorporarse a otro Acuerdo de Comercio, lo que implica que en la etapa de transición, entre la desvinculación y la incorporación se pertenezca a dos Acuerdos Preferenciales en forma simultánea, que si bien no es estrictamente una “sucesión”, reconoce de alguna forma el mismo tratamiento a dicha modalidad de participación simultánea<sup>17</sup>.

## **5. Conclusiones**

La “pertenencia o participación simultánea” en las modalidades y términos vistos precedentemente, y conforme al desarrollo realizado puede traer aparejado dificultades en la regulación de las relaciones comerciales entre los Estados entre sí en el ámbito de los Acuerdos Regionales en cuestión y entre los propios Procesos de Integración.

Asimismo, consideramos que los mecanismos de solución de controversias aplicables en las relaciones entre los Estados en el régimen aplicable en el marco de los Acuerdos, también ingresa al ámbito de las dificultades de aplicación en la práctica, admitiendo interpretaciones diversas, aún cuando existan previsiones expresas al respecto en los Protocolos que comprenden las alternativas dadas para la solución de los diferendos entre las Partes (sin perjuicio de otros ámbitos de actuación).

En sustancia, y sin perjuicio de que cada Acuerdo, contempla habitualmente, distintos mecanismos de solución de las controversias que se suscitan entre los Estados integrantes del Acuerdo, ya sea en forma elemental, mediante negociaciones diplomáticas o directas entre los negociadores, con soluciones a nivel de los órganos de administración del Acuerdo, o a través de instancias jurisdiccionales, bueno es señalar, que todos estos Acuerdos Regionales se encuentran en el marco del

---

<sup>16</sup> Este argumento también fue utilizado – aunque con menor intensidad – en la situación descrita en la cita anterior.

<sup>17</sup> Esta situación reconoce variados antecedentes en los procesos de integración en América Latina, y recientemente ha tenido aplicación práctica, con la decisión adoptada por la República Bolivariana de Venezuela, al desvincularse de la Comunidad Andina de Nacionales y solicitar su ingreso como Estado Parte del MERCOSUR, donde adquirió previamente la condición de Estado Asociado (a través de una ACE en el ámbito de la ALADI) y luego a través del Protocolo de Adhesión suscrito con el MERCOSUR comenzaron las instancias de la transición para su ingreso.

GATT/OMC, en tanto miembros de dicha Organización Internacional y por la tanto sometidos a sus reglas, y naturalmente al régimen de solución de diferencias establecido en sus documentos constitutivos y protocolos adicionales.

Como consecuencia de ello, los Estados involucrados en dos o más Acuerdos Regionales, en principio pueden acudir a cualquiera de las instancias previstas para la solución de los diferendos, ya sea a nivel de la OMC, ya sea a nivel del mecanismo del Acuerdo (y en su caso a los mecanismos previstos en los Acuerdos Subregionales), o de los dos (o de los tres), pudiendo generarse “resoluciones” y hasta “laudos arbitrales” dispares en cuanto a un mismo objeto controvertido, siendo la jurisprudencia resultante de la actuación de los órganos jurisdiccionales otro elemento que pueden generar diversidad en las resoluciones conforme a la sede o foro en que se plantea la controversia, al igual que el derecho aplicable por los órganos o tribunales actuantes en cada caso.

La soluciones podrían resultar de: (i) la “jurisdicción obligatoria” de los procedimientos o mecanismos establecidos en el Acuerdo Regional o en el Subregional, lo que a nuestro juicio, colide abiertamente con la génesis de los mismos y por ende la aplicación del régimen estatuido en el GATT/OMC, o en su defecto a través (ii) de la “opción de foro”, y si bien significa una avance al respecto, no soluciona la cuestión de fondo.

Visto desde la óptica de la normativa aplicable, y sin perjuicio de la regulación resultante de los Acuerdos a nivel de GATT y de la OMC, necesariamente incorporados a los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Organización, no menos cierto es que, de las fuentes del derecho y el derecho aplicable, puede resultar asimetrías que demuestran la falta de regulación de las situaciones de pertenencia o participación múltiple en los términos vistos anteriormente.

La importancia cuantitativa (en su número y países que participan) y cualitativa (dado que incorporan tanto mercancías o bienes como servicios) de los Acuerdos Comerciales preferenciales que en los últimos años han sido notificados a la OMC, donde predominan significativamente los Acuerdos de Libre Comercio y en una menor medida las Uniones Aduaneras, son ilustrativos en cuanto a las modalidades negociales que utilizan los países y naturalmente inciden en el Sistema Multilateral de Comercio regulado por la OMC.

A su vez, el fenómeno de la vecindad geográfica (i.e. límites fronterizos) no es determinante en el relacionamiento comercial de los

países, adquiriendo relevancia el comercio regional, sin perjuicio de las negociaciones a nivel global, con preferencia a la bilateralidad.

Aunado a estas consideraciones, se encuentra el objeto de este artículo, es decir, la participación o pertenencia simultánea de los países o dos o más Acuerdos de Comercio.

Todos estos elementos, demuestran la variabilidad de las relaciones comerciales y/o económicas entre los países integrantes de la Organización Mundial de Comercio, y como consecuencia de ello, la dificultad de la regulación de las mismas, lo que adelanta la necesidad de una rápida adecuación de las reglas del comercio a esta nueva realidad, derivada tanto de la proliferación de Acuerdos Preferenciales de Comercio, y corolario de ello, también la pertenencia o participación simultánea de los países en dos o más Acuerdos de Comercio.

Lo básico radica en determinar la incidencia de la aplicación de la CN+F en lo interno de los Acuerdos, y la excepción de la aplicación de la CN+F en lo interno y en lo externo, definiendo la multilateralización o no de las preferencias concedidas, en las situaciones objeto de consideración en este artículo.

A partir de allí, las diferencias del tratamiento de los instrumentos de política comercial (programas de liberación comercial, períodos de desgravación, medidas y restricciones no arancelarias, excepciones, régimen de origen, cláusulas de salvaguardias, regímenes especiales de importación, zonas francas, admisión temporaria, obstáculos técnicos al comercio, “dumping”, liberalización del comercio de servicios, etc.) de cada Acuerdo, deben ser objeto de reglas claras, transparentes y comprensivas de esta nueva realidad que – sin lugar a dudas – está incidiendo en el comercio mundial, y en ello la Organización Mundial de Comercio tiene un gran desafío por delante.

# DIFICULDADES À AMPLIAÇÃO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL: UM ESTUDO A PARTIR DA COMPLEXA UNIFORMIZAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA DE DIREITO DO CONSUMIDOR NA UNIÃO EUROPEIA E NO MERCOSUL

## DIFICULTADES PARA LA EXPANSIÓN DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL: UN ESTUDIO DE LA COMPLEJA ESTANDARIZACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL MERCOSUR

*Joséli Fiorin Gomes\**

---

**Resumo:** Os processos de integração regional implicam a aproximação das ordens jurídicas, para consolidar concordâncias quanto à sua regulação. Com isso, o trabalho examina a busca por aprofundamento da integração pela uniformização jurídica, verificando tentativas frustradas em direito do consumidor na União Europeia e no MERCOSUL, para, ao identificarem-se as dificuldades enfrentadas pelos blocos, expor obstáculos à integração, questionando se há convergências viáveis que a condicionam.

**Resumen:** Los procesos de integración regional implican la aproximación de las disposiciones legales, para consolidar los acuerdos relativos a su regulación. Con esto, el artículo examina la búsqueda de una mayor integración mediante la estandarización legal, comprobando intentos fallidos en el Derecho de los consumidores en la Unión Europea y el MERCOSUR, para, identificar las dificultades que enfrentan los bloques, dejando al descubierto los obstáculos a la integración, cuestionando si hay convergencias posibles para hacerlo.

**Palavras-chave:** Uniformização jurídica, União Europeia, MERCOSUL

---

\* Doutoranda em Direito da Integração Regional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora dos Cursos de Relações Internacionais e Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).



**Palabras clave:** Estandarización legal, Unión Europea, MERCOSUR

---

## 1. Introdução

Os processos de integração regional são elementos inegáveis da realidade atual, sendo relevante seu estudo pelas transformações que provocam nos Estados-membros. Com isso, deve-se analisar o modo pelo qual isto ocorre, isto é, pela aproximação das ordens jurídicas. Esta significa compatibilizar ordens jurídicas nacionais em prol de objetivos compartilhados<sup>1</sup>.

Nesse viés, é conceito amplo, gênero do qual é espécie a harmonização<sup>2</sup>, que objetiva suprimir ou atenuar assimetrias entre normas internas<sup>3</sup>.

Além da harmonização, também é espécie de aproximação a uniformização. Trata-se do conjunto de disposições legislativas estatais para submissão de certas relações jurídicas a uma mesma regulamentação<sup>4</sup>. Ou seja, é “procedimento pelo qual diversos legisladores adotam uma norma formulada do mesmo modo, ou um único legislador introduz em vários ordenamentos normas formuladas de modo idêntico”<sup>5</sup>.

Esclarecidos os conceitos, percebe-se que a aproximação normativa, como gênero, é meio essencial para a construção do direito

---

1 DAVID René. *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit du Jurisprudence, 1950, p. III.

2 MONACO Riccardo. Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 12, n. 1, janvier-mars/1960, p. 64-65 ; SIMIONATO Frederico Augusto Monte. Métodos de harmonização legislativa na UE e no MERCOSUL: uma análise comparativa. In: BASSO Maristela (coord). MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.123; CASELLA Paulo Borba. Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito. In: \_\_\_\_\_; ARAÚJO Nádia de. (coord). *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, São Paulo: LTR, 1998, p. 77-105.

3 SCHMUTZER A. K. M. Débats du Parlement européen de juin 1965 (Primauté du droit communautaire et harmonisation des législations nationales). *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 18, n. 1, janvier-mars/1966, p. 109 ; FARIA Werter R. Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas. In: BASSO Maristela (coord). MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.143-153.

4 MATEUCCI Mario. Introduction a l'étude systématique du droit uniforme. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, T. 91, 1957-I, p. 383-443.

5 SACCO Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.



da integração regional. E, ela se manifesta nas espécies de harmonização e uniformização, conforme o grau de desenvolvimento jurídico que se busca atingir<sup>6</sup>. Nessa senda, sua relevância está em assegurar maior eficácia e durabilidade aos efeitos pretendidos com a integração<sup>7</sup>. Isso porque é meio apropriado para estabelecer conformidade entre as normas dos Estados envolvidos, na tentativa de superar obstáculos ao alcance de um mercado comum<sup>8</sup>.

Nesse cenário, interessante é a análise da aproximação pela uniformização, porque, ao implicar na regulação por uma mesma legislação, constitui-se em meio de aprofundamento da integração. Então, o trabalho efetua, na primeira parte, estudo comparativo entre experiências de aproximação jurídica na União Europeia (UE) e no MERCOSUL, verificando-se tentativas frustradas ocorridas em ambos os blocos, em matéria de direito do consumidor, por ser tópico sensível no âmbito da integração regional. Com isso, na segunda parte, ao identificarem-se as semelhantes dificuldades enfrentadas, se expõem os obstáculos ao alargamento do objetivo integracionista, questionando se há ou não convergências possíveis ou necessárias que o condicionam.

## **2. Tentativas de uniformização jurídica na UE e no MERCOSUL: as difíceis experiências relativas ao direito do consumidor**

A UE e o MERCOSUL parecem buscar alcançar aproximação normativa em grau mais elevado, ao verificarem a sua essencialidade para suas metas. Elaboraram, com isso, tentativas para a uniformização jurídica, em matéria elementar para o mercado integrado, qual seja o direito do consumidor. A proteção do consumidor pelo direito da integração apresenta forte componente político-econômico, pois interessa à competitividade dos mercados envolvidos, contribuindo para a concorrência leal e para a efetivação de políticas governamentais. Essa, então, a razão pela qual se passou a considerar necessário o tratamento da proteção do consumidor neste âmbito<sup>9</sup>, pela via da uniformização jurídica, o que será aqui analisado nos casos da Proposta de Diretiva sobre Direito dos Consumidores (de 08 de outubro de 2008) da Comissão Europeia e do Projeto de Regulamento Comum sobre

---

6 LIMPENS Anne. Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 19, n. 3, juillet-septembre/1967, p. 621-653; WILL Michael R. Mercado comum e harmonização do direito privado. In: PLÁ Juan Algorta. (coord). *O MERCOSUL e a Comunidade Europeia: uma abordagem comparativa*. Porto Alegre : Ed. Universidade/UFRGS, 1994, p. 64-79.

7 CASELLA *Op. cit.*, p. 91-92; 97; 99.

8 FARIA *Op. cit.*, p. 144; 153.

9 PERIN JÚNIOR Ecio. *A globalização e o Direito do Consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri: Manole, 2003, *passim*.

## Defesa do Consumidor do MERCOSUL.

Frente a isso, no que tange à iniciativa Europeia, esta apresenta larga e bem sucedida experiência de harmonização legislativa, tendo realizado, em muitos setores, a eliminação de contradições ou disparidades que pudesse prejudicar o bom andamento do Mercado Comum e da União Econômica alcançados. Nesse sentido, essa experiência se pautou, em grande parte, pelo cotejo entre os interesses dos Estados-membros com os interesses comunitários, por um viés de harmonização mínima ou parcial, a qual significa o estabelecimento de padrões singelos a serem observados quanto ao conteúdo das normas a serem harmonizadas, sendo possível ao Estado-membro adotar internamente *standards* mais elevados ou mesmo mantê-la naquilo que não conflitar com as disposições mínimas comunitárias<sup>10</sup>.

Em razão disso, o quadro normativo decorrente da transposição para o direito interno dos Estados-membros das diretivas de harmonização mínima permitiu que alguns pudessem ir além do grau de proteção concedido aos consumidores no direito Europeu, introduzindo ou mantendo regras mais protetivas ao consumidor nacional. Nesse passo, a margem de opção conferida aos Estados-membros para transposição da legislação Europeia sobre proteção dos consumidores, decorrente da harmonização mínima, gerou fragmentação da regulamentação e divergências nos direitos e obrigações das partes nas transações comerciais. Esta heterogeneidade passou a representar obstáculo à expansão do comércio transfronteiriço, pelos encargos para as empresas que exploram o mercado único Europeu<sup>11</sup>.

Isso fez com que a Comissão Europeia se manifestasse, a par de outras tentativas já apresentadas em matéria contratual<sup>12</sup>, no sentido de revisar o acervo comunitário em direito do consumidor. Diante disso, preparou uma “Proposta de Diretiva dos Direitos dos Consumidores”, cujo propósito seria desobstruir as barreiras comerciais, que existiriam em razão de os Estados-membros possuírem distintos níveis de proteção

---

10 LIMPENS *Op. cit.*, p. 645- 647; MONACO, *Op. cit.*, p. 64;

11 MELLO Flávio Citra Vieira de. Direito Internacional do Consumidor – Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho aos Direitos dos Consumidores COM (2008) 614 final 2008/0196, de 08 de outubro de 2008. *Revista Portuguesa de Direito do Consumidor*, n. 64, dez. 2010, p. 55.

12 É a tentativa de elaboração do Código Europeu dos Contratos. Ver: GANDOLFI, Giuseppe. *Le Code européen des contrats*. CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRŪM, André (org). *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* – Colóquio do 22 juin 2007. Paris : Société de législation comparée, 2008, p. 115-124 ; LANDO Ole “The contract in Europe: Today and tomorrow, Final remarks” In: CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRŪM André (org). *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* – Colóquio do 22 juin 2007. Paris : Société de législation comparée, 2008, p. 177-191.

dos direitos do consumidor, buscando a criação de um autêntico mercado interno europeu. Para tanto, a proposta inicial se referia à uniformização de oito diretivas em vigor<sup>13</sup>.

Com isso, foi realizada consulta pública (*green paper* ou Livro Verde), em 08 de fevereiro de 2007<sup>14</sup>, em que foram confirmados posicionamentos favoráveis a alterações quanto a apenas quatro diretivas, relativas a cláusulas contratuais abusivas, vendas de bens de consumo, contratos à distância e realizados fora do estabelecimento comercial. Disso, resultou a proposta de diretiva dos direitos dos consumidores da Comissão Europeia (2008) 614 – final 2008/0196, de 08 de outubro de 2008<sup>15</sup>.

Esta buscou reduzir os custos dos empreendedores, obrigados a observar, no comércio transfronteiriço, o acervo legal especializado de cada Estado-membro<sup>16</sup>. Para cumprir isso, no entanto, a proposta de diretiva ultrapassou a linha anterior de harmonização mínima, adotando a harmonização total para defesa dos consumidores.

Tal significa a uniformização horizontal do nível de proteção<sup>17</sup>. Em que pese o objetivo da UE de universalizar um mesmo patamar de direitos dos consumidores, isso trouxe o risco de significativa perda nos Estados que garantiam maior proteção<sup>18</sup>.

Em face disso, o audacioso propósito de consolidar em uma só diretiva os direitos dos consumidores se frustrou. A revisão das quatro diretivas, com o escopo de unificar, simplificar, clarificar e atualizar noções e conceitos jurídicos, eliminar incoerências e preencher eventuais lacunas existentes, na verdade, trouxe novas imprecisões

---

13 Seriam estas as seguintes: 1) Diretiva 93/13/CEE - cláusulas contratuais abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; 2) Diretiva 1999/44/CE - certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas; 3) Diretiva 97/7/CE - contratos à distância; 4) Diretiva 85/577/CEE do Conselho - contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais; 5) Diretiva 90/314/EEC - viagens organizadas; 6) Diretiva 94/47/EC - time-sharing; 7) Diretiva 98/6/EC - preços; Diretiva 98/30/EC - procedimentos judiciais. Ver: MELLO op.cit., p. 59; MAZEAUD Denis, SCHULZE Reiner, WICKER Guillaume (coord) *L'amorce d'un droit européen de contrat : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs*. Paris: Société de législation comparée, 2010.

14 Informação disponível em: [http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons\\_acquis\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm). Acesso em 21 mai. 2010

15 COMISSÃO EUROPEIA. COM(2008) 614 final 2008/0196 (COD) Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:PT:NOT>. Acesso em: 06 mai. 2011.

16 MELLO Op. cit., p. 62.

17 Id. Ibid.

18 Id. Ibid., p. 72.

e indefinições<sup>19</sup>. Nesse viés, a proposta impediria que os Estados mantivessem ou legislassem sobre os direitos assegurados pela diretiva de harmonização total, o que traduziria expressiva redução de direitos adquiridos ou, em última análise, impediria que implementassem novas conquistas necessárias. Então, a harmonização total engessaria o direito do consumidor<sup>20</sup>.

Assim, ao fracassar, a proposta foi questionada, dando origem à nova consulta pública, dirigida pela Comissão Europeia, quanto ao Livro Verde<sup>21</sup>, a qual se encerrou em janeiro de 2011. Após análises dos seus resultados, elaborou-se a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, adotada pela Comissão Europeia em outubro de 2011, mantendo-se a tentativa de criar um direito uniforme, porém, agora, facultativo<sup>22</sup>. Assim, vista a experiência de uniformização na UE, passa-se à experiência mercosulina.

No que se refere ao MERCOSUL, nos seus tratados fundacionais não se fazia menção explícita ao termo “consumidor”<sup>23</sup>. Com isso, questionou-se se este seria ou não abordado no bloco regional. Conforme Arrighi, apresentar resposta positiva seria injusto, pois o Tratado de Assunção (TA), em seu Preâmbulo, refere-se ao intento de, com a integração, buscar-se “melhorar as condições de vida” dos habitantes dos Estados Partes. Por outro lado, segundo o autor, negar tal afirmação exigiria larga elaboração, tendo-se que sustentar que um Tratado com objetivo de constituir um Mercado Comum que desconhecesse o consumidor como um de seus elementos essenciais significaria grave retrocesso. E, ao estabelecer este objetivo, o TA coloca que o instrumento para o seu alcance é a harmonização das legislações estatais<sup>24</sup>.

---

19 Segundo Mello, a proposta traz apenas “...duas definições: de produto e de bem. Não se sabe se o conceito de consumidor pode ser estendido a figuras mistas. O conceito de comerciante destoa do conceito de profissional, não se tendo certeza se o propósito foi o de redução do seu alcance. A figura do intermediário restou ambígua para fins do dever de informação. A exigência de se prestar informação foi flexibilizada com a adoção da fórmula “salvo se esta não surgir do contexto”. Há falta de precisão sobre sanção, caso o dever de informação não seja cumprido”. Ver: *Id. Ibid.*

20 *Id. Ibid.*, p. 77.

21 COMISSÃO EUROPEIA. *COM(2010)348 final*, de 01 de julho de 2010 – Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:pt:PDF>. Acesso em: 06 mai. 2011.

22 COMISSÃO EUROPEIA. *COM(2011)635 final*, de 11 de outubro de 2011 – Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:PT:PDF>. Acesso em: 12 mar. 2012.

23 ARRIGHI *Op. cit.*, p. 126.

24 *Id. Ibid.*, p. 126-127.

Frente a isso, com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto (POP), ao se inserir na sua estrutura institucional a Câmara de Comércio do MERCOSUL (CCM), este panorama foi modificado. Isso porque nesta há a atribuição de estabelecer, para o desempenho de suas funções, os comitês técnicos necessários ao cumprimento adequado destas<sup>25</sup>. Em função disso, percebendo-se a necessidade de tratar da questão consumerista como requisito importante ao funcionamento da integração pretendida, instituiu-se, no final de 1994, no âmbito da CCM, o Comitê Técnico (CT) n. 7, dedicado a abordar a defesa do consumidor. Este CT foi criado a partir da Comissão de Estudos já existente no Sub-grupo 10 do Grupo Mercado Comum (GMC), sendo coordenado pelos Ministérios da Justiça, e composto por representantes destes Ministérios e dos Ministérios da Economia e Relações Exteriores, contando com Comitê Assessor, integrado por especialistas, sem contar, todavia, com a participação de representantes dos consumidores<sup>26</sup>. Esse comitê objetivava contribuir para a gradual harmonização das legislações consumeristas no bloco, cujo trabalho revelou-se complexo e lento, pelas assimetrias<sup>27</sup> entre as legislações internas dos Estados Partes e a dificuldade nas negociações baseadas em consenso<sup>28</sup>.

Ainda, no mesmo ano, em dezembro de 1994, o GMC editou a Resolução n. 126, a qual se encontra ainda em vigor<sup>29</sup>. Esta se trata de norma geral sobre o direito do consumidor, determinando que cada Estado Parte deva aplicar sua própria legislação para produtos e serviços comercializados em seu território, enquanto não aprovado Regulamento Comum no bloco. Esse instrumento, ademais, afirma que a harmonização da matéria no bloco deverá levar em conta a vulnerabilidade do consumidor e pautar-se em legislação de mais alto nível, tendo em vista a inserção competitiva do bloco no mercado internacional. No entanto, há falhas na solução aventada pela Res. 126/94, pois, ao impor a regra do mercado de comercialização, fixa um campo de aplicação espacial e territorial das normas nacionais de direito do consumidor, que poderiam ser vistas e utilizadas como normas imperativas, mas que não protegem o consumidor turista quando retorna ao seu país de origem, bem como não protege quem participa do comércio eletrônico ou de contratações à distância<sup>30</sup>.

---

25 Id. *Ibid.*

26 FELLOUS Beyla Esther. *Proteção do consumidor no MERCOSUL e na UE*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 202-203.

27 VENTURA Deisy. *As assimetrias entre Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003, p. 9.

28 FELLOUS *Op. cit.*, p. 203.

29 MERCOSUL. *MERCOSUL/GMC/RES. No. 126/94*. Disponível em: [http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Resoluciones/PT/94126.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/94126.pdf). Acesso em 21 abr. 2011.

30 TERUCHKIN Sônia Unikowsky. Os impasses na harmonização dos direitos do consumidor no MERCOSUL. *Indicadores Econômicos FEE*, Porto Alegre, v. 28., n. 3, dez.

Na esteira da Res. GMC 126/94, a reunião de 1996 da CCM aprovou cinco resoluções<sup>31</sup> que serviriam de base ao Projeto de Regulamento Comum<sup>32</sup> a que o CT n. 7 se arrogou legitimidade para produzir, na sua Diretriz n. 01/95<sup>33</sup>. Essas Resoluções, de n. 123 a 127/96, diziam respeito a definições, lista de direitos básicos do consumidor, qualidade de produtos e serviços e dever de informação, publicidade e garantias contratuais, devendo aguardar, para entrar em vigor, a completa harmonização buscada com o Projeto de Regulamento Comum em elaboração. Mas, pela sua extensão e ambição, o referido Projeto ultrapassava o escopo de harmonização, revestindo-se de caráter de norma de uniformização.

No entanto, quando posto em discussão, em 1997, o referido Projeto, apesar de sinalizada pelos Estados Partes uma inicial possibilidade de aprovação, foi rejeitado. Isso porque, sua adoção, tendo em vista que representaria diminuição ou retrocesso no nível de proteção da legislação brasileira, bem como da Argentina, já que trazia definições superficiais e não abarcava certas categorias de consumidores protegidos naquelas, nem trazia determinações quanto à responsabilização dos fornecedores, entre outros aspectos. Assim, em função de pressões de diversos setores sociopolíticos mobilizados, a delegação brasileira acabou rejeitando o referido Projeto na CCM<sup>34</sup>.

A rejeição do projeto trouxe à cena a diversidade dos níveis de proteção ao consumidor nos Estados Partes. Pôde-se verificar que, neste momento, quase no final da década de 1990, apenas Brasil e Argentina contavam com legislação interna específica, sendo a daquele de maior abrangência do que a deste, e que Paraguai e Uruguai ainda se restringiam a tratar dessas relações como relações de direito civil, aplicando as disposições de seus Códigos Civis, sem considerar a sua

---

2000, p. 218-231.

31 MERCOSUL. *MERCOSUL/GMC/RES. No. 123/96*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=273>. Acesso em: 21 abr. 2011; Id. *MERCOSUL/GMC/RES. No. 124/96*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=273>. Acesso em: 21 abr. 2011; Id. *MERCOSUL/GMC/RES. No. 125/96*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=273>. Acesso em: 21 abr. 2011; Id. *MERCOSUL/GMC/RES. No. 126/96*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=273>. Acesso em: 21 abr. 2011; Id. *MERCOSUL/GMC/RES. No. 127/96*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/show?contentid=273>. Acesso em: 21 abr. 2011.

32 SZAFIR Dora. *El consumidor en el Derecho Comunitario - Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR*. Montevideo: FCU, 1998, passim; DALL'AGNOL, Antonio. Integração econômica e defesa do consumidor: regulamento do MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, n. 22, abr.-jun. 1997, p. 102-104.

33 MERCOSUL. *MERCOSUL/CMC/DIRETRIZ No. 001/1995*. Disponível em: [http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Directivas/ES/Dir\\_001\\_095\\_.PDF](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Directivas/ES/Dir_001_095_.PDF). Acesso em: 21 abr. 2011.

34 SZAFIR Op. cit., p. 219.



peculiaridade<sup>35</sup>.

Contudo, apesar do fracasso<sup>36</sup> deste projeto, este serviu, ao expor a assimetria da proteção nacional dos consumidores, para que Paraguai e Uruguai, utilizando-o como base, e com a inspiração das leis brasileira e argentina, pudessem promulgar suas leis próprias, bem como para colocar a matéria na pauta de discussões regionais<sup>37</sup>.

Vista a experiência mercosulina de tentativa de uniformização do direito consumerista, bem como a europeia, constata-se que ambas não obtiveram sucesso por objetivarem ir muito além, em termos de aproximação normativa, daquilo que já se fizera nos direitos derivados desses blocos, tomando um passo demasiado largo para as condições existentes nos momentos em que aquelas iniciativas foram elaboradas.

Então, é necessário perquirir sobre os fatores que geraram obstáculo às tentativas de uniformização, questionando sobre a necessidade e pertinência de sua superação ou acomodação para o desenvolvimento da integração nos blocos estudados. É o que segue.

### **3. As multifacetadas dificuldades ao alcance da uniformização jurídica: há convergências possíveis para a ampliação da integração regional?**

Analisadas as experiências infrutíferas dos dois blocos regionais, contactou-se que os ensaios europeu e mercosulino para uniformização das regras relativas ao direito do consumidor não alcançaram êxito porque esbarraram na pretensão totalizante daquela espécie de aproximação normativa, a qual, como visto, objetiva eliminar completamente assimetrias e disparidades, não reconhecendo, nem permitindo a manutenção das peculiaridades dos ordenamentos jurídicos internos. Assim, parece que essas tentativas de uniformização esbarraram em obstáculos de cunho cultural.

---

35 FELLOUS *Op. cit.*, p. 176-177.

36 Expressão utilizada por Arroyo e Dreyzin de Klor, para descrever os impasses ou dificuldades enfrentadas nos esforços de harmonização de normas materiais no âmbito do MERCOSUL. Ver: ARROYO Diego P. F. La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del MERCOSUR: Ocho respuestas contra la incertidumbre. *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Buenos Aires, año 2, n. 4, ago. 1999, p. 38-53.; \_\_\_\_\_, DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos*. El caso del MERCOSUR. Disponível em: <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivodoctrinadetalle.asp?archivo=nt050333.asp&pie=DC591%3Cbr%3E&direc=2>. Acesso em: 23 abr. 2011;

37 CICERO Nidia Karina. Estado actual de las negociaciones del proceso de armonización de la legislación en materia de defensa del consumidor en seno del Mercosur. *Revista de Derecho del MERCOSUR*, Buenos Aires, año 3, n. 1, feb. 1999, p. 50-59.

Isso porque, por ser o direito da integração produto artificial, decorrente da vontade integracionista, este colide com aspectos elementares das ordens jurídicas nacionais, oriundas do desenvolvimento cultural dos povos, seja por transplante<sup>38</sup> ou circulação<sup>39</sup> de modelos. Tal ocorre porque, segundo Merryman, “la tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial”<sup>40</sup>.

Nesse viés, dois importantes impasses que se colocam à frente das tentativas de aprofundamento da integração pela uniformização jurídica são as diferenças lingüísticas e de concepções jurídicas. No que tange às diferenças lingüísticas<sup>41</sup>, nos processos de integração, porque formados por Estados que, culturalmente, apresentam línguas distintas, o multilinguismo<sup>42</sup> é fator importante para o alcance de suas metas, já que oferece resistência às tentativas de aproximação normativa, pois cada termo jurídico terá um peso, um valor, um sentido em cada um deles, podendo gerar incompreensão.

Frente a isso, as diferenças lingüísticas entre Estados num processo de integração pode gerar “risco lingüístico”<sup>43</sup>. Isso importa em razão de que na integração se travam relações privadas internacionais, especialmente contratos internacionais, operando as liberdades objetivadas para o funcionamento do mercado integrado<sup>44</sup>. No caso da UE este risco é sensível, constituindo-se em fator necessário para o seu funcionamento o respeito ao chamado “direito à língua”<sup>45</sup>.

---

38 O transplante de modelos decorre da importação de institutos e categorias jurídicas de um sistema para outro, ocorrendo entre países que mantiveram relações de dependência em razão do movimento colonizador. Ver: BADIE Bertrand. *L'État importe – L'occidentalisation de l'ordre juridique*. França : Fayard, 1992 , passim.

39 FRADERA Op. cit., p. xlvii; \_\_\_\_\_; A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina, um Entrave à Integração no Cone Sul? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, 1997, p. 20 e ss.

40 MERRYMAN, *Op. cit.*, p. 17.

41 JAYME Erik. “Rapport Général : « Langue et Droit »”. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Langue et Droit. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol, 1998. Collection des Rapports*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 12; SACCO, Rodolfo. *Langue et Droit*. In: JAYME Erik. (coord.). *Langue et Droit. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol, 1998. Collection des Rapports*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 224-226 ; FRADERA Vera Maria Jacob de. *Langue et Droit au MERCOSUR*. In: JAYME Erik. (coord.). *Langue et Droit. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol, 1998. Collection des Rapports*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 123-136.

42 Id. *Ibid.*, p. 15.

43 Id. *Ibid.*, p. 16; FRADERA *Op. cit.*, p. Lii.

44 Id. *Ibid.*, p. 22. Ver também: BERTELOOT Pascale. *Le droit à la langue de l'Union européenne*. In : JAYME Erik (coord) *Langue et Droit. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol, 1998. Collection des Rapports*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 345.

45 BERTELOOT Pascale. *Le droit à la langue de l'Union européenne*. In : JAYME, Erik. (coord.). *Langue et Droit. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol, 1998. Collection des Rapports*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 345.



No que se refere ao MERCOSUL, não há um risco lingüístico tão acentuado, visto que há menos Países-membros e apenas duas línguas vigentes, o espanhol e o português, as quais são bastante próximas. No entanto, em razão de suas peculiaridades, trazem em si, ainda, a possibilidade de incompreensão e a dificuldade de tradução quanto aos termos jurídicos<sup>46</sup>.

Nesse passo, o risco lingüístico gera outro fator de dificuldade para a uniformização normativa. Trata-se das diferentes concepções jurídicas que cada sistema nacional, pertencente aos Estados-membros, apresentam, que impedem o consenso e a regulamentação idêntica exigida por esta espécie de aproximação legislativa.

Verifica-se que há dificuldade para a uniformização em razão de que, na seara da integração, apesar dos interesses comuns que os ligam, os Estados participantes nem sempre apresentam identidade de tradições jurídicas, ou mesmo que o apresentem, há circulação de modelos e influência recíproca entre vários sistemas. Isso faz com que os diversos países detenham diferentes noções e conceitos jurídicos, os quais nem sempre serão passíveis de tradução e entendimento pelos destinatários das normas regionais.

Na Europa há “...*uma verdadeira coabitação de tradições jurídicas*”<sup>47</sup>, havendo países influenciados pelo sistema romano-germânico e outros influenciados pelo sistema da *Common Law*. Ademais, dentro das próprias tradições há tratamento diverso de institutos e categorias jurídicas, em razão da evolução que em seu âmbito tiveram<sup>48</sup>. Isto é o que se dá no MERCOSUL, em que, apesar de terem sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, os Estados Partes apresentam influências e concepções não idênticas, já que os direitos de origem hispânica foram mais afetados pelo direito francês, enquanto o direito brasileiro teve maior impacto da pandectística alemã<sup>49</sup>.

No caso dos blocos analisados, verifica-se que o obstáculo das

---

46 FRADERA *Op. cit.*, p. 125-126; 131-132.

47 Id. *Ibid.*, p. Liii.

48 Segundo Fradera, “com efeito, as mesmas palavras, por exemplo *contrat*, *contract* e *Vertrag*, têm um significado semelhante, mas não idêntico, em razão de inúmeros fatores, como a história, a concepção de direito, a cultura, de sorte que é necessário comparar os termos jurídicos, seja para compreender a linguagem jurídica, seja para, se for o caso, redigir dicionários jurídicos”. Ver: Id. *Ibid.*, p. Lii. Ver também : \_\_\_\_\_. O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista. In: DINIZ Maria Helena, LISBOA Roberto Senise (coord) *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 547-570.

49 FRADERA *Op. cit.*, p. 130-135.

diferenças entre concepções jurídicas é particularmente visível no direito dos contratos e do consumidor, áreas sensíveis e de relevância ao desenvolvimento dos mercados integrados. Isso ficou demonstrado na dificuldade de, ao tentarem estabelecer uma regulamentação comum para a proteção do consumidor nos seus mercados, lograrem a uniformização em função de restringirem a possibilidade de uma tutela mais abrangente. Então, é preciso que essas diferenças sejam compreendidas, para que se possa buscar uma regulamentação regional suficiente, que atenda os interesses integracionistas, sem descuidar daqueles dos Estados<sup>50</sup>.

Visto isto, além dos fatores do risco lingüístico e das diferenças concernentes às concepções jurídicas, outro aspecto deve ser considerado como impasse ou obstáculo ao sucesso das medidas de uniformização legislativa no âmbito regional. Trata-se da questão atrelada à vontade política dos Estados-membros em esforçarem-se a superar os demais fatores para alcançar uma efetiva aproximação de direitos.

No caso da UE, a dificuldade não parece tão acentuada, já que, por se ter estrutura supranacional, com transferência de parcela da soberania estatal à comunidade, há um intento de aprofundar a integração econômica. Ainda que seja árdua a tarefa de encontrar convergências entre as diferenças existentes entre os Estados-membros, no bloco europeu, há um histórico de esforços em prol da integração.

Contudo, no que tange ao MERCOSUL, esta não é a realidade de seus membros. Nestes, apesar do interesse em desenvolver-se economicamente pela integração, há ainda arraigada concepção política nacionalista, que impede importantes concessões a medidas necessárias para priorizar as metas do bloco. Com isso, pode-se compreender a oscilação entre avanços e retrocessos na integração mercosulina, pois se verifica maior destaque para discussões e negociações do que para os resultados práticos, o que se considera como o fator determinante, corroborado por aspectos culturais e históricos<sup>51</sup> próprios dos povos e política envolvidos, para os seus fracassos e insuficiências. Isto é o que se verifica no caso analisado, quanto ao Projeto de Regulamento Comum de direito do consumidor, em que os interesses de manutenção

---

50 JAUFFRET-SPINOSI Camille. Les grand systèmes contractuels européens. In : CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRŪM André. (org) *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* – Coloque du 22 juin 2007. Paris : Société de législation comparée, 2008, p. 11 ; 28; TRSTENJAK, Verica. Les difficultés d'une interprétation et d'une application unitaires du droit communautaire. In : CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRŪM André (org) *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* – Coloque du 22 juin 2007. Paris : Société de législation comparée, 2008, p. 147-176.

51 REICHEL Heloisa Jochims, GUTFREIND Ieda. *As raízes históricas do MERCOSUL: a região platina colonial*. São Leopoldo: Unisinos, 1996, passim.

de uma proteção mais abrangente por parte de um país, o Brasil, foram utilizados para suplantar a necessidade de aproximação jurídica do bloco regional.

Desse modo, aqui se nota que, quanto a este obstáculo à uniformização normativa, há grande disparidade entre os dois blocos<sup>52</sup>. Então, a superação desse obstáculo no MERCOSUL será bem mais difícil do que na Europa, o que não significa que esta irá, tão logo, ultrapassá-lo, já que a dificuldade posta pela pretensão uniformizadora é complexa.

Assim, verifica-se que, para o alcance do intento de uma efetiva aproximação dos direitos, que contemple os interesses integracionistas, é preciso tomar em conta todos os impasses aqui listados e buscar formas de solucioná-los ou mesmo de com estes lidar. Com isso, há que se questionar se as convergências são realmente necessárias ou mesmo possíveis para que se alcance, nos processos de integração regional, um maior desenvolvimento.

O que se percebe é que, quanto ao risco lingüístico, estas são convergências passíveis de realização, pois se pode, pelo uso do direito comparado<sup>53</sup>, buscar a escolha de técnicas legislativas que permitam a compreensão dos textos uniformizados a todos os destinatários destes. Esta tarefa já se torna um pouco mais complexa no que se refere à superação das diferentes concepções jurídicas encontradas nos diversos direitos nacionais dos países envolvidos num processo de integração.

Contudo, também pelo estudo comparativo, pode ser viável estabelecer quais são as concepções similares e quais as diferenças quanto às matérias objeto de aproximação normativa, utilizando-se o que é comum e, estabelecendo exceções ou ressalvas no texto legislativo para as concepções diversas. Assim, possibilita-se que haja maior abrangência, permitindo condições para o consenso necessário à coordenação jurídica.

Ademais, para que o cuidado com a elaboração do texto normativo possa fazer de sua aplicação algo eficaz, é importante também preparar os juristas e políticos dos Estados envolvidos num processo de integração a trabalharem com os conceitos, ideias e metas a isto atinentes. Desse modo, podem-se obter os requisitos necessários para a tomada de

---

52 BIEBER León E. Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de integração regional na Europa e na América Latina. In: PLÁ, Juan Algorta. (coord.). *O MERCOSUL e a Comunidade Europeia: uma abordagem comparativa*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, 1994, p. 27-29.

53 FRADERA *Op. cit.*

decisões em prol do alcance dos interesses comuns que impulsionam a integração regional. Por tal medida, também se pode vislumbrar a viabilidade da superação da falta de vontade política para estabelecer acordos para alcance dos interesses comuns para a integração.

Assim, há possibilidade e, até mesmo necessidade, de se trabalhar em direção à obtenção dessas convergências, a fim de que, na conjuntura hodierna, em que, na lógica global imperante, se possa atingir a integração dos mercados com efeitos positivos para as sociedades que neles desenvolvem suas atividades.

#### **4. Considerações Finais**

Pretendeu-se efetuar estudo comparativo entre UE e MERCOSUL, a fim de apontar, pela experiência realizada nestes blocos, a busca por maior segurança jurídica pela uniformização do direito, para, ao verificar as dificuldades enfrentadas nesta tentativa, desvelar os impasses à integração regional. Em razão disso, percebeu-se que a aproximação normativa tem relevante papel na construção do direito dos processos de integração, constituindo-se em instrumento necessário à obtenção de seus objetivos e princípios. Então, passou-se à análise das tentativas frustradas de alargar a aproximação dos direitos pela uniformização em matéria de direito do consumidor, verificando-se que, neste âmbito, as experiências dos dois blocos falharam por sua demasiada ambição, não levando em conta certos fatores importantes para seu alcance.

Nesse diapasão, percebeu-se que há fatores multidimensionais que impedem o aprofundamento da integração via uniformização normativa. Com isso, verificou-se que tais fatores são as diferenças lingüísticas e de concepções jurídicas e a falta de vontade política para superá-las. Assim, entendeu-se que, para buscar o desenvolvimento da integração regional há que se encontrar convergências com relação a esses fatores. Estas se tornarão possíveis pelo uso do direito comparado, para aprimorar as técnicas legislativas e coordenar, em diálogo constante, os interesses estatais e comuns, buscando conformidade na vontade política para aprofundar a integração. Assim, apenas tomando em conta as diferenças, as pluralidades essenciais, esforçando-se para alcançar concessões suficientes a formar um consenso, pode-se chegar à plena integração.

#### **Refêrencias bibliográficas**

ARRIGHI Jean Michel (1992) “La protección de los consumidores y el MERCOSUR” *Revista de Direito do Consumidor* (2), p. 124-136.

ARROYO Diego P. Fernandez (2005) “El Derecho Internacional Privado en el Inicio del Siglo XXI” In: LIMA MARQUES Claudia, ARAÚJO Nádia de. *O Novo Direito Internacional – Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 89-109.

\_\_\_\_\_, DREYZIN DE KLOR Adriana. *Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos. El caso del MERCOSUR*. [online] disponível em: <<http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivodoctrinadetalletc.asp?archivo=nt050333.asp&pie=DC591%3Cbr%3E&direc=2>> [acesso em: 23 abr. 2011].

BADIE Bertrand (1992) *L'État importe – L'occidentalisation de l'ordre juridique*. França: Fayard.

BERTELOOT Pascale (1998) “Le droit à la langue de l'Union européenne” In: JAYME Erik. (coord) *Langue et Droit*. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol. Collection des Rapports. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 345-362.

BIEBER León E. (1994) “Paralelos e Diferenças na conformação de blocos de integração regional na Europa e na América Latina” In: PLÁ Juan Algorta (coord). *O MERCOSUL e a Comunidade Europeia : uma abordagem comparativa*. Porto Alegre : Ed. Universidade/UFRGS, p. 24-36.

CASELLA Paulo Borba (1998) “Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito” In: \_\_\_\_\_, ARAÚJO Nádia de (coord) *Integração Jurídica Interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, p. 77-105.

CICERO Nidia Karina (1999) “Estado actual de las negociaciones del proceso de armonización de la legislación en materia de defensa del consumidor en seno del Mercosur” *Revista de Derecho del MERCOSUR*, 3(1), p. 50-59.

COMISSÃO EUROPEIA COM(2010)348 *final*, de 01 de julho de 2010 – Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas [online] disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:pt:PDF>> [acesso em: 06 mai. 2011].

\_\_\_\_\_ *COM(2008) 614 final 2008/0196 (COD) Proposta de Diretiva*

do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos direitos dos consumidores [online] disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:PT:NOT>> [acesso em: 06 mai. 2011].

\_\_\_\_\_ *COM(2011)635 final*, de 11 de outubro de 2011 – Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda [online] disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:PT:PDF>> [acesso em: 12 mar. 2012].

DALL'AGNOL Antonio (1997) “Integração econômica e defesa do consumidor: regulamento do MERCOSUL” *Revista de Direito do Consumidor*, (22), p. 102-104.

DAVID René (1950) *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit du Jurisprudence.

FARIA Werter R. (1997) “Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas” In: BASSO Maristela (coord) *MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.143-153.

FELLOUS Beyla Esther (2003) “Proteção do consumidor no MERCOSUL e na UE” *Revista dos Tribunais*, 2003.

FRADERA Vera Maria Jacob de (2010) *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_ (1997) “A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina, um Entrave à Integração no Cone Sul?” *Revista dos Tribunais*, v. 736, p. 20 e ss.

\_\_\_\_\_ (1999) “Langue et Droit au MERCOSUR” In: JAYME Erik. (coord) *Langue et Droit XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol*, 1998. Collection des Rapports. Bruxelles : Bruylant, p. 123-136.

\_\_\_\_\_ (2003) “O direito dos contratos no século XXI: a construção de uma noção metanacional de contrato decorrente da globalização, da integração regional e sob influência da doutrina comparatista” In:

DINIZ Maria Helena, LISBOA Roberto Senise (coord) *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, p. 547-570.

JAUFFRET-SPINOSI Camille (2008) “Les grand systèmes contractuels européens” In: CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRŮM André (org) *Le contrat en Europe aujourd’hui et demain* – Coloque du 22 juin 2007. Paris: Société de législation comparée, p. 9-28.

JAYME Erik (1999) “Rapport Général : «Langue et Droit»” In: \_\_\_\_\_ (coord) *Langue et Droit XVe Congrès International de Droit Comparé* – Bristol, 1998. Collection des Rapports. Bruxelles: Bruylant, p. 9-34.

LANDO Ole (2008) “The contract in Europe: Today and tomorrow, Final remarks” In: CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRŮM André (org) *Le contrat en Europe aujourd’hui et demain* – Coloque du 22 juin 2007. Paris: Société de législation comparée, p. 177-191.

LIMPENS Anne (1967) “Harmonisation des législations dans le cadre du marché commun” *Revue Internationale de Droit Comparé* 19(3), p. 621-653.

MATEUCCI Mario (1957) “Introduction a l’étude systématique du droit uniforme” *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye*, T. 91, 1957-I, p. 383-443.

MAZEAUD Denis, SCHULZE Reiner, WICKER Guillaume (coord) (2010) *L’amorce d’un droit européen de contrat : la proposition de directive relative aux droits des consommateurs*. Paris: Société de législation comparée.

MELLO Flávio Citra Vieira de (2010) “Direito Internacional do Consumidor – Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho aos Direitos dos Consumidores COM (2008) 614 final 2008/0196, de 08 de outubro de 2008” *Revista Portuguesa de Direito do Consumidor* (64), p. 54-84.

MERCOSUL *MERCOSUL/GMC/RES. No. 126/94* [online] disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas\\_web/Resoluciones/PT/94126.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/94126.pdf)> [acesso em 21 abr. 2011].

\_\_\_\_\_ *MERCOSUL/GMC/RES. No. 123/96* [online] disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=273>> [acesso em: 21 abr. 2011].



\_\_\_\_\_ MERCOSUL/GMC/RES. No. 124/96 [online] disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=273>> [acesso em: 21 abr. 2011].

\_\_\_\_\_ MERCOSUL/GMC/RES. No. 125/96 [online] disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=273>> [acesso em: 21 abr. 2011].

\_\_\_\_\_ MERCOSUL/GMC/RES. No. 126/96 [online] disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=273>> [acesso em: 21 abr. 2011].

\_\_\_\_\_ MERCOSUL/GMC/RES. No. 127/96 [online] disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=273>> [acesso em: 21 abr. 2011].

MERRYMAN John Henry (1979) *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica.

MONACO Riccardo (1960) “Comparaison et rapprochement des législations dans le marché commun européen” *Revue Internationale de Droit Comparé*, 12(1), p. 61-74.

PERIN JUNIOR Ecio (2003) *A globalização e o Direito do Consumidor: aspectos relevantes sobre a harmonização legislativa dentro dos mercados regionais*. Barueri: Manole.

REICHEL Heloisa Jochims, GUTFREIND Ieda. *As raízes históricas do MERCOSUL: a região platina colonial*. São Leopoldo: Unisinos.

SACCO Rodolfo (2001) *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_ (1999) “Langue et Droit” In: JAYME Erik (coord) *Langue et Droit*. XVe Congrès International de Droit Comparé – Bristol, 1998. Collection des Rapports. Bruxelles : Bruylant, p. 223-260.

SCHMUTZER A. K. M. (1966) Débats du Parlement européen de juin 1965 (Primauté du droit communautaire et harmonisation des législations nationales). *Revue Internationale de Droit Comparé*, 18(1), p. 93-120.

SIMIONATO Frederico Augusto Monte (1997) “Métodos de harmonização legislativa na UE e no MERCOSUL: uma análise



comparativa” In: BASSO Maristela (coord) *MERCOSUL, seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.117-142.

SZAFIR Dora (1998) *El consumidor en el Derecho Comunitario – Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR*. Montevideo: FCU.

TERUCHKIN Sônia Unikowsky (2000) “Os impasses na harmonização dos direitos do consumidor no MERCOSUL” *Indicadores Econômicos FEE*, 28(3), p. 218-231.

TRSTENJAK Verica (2007) “Les difficultés d’une interprétation et d’une application unitaires du droit communautaire” In: CABILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRÜM André (org) *Le contrat en Europe aujourd’hui et demain – Colloque du 22 juin 2007*. Paris: Société de législation comparée, p. 147-176.

VENTURA Deisy (2003) *As assimetrias entre Mercosul e União Europeia*. Barueri: Manole.

WILL Michael R. (1994) “Mercado comum e harmonização do direito privado” In: PLÁ Juan Algorta (coord) *O MERCOSUL e a Comunidade Europeia: uma abordagem comparativa*. Porto Alegre : Ed. Universidade/ UFRGS, p. 64-79.



# INTEGRAÇÃO ECONÔMICA – A EXPERIÊNCIA EUROPEIA E OS DESAFIOS DO MERCOSUL

## INTEGRACIÓN ECONÓMICA - UNA EXPERIENCIA EUROPEA Y LOS DESAFÍOS DEL MERCOSUR

*Marcelo Fonseca Vicentini\**

---

**Resumo:** *A questão central do artigo pode ser resumida da seguinte maneira: em qual etapa de integração econômica se encontram a União Européia e o MERCOSUL? A resposta a essa pergunta passa pela explanação dos fundamentos da integração, suas etapas e análise de que etapa de integração econômica se encontra atualmente a União Européia e o Mercosul.*

**Resumen:** *La cuestión central del artículo puede ser resumida de la siguiente manera: en qué etapa de integración económica se encuentran la Unión Europea y el MERCOSUR? La respuesta a esa pregunta pasa por la explicación de los fundamentos de la integración, sus etapas y análisis sobre en qué etapa se integración económica se encuentra hoy la Unión Europea y el MERCOSUR.*

**Palavras-chave:** *Harmonização, Integração, União Européia, Mercosul*

**Palabras clave:** *Armonización, Integración, Unión Europea, Mercosur*

---

### Introdução

O tema apresenta grande desafio acadêmico visto que diversas questões constitucionais e legais devem ser analisadas, bem como representa grande desafio prático, visto que há uma série de questões econômicas e políticas envolvidas.

Observamos que os casos concretos de integração econômica

---

\* Advogado formado pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Especialista em Direito Tributário pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Mestrando em Direito Econômico e Financeiro na Universidade de São Paulo - USP. Ex Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

existentes hoje, apresentam uma série de desafios para continuarem evoluindo, como o caso do MERCOSUL, ou mesmo existindo, como é o caso da União Européia.

Diante desse quadro discorreremos sobre questões preliminares como o conceito de coordenação, harmonização e uniformização, seguindo a linha que os três conceitos se referem ao mesmo fenômeno, porém representam graus diferentes do signo “harmonização”.

Avançando na exposição, e ainda na etapa preparatória, trataremos da integração econômica e as etapas usualmente identificadas pela doutrina, a saber: i) zona de livre comércio, ii) união aduaneira; iii) mercado comum e iv) união econômica. Trataremos brevemente ainda sobre uma quinta etapa identificada pelo Professor Luís Eduardo Schoueri, qual seja, a união política.

Realizados esses comentários iniciais, discorreremos sobre o MERCOSUL e União Européia, buscando analisar as características desses blocos econômicos e em qual etapa da integração econômica eles se encontram, apontando ainda os desafios enfrentados.

Por fim, abordaremos o possível acordo de livre comércio a ser celebrado entre o MERCOSUL e a União Européia.

## **1. Globalização e formação de blocos econômicos**

Para se entender a origem e justificativa da discussão acerca da integração econômica, bem como o surgimento dos blocos econômicos ou blocos comerciais, tais como União Européia, Mercosul, Nafta e Alca, faz-se necessário breve digressão histórica.

Verificamos que as discussões sobre integração econômica surgem em decorrência de um fenômeno conhecido como globalização, fenômeno este que traz profundas implicações nas mais variadas áreas do conhecimento e nos mais diversos setores da vida social e que já havia sido constatado em 1848 por Karl Marx e Friedrich Engels quando escreveram o famoso texto Manifesto do Partido Comunista e descreveram de maneira brilhante o nascimento da burguesia, a evolução dos mercados e da indústria, fatos estes que culminaram na criação do mercado mundial<sup>1</sup>.

A criação do mercado mundial citado por Mark e Engels, ou

---

<sup>1</sup> MARK Karl e ENGELS Friedrich. Manifesto do Partido Comunista. Tradução de Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 23-26.

como se conhece modernamente, a globalização, caracteriza-se pela gradual abertura das economias nacionais às transações comerciais internacionais, onde os países estão cada vez mais integrados em termos de comércio de bens e serviços, fluxos financeiros e de investimento direto<sup>2</sup>.

Com a globalização, as decisões de produção e comércio internacional ficaram intimamente interligadas: a transnacionalização de empresas espalhou-se pelo mundo inteiro e a maior parte dos produtos que chegam ao mercado é transacionável internacionalmente ou dependem pesadamente de componentes transacionáveis<sup>3</sup>.

Das poucas linhas acima, é possível depreender que o fenômeno conhecido como globalização enseja uma infinidade de temas para debate e neste sentido o pensamento jurídico encontra-se frente a um grande desafio: encontrar alternativas para a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos, pois vencida a fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, vive-se atualmente a etapa relativa às mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo da economia globalizada<sup>4</sup>.

Adotando um conceito mais ligado às finanças, afirma Arnold Wald que “a globalização significa a criação de interconexões estreitas entre os sistemas financeiros e monetários de diversos países, decorrentes da liberalização do câmbio e da relativa desregulamentação das atividades financeiras”. Pontua o autor que “não adianta afirmar ‘não quero ser globalizado’. Não é uma questão de querer ou não, de aceitar ou não, mas de reconhecer o fato e de tomar as medidas cabíveis no plano econômico, ético e jurídico”<sup>5</sup>.

Neste movimento sem retorno, observamos que a globalização mudou a dinâmica do comércio mundial, pois enquanto a produção mundial cresceu 6 (seis) vezes nos últimos 40 anos, os fluxos comerciais cresceram 12 (doze) vezes. Em outras palavras, o comércio internacional vem apresentando um dinamismo mais forte do que a produção mundial. Nesse sentido os mercados estão ficando cada vez mais integrados e

---

2 SILBER Simão Davi. “Teorias do comércio internacional” in VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; LIMA, Miguel; SILBER, Simão Davi (org.). *Gestão de Negócios Internacionais*. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.

3 SILBER Simão Davi. *Ob. Cit.*, p. 17.

4 FARIA José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13-14.

5 WALD Arnold. *Alguns Aspectos Jurídicos da Globalização Financeira* in: MOSQUERA Roberto Quiroga (coord) *Aspectos Atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 11.

cada país mais dependente de compras e vendas externas<sup>6</sup>.

Neste sentido, destacada Antônio Carlos Rodrigues do Amaral que houve um expressivo aprofundamento do intercambio mercantil após a Segunda Grande Guerra, fruto das negociações arquitetadas, primeiro, no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e, depois, por meio da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>7</sup>.

Relevante observar que ao contrário do mote mercantilista de que o lucro de um é o prejuízo de outro, Montaigne, em seus ensaios, visualizou no comércio internacional e na integração dos mercados um eficiente instrumento para a pacificação das relações entre os países e o crescimento econômico<sup>8</sup>.

A partir de nova concepção de relacionamento comercial entre os países, observamos que a idéia de cooperação entre as nações a partir da integração econômica foi tão marcante que Jean Monnet, considerado por muitos o pai da unificação européia, afirmou em 1943 que não haveria paz na Europa se os Estados fossem reconstituídos, ao final da guerra, com base na soberania nacional concebida à luz do envelhecido Estado-Nação.

Indo além, Monnet acreditava que a derrubada das barreiras ao tráfico comercial entre os países era imprescindível para o desenvolvimento econômico e social da Europa ocidental, levando-se em conta também a pequena dimensão territorial das nações européias<sup>9</sup>.

Como um desdobramento do processo de globalização descrito, bem como do pensamento desenvolvido por Jean Monnet, tem-se assistido, especialmente a partir da segunda metade do século XX, a um incrível avanço no campo da integração regional com a multiplicação dos blocos comerciais ou econômicos, impondo-se uma nova dinâmica ao comércio mundial.

## **2. Harmonização internacional**

Realizada breve contextualização histórica, passaremos a tratar do tema da harmonização internacional.

Inicialmente cabe observar que qualquer processo de integração

---

6 SILBER Simão Davi. Ob. Cit., p. 17-18.

7 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Direito no Comércio Internacional – Aspectos Fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 39.

8 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 39.

9 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 40.

é multifásico. Neste sentido, a melhor forma de estudá-lo é identificar cada uma das etapas e buscar as suas características mais relevantes, de maneira que se possa fazer a adequada correspondência com o objeto de estudo, bem como o grau de harmonização necessário.

Considerando que o conceito de harmonização é nuclear no estudo da integração econômica, iniciaremos o estudo por esse conceito.

O autor Simon James em seu texto “Can we harmonise our views on European Tax Harmonisation?” reconhece existir graus de harmonização, e afirma que o primeiro passo poderia ser a cooperação administrativa entre autoridades fiscais relativamente a contribuintes com questões fiscais envolvendo mais de uma jurisdição fiscal, e o próximo estágio poderia ser o desenvolvimento forma de acordos para evitar a dupla tributação, de maneira que a mesma receita não seja tributada por duas jurisdições diferentes<sup>10</sup>.

Nesta mesma linha, afirma Peggy Mugrave que as diferenças entre os termos coordenação tributária e harmonização tributária devem ser esclarecidas<sup>11</sup>.

O Professor Luís Eduardo Schoueri segue a mesma linha dos autores citados e afirma que o termo harmonização pode refletir fenômenos bastante diferentes e, nesse sentido, é importante admitir que há graus de harmonização. O professor Schoueri também entende possível diferenciar coordenação e harmonização, identificando ainda um terceiro grau que chamou de uniformização<sup>12</sup>.

Esclarece o Professor Schoueri que “quem tivesse lido, nos idos de 1971, os estudos de Tilbery, notaria que para ele a harmonização tributária seria um termo auto-explicativo, tornando, assim, descipienda qualquer discussão sobre seu significado. Hoje, já passadas quase três décadas, ainda temos alguma dificuldade e vemos que muitos falam em harmonização pensando em fenômenos diferentes”<sup>13</sup>.

Admitindo-se a existência de diferentes graus de harmonização, discorreremos brevemente sobre cada um deles, seguindo a linha do professor Schoeuri que identifica três diferentes graus.

---

10 JAMES Simon. Can we harmonize our views on European tax harmonization? in Bulletin for International Fiscal Documentation, IBDF, June/2000, p. 264.

11 MUSGRAVE Peggy. “International aspects of value added taxes: lessons for developing countries”. International VAT monitor, IBDF, vol. 12, n 3, may/june 2001, p. 114.

12 SCHOUERI Luís Eduardo. Harmonização Tributária no MERCOSUL, in Revista Direito Mackenzie 1(2). São Paulo: Mackenzie, 2000. p. 171.

13 SCHOUERI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 171



## **2.1. Coordenação**

No primeiro grau, encontra-se o fenômeno que pode ser chamado de coordenação, onde se vislumbra a existência de um objetivo comum nas decisões dos diversos Estados envolvidos.

Nos dizeres do Professor Schoueri:

os encontros dos chefes de Estado dos Países-Membros, quando querem discutir o que fazer, se vão ou não adotar uma política comum para determinado caso, não são harmonização, mas mera coordenação. ‘Vamos começar a pensar do mesmo modo. Tenhamos objetivo comum’. Não se discutem os meios pelos quais se chega a esse objetivo comum. O importante é que os países do grupo tenham uma idéia parecida, que exista algum tipo de uniformidade e que terceiros, quando olhem para eles, saibam que esses países costumam enfrentar os problemas da mesma forma. Trata-se, aqui, de uma coordenação de políticas, apenas<sup>14</sup>.

Para Peggy Musgrave coordenação equivale a qualquer forma de ajuste no sistema tributário, unilateral ou multilateral, no sentido de modificar os efeitos das diferenças entre aqueles sistemas na relação econômica interjurisdicional. Para o autor, a coordenação pode tomar a forma extrema de equalização de regras tributárias ou alíquotas ou a forma menos extrema de harmonização que permite alguma diversidade nos sistemas tributários enquanto se busca diminuir o impacto da diferença em termos de eficiência<sup>15</sup>.

## **2.2. Harmonização**

No segundo grau, sendo talvez esse o grau mais adequado para se utilizar o termo “harmonização”, se almeja mais do que meramente políticas comuns. O senso comum da palavra reflete muito bem esta etapa, na medida em que se busca reduzir as contradições em matéria tributária ou neutralizando-se as suas divergências e, neste estágio, reconhece-se a existência de princípios legislativos comuns<sup>16</sup>.

A marca registrada da harmonização é a existência de sistemas parecidos a ponto de serem comparáveis, onde se é possível identificar as diferenças e eventualmente escolher pelo regime que melhor se

---

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> MUSGRAVE Peggy, Ob. Cit. p. 114.

<sup>16</sup> SCHOUERI Luis Eduardo, Ob. Cit., p. 171.

adequada às pretensões de quem analisa e compara os sistemas. Tomamos como exemplo: um investidor estrangeiro que, ao escolher onde irá alocar seus recursos, poderá decidir em função das diferentes alíquotas, isenções ou exceções fiscais; por outro lado, considerando que é possível comparar os regimes, irá decidir por aquele que melhor se adéqua as suas pretensões.

### **2.3. Uniformização**

No terceiro grau, seguindo a premissa que o primeiro grau corresponde à etapa mais superficial e o terceiro grau o menos superficial, já se fala em uniformização no sentido de identidade dos textos legais, sendo que a mesma norma vale para quaisquer dos sistemas, não sendo mais necessário realizar comparações para identificar eventuais diferenças entre os diferentes regimes.

Luiz Dias Martins Filho observa que a uniformização requer efetivamente uniformizar a tributação em todos os seus aspectos essenciais, igualar as cargas tributárias que recaem sobre uma mesma matéria tributável, vale dizer, igualar as legislações de um determinado tributo tanto nos aspectos estruturais quanto técnico-formais e quantitativos<sup>17</sup>.

Em outras palavras, a utilização do mecanismo de uniformização inflexibiliza definitivamente o instrumental tributário para operar de acordo com os objetivos nacionais, pelo que se apresenta como um mecanismo compatível apenas com as etapas mais avançadas do processo de integração econômica<sup>18</sup>.

## **3. Integração econômica**

Pode-se dizer que a integração econômica internacional é um processo pelo qual as fronteiras dos Estados nacionais são material, virtual e gradativamente eliminadas, conforme o grau de integração que se almeje, de tal modo que esses Estados se tornam mais interdependentes econômica e até social e politicamente<sup>19</sup>.

Com base nas teorias mais tradicionais, os processos de integração comumente seguem modelos, nesta linha, o processo de integração decorre de uma decisão política que tem como suporte uma base

---

17 MARTINS FILHO, Luiz Dias. O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional em: <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP8/CFP\\_n8\\_art2.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP8/CFP_n8_art2.pdf)> acessado em 02 de novembro de 2011.

18 MARTINS FILHO Luiz Dias. Ob. Cit.

19 MARTINS FILHO Luiz Dias. Ob. Cit.

econômica, e que se formaliza e concretiza por meio de uma construção jurídica, havendo, portanto, nesse processo, a combinação desses três mencionados elementos: político, econômico e jurídico e, neste sentido, a forma e o grau de integração são, na maioria das vezes, decorrência da opção política<sup>20</sup>.

É exatamente sobre esses modelos que passaremos a discutir. Desta forma, em vista dos graus de harmonização acima comentados, passaremos a diferenciar as etapas (ou modelos) verificadas na integração econômica e conjugaremos essa diferenciação com a conceituação feita acima sobre coordenação, harmonização e uniformização.

### **3.1. Zona de Livre Comércio**

Considerada a primeira etapa da integração econômica, a Zona de Livre Comércio é uma forma incipiente e menos complexa de integração.

Para o Professor Schoueri, o único objetivo da zona de livre comércio é permitir que as mercadorias circulem de um país para o outro sem encargos aduaneiros. Neste sentido, o único fenômeno necessário seria a mera coordenação de políticas com a eliminação de barreiras alfandegárias entre os países membros<sup>21</sup>.

Nessa linha, Adilson Rodrigues Pires esclarece

uma área, ou zona de livre comércio, caracteriza-se pela eliminação de restrições quantitativas e de barreiras internas ao comércio de bens entre os membros da comunidade econômica. Cada país mantém inalteradas as próprias tarifas e as regras de comércio com países situados fora da área. No plano interno, porém, cuidam os países de eliminar todas as barreiras, tarifárias ou não, que obstaculizem o comércio intrazonal<sup>22</sup>.

Interessante observar ainda que os países-membros dedicam esforços na criação da Área de Livre Comércio, porém sem impedir que individualmente, qualquer um dos membros mantenha outros tipos de acordos comerciais com países fora do bloco, de forma independente<sup>23</sup>.

---

20 Ibid.

21 SCHOUEIRI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 173.

22 PIRES Adilson Rodrigues. "Harmonização Tributária em Processos de Integração Econômica", in Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto, Maria Augusta Machado de Carvalho (org). Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

23 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord.). Ob. Cit., p. 42.

Em linha com o que escrevemos no primeiro capítulo, observamos nessa primeira fase da integração econômica, o retrato de parte do processo de globalização, pois conforme afirmamos, a globalização, caracteriza-se pela gradual abertura das economias nacionais às transações comerciais internacionais, onde os países estão cada vez mais integrados em termos de comércio de bens e serviços, fluxos financeiros e de investimento direto<sup>24</sup>.

### **3.2. União Aduaneira**

A União Aduaneira pode ser considerada a segunda etapa da integração econômica, e neste ponto já se fala em tarifa externa comum, o que significa tarifas idênticas.

Adilson Rodrigues Pires faz interessante observação ao afirmar

na prática, a união aduaneira consiste na ampliação do território aduaneiro das partes contratantes, ou seja, dois ou mais territórios aduaneiros são substituídos por um único, de forma a que os direitos de importação e outras regulamentações restritivas do comércio sejam eliminados para a maioria das trocas entre os países constitutivos da união, sendo estas aplicadas, por qualquer país membro no comércio com os países não compreendidos na área<sup>25</sup>.

Neste sentido, quando se fala em união aduaneira, surge a necessidade de se considerar que haja, pelo menos, uma coordenação de regime de tributação do consumo e, note-se, não se exige um sistema único, mas pelo menos uma coordenação de políticas sobre o regime a ser adotado<sup>26</sup>.

Registra Luiz Dias Martins Filho que na União Aduaneira “há uma fronteira aduaneira comum que confere aos Estados integrantes caráter de unidade em suas relações com terceiros países. Agrega, portanto, a instituição de tarifa externa comum e o regime geral de origem, aplicáveis em toda a união alfandegária, em relação a importações procedentes de terceiros Estados”<sup>27</sup>.

### **3.3. Mercado Comum**

---

24 SILBER Simão Davi. “Teorias do comércio internacional” in VASCONCELLOS Marco Antonio Sandoval de; LIMA Miguel; SILBER Simão Davi (org.). *Gestão de Negócios Internacionais*. 2º Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.

25 PIRES Adilson Rodrigues. *Ob. Cit.*, p. 2.

26 SCHOUERI Luís Eduardo. *Ob. Cit.*, p. 174.

27 MARTINS FILHO Luiz Dias. *Ob. Cit.*

Na terceira etapa, podemos afirmar que se trata de uma extensão das duas primeiras e que é uma área que, além de guardar as características daquelas, assegura a livre circulação, no interior do território comum, dos serviços e dos fatores de produção, ou seja, o capital e o trabalho. Nesta etapa torna-se necessário que se tenha uma harmonização da legislação dos tributos que incidam sobre o consumo, não sendo necessário que se tenha uniformização dos tributos<sup>28</sup>.

Desta forma, tratando-se de um mercado comum, os sistemas têm que ser completamente comparáveis<sup>29</sup>.

### **3.4. União Econômica**

Para Adilson Pires, a União Econômica é entendida como um mercado comum, do qual se excluem tensões provocadas pelas diferenças nas políticas financeiras, econômicas e industriais, sendo essa a mais elevada etapa do processo de integração. Uma característica marcante dessa etapa é a adoção de uma moeda única e de uma política monetária unificada, conduzida por um Banco Central Comunitário, pois enquanto no mercado comum as políticas macroeconômicas são apenas estabelecidas e coordenadas pelos países, na União Econômica e Monetária, a política macroeconômica é única<sup>30</sup>.

Por seu turno, o autor Antonio Carlos Rodrigues Amaral chama esta quarta etapa de União Político-Jurídico-Monetária e afirma que é a etapa na qual a integração é realizada plenamente, com a celebração de um contrato garantindo juridicamente a integração, minimizando as atribuições monetárias tais como emissão e controle da moeda, e políticas, elencadas sob a rubrica de decisões de alcance supranacionais, de cada um dos Estados Pactuantes o que, na opinião do autor, pode levar ao arrefecimento da independência nacional na medida em que há centralização das decisões nos órgãos do bloco econômico<sup>31</sup>.

Neste ponto, nos parece que autores como Adilson Pires e Antonio Carlos Rodrigues Amaral adotam classificação ligeiramente diferente do professor Luís Eduardo Schoueri visto que aqueles incluem na etapa usualmente chamada de União Econômica, além da questão monetária e da livre transito de mercadorias, pessoas, capitais e serviços, também a questão política, afirmando que haveria centralização, inclusive de decisões políticas em órgãos do bloco econômico, ao passo que o

---

28 SCHOUERI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 175.

29 Ibid.

30 PIRES Adilson Rodrigues. Ob. Cit., p. 3.

31 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 88.

professor Luís Eduardo Schoueri reservou a questão política para uma quinta etapa, chamada de união política, que discorreremos brevemente a seguir.

### **3.5. União política**

Conforme afirmamos acima, em que pese verificarmos a existência de autores, como Antonio Carlos Rodrigues do Amaral que incluem a questão política na quarta etapa do processo de integração, o professor Luís Eduardo Schoueri identifica essa quinta etapa, a qual chama de União Política, mas assevera de antemão que talvez nunca se veja na prática implementada e não são ainda concretas as suas perspectivas.

Pessoalmente, não conseguimos vislumbrar tal separação e entendemos que a união política seria parte da própria União Econômica, na medida em que características marcantes da União Econômica, tais como a criação de um banco central único ou de entidades supranacionais para definição de diversas diretrizes dos países componentes, inevitavelmente levam à adoção de políticas únicas.

## **4. União Européia**

Considerada um exemplo de integração econômica de sucesso, a União Européia sem dúvida é um caso a ser estudado, representando e apoiando muitas das teorias formuladas sobre o assunto.

Dado este fato, discorreremos brevemente sobre a formação da União Européia e depois discorreremos mais especificamente sobre a integração econômica verificada neste bloco econômico.

### **4.1. Formação da União Européia**

Segundo Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, o processo que levou a formação da União Européia começou logo após a 2ª Guerra Mundial quando, em 1948, foi criada a Organização Européia de Cooperação Econômica, para administrar os recursos do Plano Marshall e em 1949 o Conselho da Europa, sendo que as duas instituições seguiam, ainda, o modelo clássico de cooperação sem qualquer impacto sobre a soberania nacional<sup>32</sup>.

Neste ponto, Jean Monnet, comissário do plano de modernização da França, estava convencido de que com a Europa unida, diminuiria a tensão Leste/Oeste e, conseqüentemente, a ameaça comunista. Por outro

---

<sup>32</sup> AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 89.

lado, sabendo que as suscetibilidades nacionais, ainda demasiado vivas, não aceitariam transferências importantes de soberania e a pergunta a responder era como proceder à necessária construção. Importante lembrar ainda que franceses e ingleses tinham idéias diferentes sobre como deveria se dar a cooperação econômica e comercial na nova Europa – os ingleses, como até hoje, mais interessados em livre comércio e cooperação no sentido tradicional (o que levou a criação da Associação Européia de Livre Comércio – Aelc ou Efta), ao passo que os franceses favoreciam a idéia de mercado comum que resultou nas Comunidades Européias<sup>33</sup>.

Schuman e Monnet chegaram à conclusão de que, para triunfar, seria necessário limitar os objetivos de qualquer proposta da união a domínios precisos de grande alcance psicológico, e instituir um mecanismo de decisão comum, cujas competências seriam progressivamente alargadas. Estavam lançadas as bases do que se tornaria, em 1951, o tratado que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA)<sup>34</sup>.

A CECA foi a primeira pedra da construção que levaria, em 1957, a instituição da Comunidade Econômica Européia e da Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom). Em um importante passo, os órgãos das três Comunidades foram unificados em julho de 1967, passando a existir apenas uma Comissão Européia e um Conselho de Ministros. Avançando no tempo, em 1986, o Ato Único Europeu realizou o plano de Schuman e Monnet, completando o tratado de Roma com uma série de objetivos precisos, que se traduziam nas quatro liberdades fundamentais: livre circulação de pessoas, de bens, de capitais e de serviços, e fundado em princípios como o de que nenhuma corrente é mais forte que seu elo mais fraco<sup>35</sup>.

A União Européia conta hoje com cinco instituições principais que se controlam reciprocamente, a saber: i) O Conselho Europeu, que engloba o conselho de ministros e que é o órgão supremo, responsável por definir as linhas de orientação política e trata de questões internacionais, sendo composto por um ministro por governo e por matéria; ii) a Comissão Européia, que representa a União Européia e está sediada em Bruxelas, sendo considerada a guardiã dos tratados, por cuja implementação vela e, além disso, elabora propostas de legislação e ação em nível europeu e coordena a administração das políticas comuns; iii) o Parlamento Europeu, representante da população, sendo

---

33 Ibid.

34 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 90

35 Ibid.



composto por deputados eleitos por sufrágio universal direto, conforme representatividade geográfica e demográfica, tendo funções de decisão e de caráter orçamentário, desempenhando papel importante no processo de elaboração, modificação e adoção de legislação europeia; iv) o Tribunal de Justiça que julga tudo o que se refere a direito comunitário, sendo que qualquer litígio em torno do acordo ou contrato assinado com a União Europeia ser-lhe-á necessariamente submetido; v) e por fim o Tribunal de Contas que controla o orçamento e a gestão das finanças comunitárias, tendo como órgãos auxiliares o Banco Central Europeu e o Banco Europeu de Investimento<sup>36</sup>.

#### **4.2. Integração Econômica na Europa**

Em texto sobre a harmonização tributária nos países da Comunidade Econômica Europeia o professor da Universidade de Genova Victor Uckmar afirma que o processo de integração da Comunidade Europeia sofreu fases alternadas de desenvolvimento e estagnação no curso do tempo, devido a questões políticas, econômicas e financeiras. Esclarece que os resultados positivos obtidos em alguns campos no caso dos impostos indiretos, através das primeiras medidas da Comunidade Europeia a respeito do IVA (Imposto sobre Valor Acrescido), no início dos anos 60 deram lugar a um arrefecimento no impulso do progresso Comunitário, uma diminuição com relação a todos os campos compreendidos na integração econômica<sup>37</sup>.

Esclarece o professor Victor Uckmar que as causas disso estão, entre outros fatores, no fato de que, desde que os países signatários vislumbraram que a idéia de uma Europa unida e integrada seria, talvez, uma forma muito ambiciosa e arriscada para os interesses naturais, eles passaram a ser mais cautelosos em vez de continuar a fazer parte de uma entidade econômica ainda dividida em diversos mercados<sup>38</sup>.

Pelo que se entende, a atividade de negócios e economia da Europa não expandiu da forma esperada; restou comprovada, portanto, a necessidade de intensificar a competição dentro da Indústria da Comunidade. A única forma de atingir essa meta foi identificar numa forte harmonia o poder econômico e o potencial de cada País Membro. Isso promoveria uma coordenação mais precisa para explorar os recursos e o potencial econômico de um mercado de 320 milhões de

---

36 Ibid.

37 UCKMAR Victor. Sobre a harmonização tributária nos países da Comunidade Econômica Europeia in SCHOUERI & ZILVETE Luís Eduardo e Fernando Aurélio (coord). Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 286.

38 UCKMAR Victor. Ob. Cit, p. 287.



habitantes, onde todas as barreiras físicas, técnicas e fiscais que ainda separaram os cidadãos devem ser abolidas, deixando de atrapalhar o comércio e crescer o custo das empresas<sup>39</sup>.

Eis a noção de “mercado comum” que foi destacada já no Tratado de Criação da Comunidade. Neste sentido, destaca o autor Antonio Carlos Rodrigues do Amaral que “quando se estuda a integração econômica na Europa – lastreada na busca de competitividade no âmbito do comércio internacional – percebe-se que os seus fundamentos estão voltados justamente às quatro liberdades fundamentais (livre trânsito de pessoas, de bens e serviços, de capitais, e liberdade de estabelecimento)”<sup>40</sup>.

Avançando no raciocínio, Antonio Carlos Rodrigues do Amaral afirma que

o que caracteriza a União Européia é terem os países-membros renunciado a parte de suas soberanias em favor da Comissão Européia, dotada de poderes próprios, independentes dos Estados-Membros, que lhe permitem promulgar atos europeus, equivalentes à legislação nacional. O papel da Comissão Européia foi fortalecido com a entrada em vigor, em 1º de novembro de 1993, do Tratado de Maastricht, que transformou as Comunidades em União Européia (agora já união política), pavimentando o caminho para a unificação monetária trazida pelo Tratado de Amsterdã e para a adoção de uma Constituição Européia<sup>41</sup>.

Tendo em vista os comentários até aqui desenvolvidos sobre a União Européia, percebemos que a União Européia reúne plenamente as características de Mercado Comum, as quais destacamos no item 3.3, ou seja, há livre circulação, no interior do território comum, dos serviços e dos fatores de produção (capital e o trabalho), bem como há uma harmonização da legislação dos tributos que incidam sobre o consumo, onde os sistemas são completamente comparáveis.

Em texto datado de 1998, Adilson Rodrigues Pires, ao tratar das características da União Econômica, afirma que essa

é entendida como um mercado comum, do qual se excluem tensões provocadas pelas diferenças nas políticas financeiras, econômicas e industriais. A união econômica pressupõe o caminho para a união monetária, fase não atingida sequer pela União Européia, o mais

---

39 UCKMAR Victor. Ob. Cit, p. 287.

40 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 41.

41 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 92.

avançado bloco econômico existente no mundo. É a mais elevada etapa do processo de integração. Caracteriza-se pela adoção da moeda única e de uma política monetária unificada, conduzida por um Banco Central comunitário. Enquanto no Mercado Comum as políticas macroeconômicas são apenas estabelecidas e coordenadas pelos países, na União Econômica e Monetária, a política macroeconômica é única<sup>42</sup>.

Por seu turno, o professor Luís Eduardo Schoueri, em texto datado de 2000, vai além e afirma que o exemplo mais conhecido de mercado comum é a União Européia, mas que está em fase de implantação na Europa e união econômica.

Ousamos discordar dos dois professores, pois entendemos que é possível afirmar que a União Européia já se encontra na União Econômica, visto que atende as principais características e requisitos dessa etapa de integração econômica.

Conforme relatamos acima, podemos afirmar que há integração plena da União Européia, com a celebração de um tratado garantindo juridicamente a integração, minimizando as atribuições monetárias de cada um dos Estados Pactuantes, tais como emissão e controle da moeda, e políticas, elencadas sob a rubrica de decisões de alcance supranacionais.

Além da questão monetária e da livre transito de mercadorias, pessoas, capitais e serviços, requisitos fundamentais para a caracterização da União Econômica, observamos integração na questão política (papel desempenhado pelo Conselho Europeu) e legislativa (papel desempenhado pela Comissão Européia e Parlamento Europeu), bem como a existência de tribunal de justiça para litígios em torno do acordo ou contrato assinado com a União Européia. Por fim, o Tribunal de Contas que controla o orçamento e a gestão das finanças comunitárias, tendo como órgãos auxiliares o Banco Central Europeu e o Banco Europeu de Investimento.

Neste sentido, tendo em vista os argumentos relatados acima, entendemos que a União Européia atende plenamente os requisitos e características da União Econômica e Política, visto que não conseguimos vislumbrar separação entre ambas, conforme escrevemos no item 3.5.

---

42 PIREs Adilson Rodrigues. Ob. Cit. p, 3.

## **5. Mercosul**

A integração entre os países da América Latina não é uma pretensão recente, pois em 1826, Simão Bolívar, após estabelecer a Constituição da Bolívia, propugnou pelo estabelecimento de uma Federação do Andes (a ser inicialmente composta pela Bolívia, Peru e Colômbia), como um primeiro passo do que poderia vir a ser uma América-Espanhola Unida. Após a segunda guerra mundial, os países latino-americanos começaram a sofrer um importante declínio nas taxas de crescimento econômico, sendo uma das principais razões, a existência de barreiras comerciais (tarifárias e não-tarifárias) que impunham substanciais dificuldades ao comércio inter-jurisdicional, e neste momento, a idéia de um Mercado Comum começou a ganhar substância<sup>43</sup>.

Com o Tratado de Montevideu, em 1960, foi criada a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), sucedida pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI). Muito embora a experiência de tais acordos seja vista com reservas, é inegável que após a assinatura do acordo da ALALC houve um substancial crescimento do comércio intra-regional<sup>44</sup>.

Após a formação da ALALC, sucedida pela ALADI, e certamente influenciado por essa experiência, observamos o mais expressivo processo de integração na América Latina, representado pela Constituição do Mercado Comum do Sul (Mercosul)<sup>45</sup>.

### **5.1. Formação do Mercosul**

Alberto Xavier relembra que o Mercosul é uma organização internacional constituída pelo Tratado de Assunção, celebrado em 26 de março de 1991 pela Argentina, pelo Brasil pelo Paraguai e pelo Uruguai, tendo por objetivo o estabelecimento de um Mercado Comum, denominado 'Mercado Comum do Sul' (MERCOSUL).

Cumprе observar que o direito originário do Mercosul é constituído, além do Tratado de Assunção, pelo Protocolo de Brasília para a solução de controvérsias, de 17 de dezembro de 1991, e pelo Protocolo de Ouro Preto sobre a estrutura institucional do Mercosul, de 17 de dezembro de 1994<sup>46</sup>.

---

43 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 42.

44 Ibid.

45 Ibid

46 XAVIER Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 177.

Esclarece ainda o professor Alberto Xavier que o referido protocolo de ouro preto atribuiu ao Mercosul, em seu artigo 34, personalidade jurídica de direito internacional e definiu como suas fontes jurídicas: i) o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; ii) os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; iii) as decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do grupo do mercado comum e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul. Por outro lado, o Mercosul não reveste a natureza de uma organização supranacional, suscetível de produzir um Direito Comunitário similar ao da Comunidade Européia, sendo tão somente uma clássica organização intergovernamental, através da qual se opera um fenômeno horizontal de “coordenação” entre Estados e não um fenômeno vertical de integração numa entidade supra-estatal<sup>47</sup>.

Interessante observar que uma consequência direta da natureza intergovernamental e não supranacional do Mercosul é que as suas fontes derivadas não gozam de aplicabilidade e eficácia direta de que beneficiam as suas congêneres européias, pese embora a norma pragmática do § único do art. 4º da Constituição, segundo o qual “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações”<sup>48</sup>.

## **5.2. Integração Econômica no Mercosul**

Segundo o professor Luís Eduardo Schoueri,

no Mercosul, mal chegamos a ter uma zona de livre comércio, porque já partimos para uma união aduaneira, com listas de exceção e adequação próprias de um processo de transição para este segundo estágio. Embora estejamos ainda caminhando para a união aduaneira perfeita, porque existem listas de exceções e de adequações, já não podemos falar que no Mercosul exista uma mera zona de livre comércio. É uma união aduaneira, ainda que imperfeita e é essa a etapa em que ainda estamos<sup>49</sup>.

O Procurador da Fazenda Nacional Luiz Dias Martins Filho afirma que “na união aduaneira há uma fronteira aduaneira comum que confere aos Estados integrantes caráter de unidade em suas relações com terceiros países. Agrega, portanto, a instituição de tarifa externa comum

---

47 XAVIER Alberto. Ob. Cit., p. 178.

48 XAVIER Alberto. Ob. Cit., p. 179.

49 SCHOUERI Luís Eduardo. Obra Cit., p. 173.

e o regime geral de origem, aplicáveis em toda a união alfandegária, em relação a importações procedentes de terceiros Estados”<sup>50</sup>.

Por seu turno, seguindo a mesma linha defendida pelo professor Luís Eduardo Schoueri, afirma Luiz Dias Martins Filho que

o Mercosul é considerado uma união aduaneira incompleta, pois há uma série de exceções e exclusões. Há quem defenda que o Mercosul deveria retroagir a uma área de livre comércio; entretanto, caso isso viesse a acontecer, esse bloco regional poderia vir a perder sua personalidade jurídica. O Mercosul é um bloco sub-regional em que não existem órgãos supranacionais, apenas órgãos intergovernamentais. Por ser um bloco intergovernamental, não se pode falar, por ser incorreto, em Direito Comunitário no ou do Mercosul.

Seguindo a mesma linha é possível citar ainda Adilson Rodrigues Pires:

convém recordar que, embora o artigo 34, do Protocolo de Ouro Preto confira ao Mercosul personalidade jurídica de público internacional, o mercado comum entre os quatro países ainda não se consolidou, permanecendo nos estágios anteriores citados (área de livre comércio e união aduaneira). Longo caminho há que ser percorrido até que se constitua, de fato, o mercado comum<sup>51</sup>.

Neste sentido, tendo em vista as opiniões acima expostas, das quais partilhamos o entendimento, o Mercosul ainda encontra-se na etapa de União Aduaneira, havendo ainda deficiências que impedem que se afirme que hoje atende plenamente as condições da União Aduaneira, quanto menos que está pronto para avançar para o mercado comum.

### **5.1. Desafios no Mercosul**

Quando pensamos em processo de integração econômica, um dos principais obstáculos que surgem de início diz respeito ao que se costuma chamar de assimetrias.

Questões como índice de inflação, nível de carga tributária, produção industrial e distribuição de renda, além de outros, devem ser levados em conta nas negociações com vistas à integração econômica. As disparidades nesses aspectos têm merecido atenção especial por

---

50 MARTINS FILHO Luiz Dias. Ob. Cit.

51 PIRES Adilson Rodrigues. Ob. Cit. p, 3.

parte dos países que buscam integrar-se. Assim se deu com a União Européia e assim tem sido com o Mercosul<sup>52</sup>.

Registra Adilson Rodrigues Pires que embora tenha sido objeto de um programa de redução progressiva até a implantação da zona de livre comércio e união aduaneira, subsistem ainda no Mercosul algumas incontornáveis assimetrias como a que diz respeito ao Produto Interno Bruto, pois Argentina e Brasil somam cerca de 95% do PIB comunitário, restando percentual insignificante para Paraguai e Uruguai<sup>53</sup>.

Acrescenta ainda que a produção industrial brasileira é incomparavelmente mais desenvolvida, sofisticada e diversificada que a dos demais. Nenhum outro país, no âmbito do Mercosul, produz bens de capital em quantidade variedade e qualidade como o nosso<sup>54</sup>.

Por outro lado, quando se olhamos para o sistema tributário, é o Brasil que se destaca negativamente, possuindo um dos mais complexos e onerosos sistemas tributários do mundo. Basicamente, na Argentina, Uruguai e Paraguai, as transações comerciais, os lucros das empresas e o patrimônio são tributados com apenas um imposto sobre cada fator, enquanto no Brasil há várias incidências diferentes sobre o mesmo fato.

Tomemos como exemplo o texto de Maria da Conceição Sampaio que registra que os impostos sobre o consumo representam uma parte substancial da arrecadação e descreve que nessa categoria podem ser incluídas as contribuições para o COFINS, PIS, o ICMS e o IPI<sup>55</sup>.

Apenas pelos exemplos dados acima, o que se pode observar é que o Brasil, a maior economia do Mercosul e um país que desponta como uma das maiores economias do mundo, tem um sistema tão complexo que qualquer harmonização hoje no âmbito do Mercosul, que envolva o Brasil e exija uniformidade da tributação, seria impossível.

Importante lembrar que da leitura do Tratado de Assunção se extrai, já no terceiro parágrafo de seu artigo primeiro, o compromisso dos Estados-membros de harmonizarem suas legislações tributárias, como instrumento para a aproximação desses países<sup>56</sup>, texto esse ratificado pelo Brasil, porém ignorado até o presente momento.

---

52 PIRES Adilson Rodrigues. Ob. Cit. p, 3.

53 PIRES Adilson Rodrigues. Ob. Cit. p, 3.

54 Ibid.

55 SAMPAIO Maria da Conceição. "Tributação do consumo no Brasil: aspectos teóricos e aplicados. In BIDERMAN Ciro, ARVATE Paulo. Economia do Setor Público no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 199.

56 SCHOUERI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 171.

Neste sentido, a demora na reforma ampla e eficaz do sistema tributário brasileiro, prometida há tantos anos, bem como a redução e racionalização do que se convenio chamar custo Brasil, retardam ou em algumas situações impedem um processo de integração mais efetivo, refletindo o que alguns consideram: “o insucesso do Mercosul”.

Registra o professor Luís Eduardo Schoueri que para que se tenha um verdadeiro Mercado Comum, torna-se necessário uma harmonização da legislação dos tributos que incidem sobre o consumo<sup>57</sup>.

Além dos tributos sobre o consumo, quando se tem como objetivo a livre circulação de pessoas, bens e serviços, torna-se necessária também harmonização dos tributos incidentes sobre a renda, já que é preciso ter condições de decidir onde se vai investir.

Considerando que a assimetria na tributação da renda produz efeito direto sobre a circulação dos fatores de produção e, em especial, sobre os capitais, o mercado comum exige, no mínimo, harmonização quanto aos elementos como o princípio para atribuir a competência tributária (fonte vs. residência; territorialidade vs. universalidade); medidas para evitar a dupla tributação, compensação de prejuízos, preço de transferência e disciplina de incentivos tributários<sup>58</sup>.

Avançando no raciocínio, o professor Luís Eduardo Schoueri sugere em seu estudo sobre a harmonização tributária no Mercosul, um elemento adicional as normas idênticas. Afirmo o autor que é preciso ter soluções de controvérsias idênticas<sup>59</sup>.

Desta forma, idealmente, o problema se resolveria caso existisse uma corte internacional, uma corte do Mercosul e, por meio dessa corte, se resolveriam as controvérsias decorrentes da interpretação das normas uniformes<sup>60</sup>.

Em que pese os comentários acima, cumpre-nos lembrar que o processo de integração é multifásico e nada impede que se identifiquem suas diversas etapas, estudando, para cada uma delas, o grau de harmonização necessário. Por outro lado, depende da vontade política de cada Estado o citado estudo, o que não se observa concretamente no âmbito do Mercosul.

---

57 SCHOUEIRI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 174.

58 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 93

59 SCHOUEIRI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 177.

60 SCHOUEIRI Luís Eduardo. Ob. Cit., p. 178.



Antes os comentários acima, podemos concluir esse capítulo afirmando que para o Mercosul atingir metas mais ambiciosas e buscar um nível maior de integração econômica, não seria necessária a uniformização dos sistemas, mas ao menos que se buscasse a harmonia entre os sistemas, de forma que se pudesse comparar os sistemas e verificar que há princípios comuns, garantindo segurança nas relações comerciais e jurídicas entre os países componentes do bloco econômico.

## **6. Acordo de livre comércio – União Européia e Mercosul**

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral registra que desde 1965 a Comunidade Européia foi dotada de personalidade jurídica de direito internacional público, e, com base nisso, assina acordos de cooperação com vários países e outras organizações. Tanto o Brasil quanto o Mercosul têm acordo de cooperação com a União Européia, que apresentam oportunidades nem sempre compreendidas e bem utilizadas por empresas, acadêmicos e organizações não-governamentais<sup>61</sup>.

Entretanto, mais do que o acordo de cooperação entre a União Européia e o Mercosul, desde de 2000 está em negociação a formação de um acordo de livre comércio entre os dois blocos, sendo que as negociações foram interrompidas em 2006 por falta de qualquer tipo de avanço e, agora em 2012 o acordo voltou à pauta com os europeus muito mais interessados do que há 12 anos.

Nesta linha, as negociações do acordo de livre comércio entre União Européia e Mercosul foram retomadas não apenas pelo governo brasileiro, mas também pelos europeus, como o primeiro-ministro da Grã-Bretanha David Cameron que levou o assunto no encontro com a presidente Dilma Rousseff no final de setembro de 2012.

O acordo está sendo levado, inclusive, como uma alternativa para a crise mundial enfrentada, possibilitando, por exemplo, a geração de empregos. O primeiro-ministro da Grã-Bretanha afirmou que o acordo de livre comércio poderia gerar 45 bilhões de libras (equivalentes a 147 bilhões de reais) em exportações para a União Europeia.

Em interessante estudo realizado pela Joint Research Centre – JCR denominado “Potencial acordo de livre comércio entre União-Europeia-Mercosul: avaliação de impacto”, de 2011, as principais consequências do acordo são estudadas e colocadas em números<sup>62</sup>.

---

61 AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord). Ob. Cit., p. 93.  
62 [http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201\\_main%20results\\_jrc67394.pdf](http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf),  
acessado em 21/10/2012.



O relatório faz um comparativo entre as receitas de exportações da União Europeia e Mercosul, mostrando que a EU, de maneira geral, tem um ganho muito maior que o Mercosul, por outro lado, o impacto para o Mercosul ainda assim seria vantajoso, principalmente no setor agrícola<sup>63</sup>.

Em que pese todos os benefícios trazidos pelo estudo acima referido, bem como os comentários do primeiro-ministro da Grã-Bretanha, o que observamos no contexto jurídico é a existência de uma série de desafios jurídicos e até mesmo práticos devem ser solucionados e que, caso não sejam solucionados, o acordo, ainda que assinado, não terá aplicação prática imediata, dependendo da adoção de uma série de medidas para que se torne exequível.

Muitos dos desafios a serem solucionados são semelhantes para o próprio sucesso do Mercosul, visto que a evolução na integração econômica do Mercosul facilitaria a integração com a União Européia.

O tema objeto deste capítulo demanda uma série de análises e estudos não compatíveis com o objeto do presente estudo, remanescendo o sentimento que em uma próxima oportunidade, o tema deve ser o objeto único de estudo.

## **7. Conclusão**

Podemos observar que o tema integração econômica é complexo e envolve questões jurídicas, políticas e econômicas, sendo necessária uma análise multidisciplinar para adequado entendimento do tema.

Neste sentido, buscamos desenvolver uma contextualização histórica do próprio tema da integração econômica, buscando suas origens no processo de globalização para posteriormente ingressar nas diversas etapas da integração econômica e, por fim, aplicando de maneira prática os conceitos desenvolvidos aos exemplos do Mercosul e União Europeia.

Feitas essas análises, concluímos que o fato da integração econômica pressupor a coordenação, harmonização e em alguns casos, uniformização de sistemas jurídicos, decisões políticas e econômicas coloca para os países que buscam referida integração enormes desafios

---

<sup>63</sup> Considerando que o relatório tem cerca de 140 páginas e parte de uma série de premissas diferentes para suas conclusões e que essa análise não é o objeto principal do presente artigo, não nos alongaremos na análise do documento.

que certamente não são resolvidos de maneira pacífica, bem como não há uma fórmula pronta para a solução dos problemas colocados, visto que o grau de dificuldade dependerá dos países envolvidos nas discussões e negociações, bem como do quanto referidos países estarão dispostos a chegar a um consenso nas diversas questões envolvidas no processo de integração econômica.

## **Refêrencias bibliográficas**

AMARAL Antonio Carlos Rodrigues do (coord) (2004) *Direito no Comércio Internacional – Aspectos Fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras.

BURREL A., FERRARI E., GONZÁLEZ MELLADO A., HIMICS M., MICHALEK M., SHRESTHA S., VAN DOORSLAER B. (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online] disponível em <[http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201\\_main%20results\\_jrc67394.pdf](http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf)> [acessado em 21/10/2012].

CARVALHO Maria Augusta Machado de (coord) (1998) *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense.

FARIA José Eduardo (2004) *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros.

JAMES Simon (2000) “Can we harmonize our views on European tax harmonization?”. *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBDF, June/2000.

MARK Karl e ENGELS Friedrich (2001) *Manifesto do Partido Comunista*. Traduzido por Sueli Tomazzini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM.

MARTINS FILHO Luiz Dias (2001) *O federalismo fiscal brasileiro sob a ótica da integração econômica internacional* [online] disponível <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP8/CFP\\_n8\\_art2.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/publicacoes-esaf/caderno-financas/CFP8/CFP_n8_art2.pdf)> [acessado 02 de novembro de 2011].

MOSQUERA Roberto Quiroga (coord) (1999) *Aspectos Atuais do direito do mercado financeiro e de capitais*. São Paulo: Dialética.

MUSGRAVE Peggy (2001) “International aspects of value added taxes: lessons for developing countries”. *International VAT monitor*, IBDF, 12 (3).

PIRES Adilson Rodrigues (1998) “Harmonização Tributária em Processos de Integração Econômica”, in *Estudos de Direito Tributário em Homenagem à Memória de Gilberto de Ulhôa Canto*, Maria Augusta Machado de Carvalho (org.). Rio de Janeiro: Forense.

SAMPAIO Maria da Conceição (2004) “Tributação do consumo no Brasil: aspectos teóricos e aplicados. In *BIDERMAN*, Ciro; Arvate, Paulo. *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier.

SCHOUERI Luís Eduardo (2000) “Harmonização Tributária no MERCOSUL” *Revista Direito Mackenzie*, 1(2).

UCKMAR Victor (1998) “Sobre a harmonização tributária nos países da Comunidade Econômica Europeia” in *Direito Tributário – Estudos em Homenagem a Brandão Machado*, Schoueri & Zilvete, Luís Eduardo e Fernando Aurélio (coord.). São Paulo: Dialética.

VASCONCELLOS Marco Antonio Sandoval de, LIMA Miguel, SILBER Simão Davi (org) (2010) *Gestão de Negócios Internacionais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva.

XAVIER Alberto (2010) *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense.

# INVERSIONES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR\*

## INVESTIMENTOS E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

Natasha Suñé\*\*

Raphael Carvalho de Vasconcelos\*\*\*

---

**Resumen:** En los primeros años del MERCOSUR, los cuatro países miembros buscaban claramente atraer financiamiento externo tanto de capital extrazona como intrazona. Los protocolos firmados en 1993 y 1994 tornan evidente la relevancia del tema por aquellos años. A partir del año 2000 cambia el panorama normativo regional y los avances en la reglamentación de las inversiones fueron poco consistentes. A pesar de ello, existe un continuo crecimiento en el volumen de recursos directos aplicados por empresas locales en el espacio extraregional, como en la recepción de inversiones en la región. Ante este contexto regional alentador, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR debería ser mejor aprovechado y abarcar las inversiones para que los diferendos en la materia puedan resueltos en el seno de la región. El Tribunal Permanente de Revisión debería tener en su competencia de actuación las controversias surgidas en materia de inversiones entre Estados miembros, asociados e, incluso, inversores.

**Resumo:** Nos primeiros anos do MERCOSUL, os quatro países membros buscavam claramente atrair financiamento externo tanto de capital extrazona quanto intrazona. Os protocolos firmados em 1993 e 1994 tornam evidente a relevância do tema naqueles anos. A partir do

---

\* La versión en portugués será publicada en Brasil en obra colectiva sobre Derecho Internacional de Inversiones con el título "O Direito dos Investimentos no MERCOSUL: Realidade e Possibilidades".

\*\* Abogada por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Cursa la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Encargada del Área Jurídica del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Contacto: natasha\_s1983@hotmail.com.

\*\*\* Cumple actualmente el mandato brasileño en la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR – Secretario del Tribunal. Máster en Derecho Internacional por la Universidad de São Paulo, Máster en Derecho Internacional por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Doctorando en Derecho Internacional por la Universidad de São Paulo, Doctorando en Derecho Internacional por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Profesor asistente en la Universidad Federal Rural de Rio de Janeiro. Contacto: raphaelvasconcelos@ig.com.br.

ano 2000, o panorama normativo regional se modificou e poucos foram os avanços na regulamentação dos investimentos. Apesar disso, existe um contínuo crescimento tanto no volume de recursos diretos aplicados por empresas locais no espaço extraregional quanto na recepção de investimentos na região. Nesse contexto regional animador, o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL deveria ser melhor aproveitado e abarcar os investimentos para que litígios sobre o tema pudessem ser resolvidos localmente. O Tribunal Permanente de Revisão deveria, assim, ter em sua competência de atuação a solução de controvérsias surgidas sobre investimentos entre Estados membros, associados e, inclusive, investidores.

**Palabras clave:** *Inversiones, MERCOSUR, Solución de Controversias, Tribunal Permanente de Revisión*

**Palavras-chave:** *Investimentos, MERCOSUL, Solução de Controvérsias, Tribunal Permanente de Revisão*

---

## 1. Introducción: Premisas Fundamentales

### 1.1. Contexto Multilateral

Al finalizar la segunda guerra mundial quedó instaurada la necesidad de encontrar soluciones satisfactorias para las divergencias relacionadas a los conflictos globales de la primera mitad del siglo XX. El comercio, identificado como uno de los elementos generadores de esos conflictos, sumado a las negociaciones tarifarias llevadas a cabo por los países, fueron el punto de partida para la creación de una organización internacional -la Organización Internacional del Comercio- OIC<sup>1</sup>.

Se resolvió, entonces, consolidar el resultado de las concesiones realizadas en un protocolo de aplicación provisoria -el Acuerdo General de Tarifas y Comercio- conocido por su sigla en inglés GATT<sup>2</sup>, el cual debería posteriormente integrar el estatuto de la OIC. Entre el inicio de las negociaciones en 1944 y la suscripción del GATT en 1947, la viabilidad de la creación de la organización perdió fuerza por tratar asuntos de forma independiente y no vincular directamente la vigencia del protocolo provisorio a la existencia de una estructura institucional.

---

1 CZARDE ZALDUENDO Susana. *Integración: Nociones Generales. Integración Económica e Integración Regional* en NEGRO Sandra (dir). Derecho de la Integración. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010. p. 10. OLIVEIRA Odete Maria de. *Regionalismo*. In: BARRAL Welber. O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 310.

2 General Agreement on Tariffs and Trade.

Inmediatamente a la aprobación del texto final del GATT, las negociaciones relacionadas a la OIC continuaron durante la conferencia de La Habana entre noviembre de 1947 y marzo de 1948. El Acta Final, que creaba una estructura institucional, había sido aprobada por la mayoría de los países, pero la falta de ratificación del documento por el poder legislativo de Estados Unidos imposibilitaba estructurar un sistema internacional de comercio, sin la participación del país que ejercía el papel más importante en la economía mundial y paradójicamente propulsor y mayor interesado en su concreción.

Los avances y conquistas del GATT, consolidados en las rondas de negociaciones multilaterales, culminaron con la inclusión entre los temas de la Ronda Uruguay, iniciada en 1986 en Punta del Este y finalizada en 1993 en Ginebra, de las discusiones sobre la creación de una organización encargada de temas relevantes al comercio internacional, la Organización Mundial del Comercio -OMC<sup>3</sup>.

A diferencia de lo ocurrido en La Habana, casi 50 años antes, el Acta Final de Marrakech, que incluía el acuerdo constitutivo de la OMC, fue adoptada en abril de 1994 e incorporada por los signatarios del GATT<sup>4</sup>. La OMC fue dotada de personalidad jurídica e inauguró una nueva fase en las negociaciones internacionales de comercio<sup>5</sup>.

Las principales excepciones contenidas en el acuerdo multilateral, relacionadas al regionalismo, se encuentran en los artículos XXIV del GATT, V del GATS<sup>6</sup> y en la llamada cláusula de habilitación<sup>7</sup>. El artículo XXIV del acuerdo general establece la posibilidad de conceder beneficios entre participantes de acuerdos de integración regional en lo que se refiere al comercio de bienes, el artículo V del GATS dispone cuestión análoga para el mercado de servicios, y la cláusula de habilitación constituye una autorización amplia a la concesión de tratamiento diferenciado entre los países en desarrollo.

---

3 SHAW Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 1168.

4 En Brasil, por el Decreto Legislativo n° 1355 del 30 de diciembre de 1994, publicado en DOU el 31 de diciembre de 1994.

5 SHAW Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003p. 1188-1189, Se refiere a la Organización de las Naciones Unidas, pero describe los efectos de la dotación de personalidad jurídica a una organización internacional. JACKSON John Howard. *Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 81.

6 Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) o conocido por su sigla en inglés GATS (*General Agreement on Trade in Services*).

7 SNAPE Richard H. *History and economics of GATT's article XXIV*. In: ANDRESON Kym, BLACKHURST Richard. *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatscheaf, 1994. p. 273.

En lo referente a inversiones, recién en la década del 90, los países desarrollados impulsaron la creación de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para la circulación transfronteriza de capital, principalmente en el sector productivo, que contribuya a expandir su comercio<sup>8</sup>.

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas al Comercio (Acuerdo sobre las MIC) - que no llegó a tener el número de adhesiones pretendido por los países desarrollados - prohíbe medidas en materia de inversiones relacionadas, por ejemplo, al trato nacional que sean incompatibles con las disposiciones básicas del sistema GATT/OMC y la eliminación de restricciones cuantitativas<sup>9</sup>.

En 1996 fue creado en la OMC un Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones para tratar: el alcance y definición; la transparencia; la no discriminación; modalidades de compromisos previos al establecimiento basados sobre el enfoque de listas positivas; disposiciones sobre el desarrollo; excepciones y salvaguardas por razones de balanza de pagos; y de celebración de consultas y solución de controversias entre los miembros<sup>10</sup>.

A pesar de los intentos descriptos y de las sucesivas rondas de negociación, aún no se ha avanzado significativamente en materia de inversiones en el sistema multilateral del GATT/OMC.

## 1.2. Contexto Regional

La evolución del regionalismo económico latinoamericano no ocurrió de forma lineal. A pesar de que iniciativas de aproximación entre las excolonias ibéricas poseen origen remoto, enfrentaron serias inestabilidades y nunca alcanzaron, a lo largo de los siglos, plena consolidación. En este sentido, se multiplican los ejemplos tales como el fracaso de la Asociación Latino-Americana de Libre Comercio -ALALC- y las dificultades de la Asociación Latino-Americana de Integración -ALADI- para mantener la solidez de su tratado<sup>11</sup>.

El primer intento de crear una unión aduanera en América Latina se remonta al inicio del siglo XX cuando, en 1909, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay negociaron, sin éxito, un acuerdo en ese sentido. Recién a partir del final de la segunda guerra mundial, iniciativas

---

8 La Carta de La Habana contaba con disposiciones sobre el tratamiento de inversiones extranjeras en el capítulo dedicado al desarrollo económico.

9 Esas restricciones están contenidas en los arts. 4 y 11 del GATT respectivamente.

10 Decisión Ministerial n° 1, del 20 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1).

11 PABST Haroldo. *MERCOSUL: direito da integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 16.



de asociación comercial sentaron las bases para que acuerdos de cooperación e integración surgieran y se profundizaran<sup>12</sup>.

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio -ALALC-, instituida en el Tratado de Montevideo de 1960, tenía como finalidad la creación de una zona de libre comercio en la región. Cuatro de los países involucrados eran signatarios del GATT y el acuerdo debía incluirse al sistema del GATT por intermedio de las disposiciones del artículo XXIV del tratado multilateral.

Los resultados de la ALALC fueron, en sus primeros años, muy significativos, pero la progresiva disminución en el número de concesiones otorgadas y la reducción del comercio interregional a lo largo de la década del 70 llevó al acuerdo al estancamiento y a su total reformulación en 1980<sup>13</sup>. Gran parte del fracaso de la ALALC se debió, en verdad, al modelo adoptado, el cual se basaba en premisas que guiaban la política económica interna de los países-miembros<sup>14</sup>.

La capital uruguaya fue nuevamente escenario de las negociaciones que concluyeron con la firma del segundo Tratado de Montevideo, en 1980, que creó la ALADI. En la nueva organización, considerada sucesora directa y substituta de la ALALC, los participantes renovaron sus intenciones cooperativistas y depositaron sus propósitos de corregir los errores cometidos anteriormente por medio de la convergencia de intereses.

Contrariamente a lo establecido en el marco legal anterior sobre la ALALC, la estructura de la ALADI permite que partes de la organización regional celebren acuerdos parciales de liberalización económica. En un superficial análisis, se trata de un sistema regional de excepciones consustanciado en la posibilidad de aplicación condicional o del apartamiento de la regla de la nación más favorecida contenida en el tratado marco<sup>15</sup>. Esos acuerdos preferenciales son permitidos en la medida en que se adecuen a las reglas establecidas por la estructura

---

12 Entre los acuerdos firmados se destaca el Tratado Interamericano de Ayuda Recíproca (TIAR) en 1947, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960, la Asistencia Recíproca Petrolera Estatal Latinoamericana en 1961, la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo en 1968, el Grupo Andino en 1969, el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) en 1975 y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en 1980 - Fuente: Sitio del Centro de Integración del MERCOSUR de la UFPEL.

13 MERCADANTE Araminta de Azevedo. *Os aspectos institucionais da integração latino-americana*. In: Revista de Informação Legislativa Abril-Junio, 1971. p. 92.

14 MELLADO Noemí (coord). *Cooperación y Conflicto en el Mercosur*. Cap. I, Mercosur convergencias y divergencias. M.E.L Córdoba: Editor, 2007, pág. 24.

15 DALLA VIA Alberto Ricardo. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 640.



regional mayor como, por ejemplo, aquella que exige la sumisión de las iniciativas locales a las consideraciones de los otros miembros de la ALADI, los cuales pueden, inclusive, implorar adhesión.

El modelo rígido y programático de la ALALC fue, en síntesis, sustituido por una estructura más pragmática y flexible, estructurada de manera de poder alcanzar mayores avances con objetivos menores<sup>16</sup>.

Conforme fue mencionado, varios fueron los factores que dificultaron el avance de las iniciativas de aproximación latinoamericanas. En ese sentido, es de percibir la flexibilidad de la ALADI como verdadera ventaja comparativa en relación a la ALALC.

En medio de los contextos global y regional descriptos, tuvieron lugar las negociaciones subregionales que dieron origen al MERCOSUR.

### 1.3. MERCOSUR

En un contexto regional más reducido, la cooperación política y económica entre Brasil y Argentina fue llevada a cabo de forma bilateral a partir de 1985 por medio de la firma de una serie de acuerdos y protocolos entre ambos países<sup>17</sup>. Se destacan, el Acta de la Integración de 1987, la cual previo la creación de un mercado común hasta el año 2000 y que puede ser considerada la matriz inicial de la iniciativa regional del MERCOSUR<sup>18</sup>.

La consolidación del acercamiento bilateral como modo de superación de las divergencias, representó un verdadero cambio en las relaciones entre las dos potencias regionales que fue de la rivalidad militar a la cooperación económica poniendo fin a la mutua desconfianza histórica. Éste acercamiento despertó gradualmente el interés natural de vecinos como Paraguay y Uruguay<sup>19</sup>. Juntos, los cuatro

---

16 SOARES Guido Fernando Silva. *A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT*. In: São Paulo em Perspectiva – Revista de la Fundación SEADE. v. 9, n° 1, ene-mar, 1995. p. 89.

17 Formalizaron la creación de una Comisión Mixta de Alto Nivel para la Integración, por medio de la cual serían establecidos los parámetros de un proyecto regional de integración.

18 El Acta para la Integración Brasileño-Argentina fue suscripta el 29 de julio de 1987 por los entonces presidentes de Brasil, José Sarney, y de Argentina, Raúl Alfonsín, sobre la base de la integración regional en el cono sur, LAFER Celso. *A OMC face à globalização e à regionalização*. In: Política Externa. São Paulo v.6, n.2, p.83-93 oct./nov.1997. p. 89. Corresponde resaltar también la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear de 1985, el *Acta de Amistad Argentino-Brasileña: Democracia, Paz y Desarrollo de 1986* y el *Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988, el cual buscaba la eliminación de obstáculos tarifarios y no tarifarios*. En 1989, Paraguay retomó su proceso democrático.

19 En la década del noventa, el contexto mundial y local se caracterizaba por políticas neoliberales que buscaban la liberalización del comercio. La decisión de consolidar la

países iniciaron negociaciones, al comienzo de la última década del siglo XX, para la creación del MERCOSUR, iniciativa que se presentaba en aquel momento como alternativa para la superación de sucesivas crisis económicas comunes y, principalmente, para viabilizar una mayor solidez en la inserción de la región en el comercio internacional.

Salvadas las peculiaridades culturales y las diferencias de tamaño y de desarrollo de sus economías, cabe observar que los cuatro Estados miembros originarios del MERCOSUR, presentaban condiciones sociales, económicas y políticas bastante semejantes<sup>20</sup>. Todos enfrentaban problemas sociales, estuvieran juntos - o al menos influenciados unos por los otros - en sucesivas crisis económicas y compartían experiencias democráticas muy recientes.

Como base jurídica del MERCOSUR se encuentra su instrumento de creación, el Tratado de Asunción, firmado en la capital paraguaya en marzo de 1991<sup>21</sup>. El texto del acuerdo sugiere la observación del modelo tradicional de fases de integración e indica, en el propio nombre dado a la iniciativa, el grado de aproximación económica deseado<sup>22</sup>.

El MERCOSUR representaba, así, la continuación de la tradición regional de los intentos de aproximación, pero, al mismo tiempo, una significativa alteración de las expectativas relacionadas a la integración económica. Fue estructurado como acuerdo sub-regional parcial de la ALADI en un formato eminentemente liberal de regionalismo abierto, que surgió, en verdad, buscando ocupar espacios que la ALADI no logró hasta los días actuales completar<sup>23</sup>.

---

integración regional como una organización económica tenía como objetivo justamente alcanzar la facilitación del mercado entre los estados miembros. Así fue consignado en el Preámbulo del Acta de Buenos Aires de 1990 la intención de “acelerar y profundizar el proceso de integración”. En ese sentido, CAETANO Gerardo. *Parlamento Regional y Sociedad Civil en el Proceso de Integración ¿Una nueva oportunidad para otro Mercosur?*, Montevideo: Friedrich Ebert Stiftung, 2006. p. 12. CASELLA Paulo Borba. *MERCOSUL: situação e oposição política interna e a construção da integração regional*. In: *Diário Comércio & Indústria – São Paulo*, 13 de agosto de 1998; FAUSTO Boris, DEVOTO Fernando J. *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002)*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23; VELASCO Manuel Diez. *Las Organizaciones Internacionales*, 10ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997. p. 647.

20 ETCHEVERRY Raul Aníbal. *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 192.

21 Firmado el 26 de marzo de 1990, aprobado por lo Congreso Nacional Brasileño el 25 de septiembre de 1991 y promulgado por Presidente de la República - Decreto nº 350 - el 21 de noviembre de 1991 con publicación en el DOU con fecha del día 22 de noviembre. El Tratado entró en vigencia en el ámbito internacional el 29 de noviembre de 1991.

22 BASSO Maristela. *MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração*. In: *Estudos Jurídicos*, vol. 27, nº 71, Septiembre/Diciembre 1994. p. 75.

23 SCHULZ Michael, SÖDERBAUM Fredrik, ÖJENDAL. *Joakim Regionalization in a globalizing world*. London e Nova Iorque: Zed Books, 2001. p. 237. BAPTISTA Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 108.

En relación al GATT, las preferencias otorgadas en razón del Tratado de Asunción fueron notificadas, dada la vigencia de la cláusula de habilitación, de forma transversal por comunicación de la Secretaría de la ALADI<sup>24</sup>. La posibilidad de notificación simplificada al GATT fue viabilizada por la inserción del MERCOSUR en la iniciativa regional mayor, para la cual, en verdad, el tratado marco firmado en Asunción consubstancia mero acuerdo de alcance parcial - Acuerdo de Complementación Económica n° 18.

El tratado-marco del MERCOSUR posee objetivos bastante amplios y evidencia la intención de profundizar la cooperación regional mediante disposiciones sobre la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción, relacionados a la coordinación de políticas macroeconómicas, al compromiso de armonización legislativa y estableciendo la posibilidad de que otros Estados adhieran a la iniciativa. La consolidación del proyecto regional adoptó, aunque inicialmente de forma tímida, pero claramente inspirado en las conquistas del regionalismo europeo, un modelo bastante pragmático, en el cual se encontraban previstas una fase inicial provisoria, destinada a resolver los problemas ordinarios del proceso de integración, seguida por una etapa definitiva, con estructuras organizacionales consolidadas<sup>25</sup>.

Ese cambio institucional representó una nueva perspectiva de apertura a la política económica de la región con mayor protagonismo del sector privado y clara finalidad de ampliar el espacio económico de los sectores exportadores<sup>26</sup>. Se trasladaron así al plano regional temas como servicios, propiedad intelectual, compras gubernamentales e inversiones; materias que tradicionalmente pertenecían exclusivamente al cuerpo normativo interno de los Estados nacionales.

Las incertidumbres iniciales fueron, de a poco, disipadas y llevaron a la conclusión en 1995 del Protocolo de Ouro Preto, el cual representó fundamental alteración en la estructura de integración incipiente y constituyó el marco inicial de la fase definitiva de la organización regional<sup>27</sup>. El MERCOSUR se consolidó, en aquel

---

24 SCOTTI Luciana. "El Derecho de la Integración n el Mercosur". En: NEGRO Sandra (dir). *Derecho de la Integración Manual*. Buenos Aires: B de F, 2010. También SOARES Guido Fernando Silva. *A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT*. In: São Paulo en Perspectiva – Revista de la Fundación SEADE. v. 9, n° 1, ene-mar, 1995. pp. 89-90.

25 Cabe destacar que, a pesar de las semejanzas aparentes en lo que se refiere al pragmatismo inicial adoptado, las dos iniciativas regionales presentan modelos institucionales bastante diversos conforme lo sostenido por BAPTISTA Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 44.

26 MELLADO Noemí (coord). *Cooperación y Conflicto en el Mercosur. Cap. I, Mercosur convergencias y divergencias*. Córdoba: M.E.L Editor, 2007.

27 VELASCO Manuel Diez. *Las Organizaciones Internacionales*. 10ª ed. Madrid: Editorial

momento y finalmente, como una estructura institucional compuesta por el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), la Comisión de Comercio del MERCOSUL (CCM), la Comisión Parlamentaria Conjunta, el Foro Consultivo Económico-Social y la Secretaría Administrativa.

Una de las mayores conquistas de Ouro Preto fue el otorgamiento al acuerdo regional, en su artículo 34, de personalidad jurídica, el cual fue elevado, de esta forma, a la condición de organización internacional dotada de las prerrogativas conferidas a los sujetos de derecho y obligaciones en las relaciones con otras personas de derecho internacional público.

La caracterización del MERCOSUR como una organización de integración no deriva únicamente del reconocimiento de personalidad jurídica o de la multiplicación y profundización de las materias reguladas en su normativa, sino de su perfeccionamiento institucional, por ejemplo, con la consolidación del Tribunal Permanente de Revisión -TPR- como órgano representativo de la organización y no sólo sus Estados-miembros<sup>28</sup>.

La integración regional sudamericana vivencia en el MERCOSUR, actualmente, momento de franca expansión con la definitiva adhesión de Venezuela como miembro pleno, pero encuentra, por otro lado, grandes desafíos en la reglamentación regional de temas extremadamente importantes al comercio internacional como, por ejemplo, las inversiones<sup>29</sup>.

## **2. Inversiones en el MERCOSUR**

Entre los objetivos del Tratado de Asunción se encuentra la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes –de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras- que se acuerden a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia [...]”<sup>30</sup>.

---

Tecnos, 1997. p. 645.

<sup>28</sup> LIQUIDATO Vera Lúcia Viegas. *Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais*. In: CASELLA, Paulo Borba (coord). *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 75-76.

<sup>29</sup> Las negociaciones fueron iniciadas en diciembre de 2005 durante la XXIX Cumbre del MERCOSUR en Montevideo y la formalización de la adhesión ocurrió por la suscripción de un protocolo en ese sentido por los presidentes de los cuatro países miembros y de Venezuela en Caracas el día 4 de julio de 2006. El ingreso fue concluido el día 12 de agosto de 2012.

<sup>30</sup> Tratado de Asunción, Art. 1º.

En aquellos primeros años del MERCOSUR, los cuatro países miembros buscaban claramente crear un ambiente de negocios para atraer financiamiento externo. Esa atracción de inversiones tenía como objetivo tanto capital extrazona como intrazona. Inversiones directas extrazona consiste en aquel capital destinado al sector productivo por empresas de origen externo al MERCOSUR e, intrazona, aquel capital originario de la propia organización regional.

Los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires, firmados en 1993 y 1994 respectivamente, evidencian la actualidad del tema en aquellos años<sup>31</sup>. Se entendía que un espacio económico ampliado requería el análisis de las políticas vinculadas a las inversiones, que la ubicación del capital en el espacio MERCOSUR debería favorecer la asignación más eficiente de los recursos regionales y, además, que el establecimiento de condiciones favorables para las inversiones estimularía la cooperación económica y favorecería el proceso de integración. Además, se expresó, en esa época, la necesidad de contar con un espacio específico para coordinar las posiciones de los Estados miembros en relación a las negociaciones sobre inversiones en los diversos foros internacionales<sup>32</sup>.

Esa política de gobierno de atracción de inversiones hizo que los miembros del MERCOSUR aparecieran entre los principales receptores de capital externo directo del grupo de países en desarrollo al recibir, en conjunto, entre 1990 y 2004 casi 300 billones de dólares<sup>33</sup>.

La comparación del período inmediatamente posterior a la institucionalización del MERCOSUR con la década anterior muestra números bastante interesantes. Entre los años de 1984 y 1989, los cuatro Estados miembros originarios de la organización regional absorbían 1,4% de los flujos totales de inversiones externas directas mundiales. Luego de la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, en el período comprendido entre 1997 y 1999, esa cifra llegó al 6%<sup>34</sup>.

Cabe resaltar, no obstante, que el incremento porcentual apuntado no se debió en verdad a oportunidades que habrían surgido localmente, sino, principalmente, a las políticas de privatización adoptadas, en la época, por los gobiernos de la región, por medio de las cuales el

---

31 Esa transcendencia influyó también en la multiplicación de tratados bilaterales de inversiones firmados por Argentina, Paraguay y Uruguay en esos años.

32 Considerando la Res. MERCOSUL GMC n°13-00.

33 CHUDNOVSKY Daniel. *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur*. Revista de la CEPAL 92, agosto de 2007.

34 Cfr. CHUDNOVSKY Daniel y LÓPEZ Andrés. "Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR", en Chudnovsky & Fanelli, *El Desafío de integrarse para crecer, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2001. p. 275.

patrimonio de los Estados fue transferido en gran parte a la gestión privada en sectores como industria energética, telecomunicaciones, infraestructura y actividad bancaria<sup>35</sup>. Es de resaltar, además, que el origen de las inversiones causado por las políticas de privatización, característica de la década del 90, es básicamente extraregional, representando los ingresos provenientes de Europa y Estados Unidos en ese período entre el 80 y 90% del total.

De manera general, se observa que las inversiones destinadas a industrias de alto contenido tecnológico o de investigación y desarrollo siguen representando porcentajes menores de los recursos directos que recibe América Latina<sup>36</sup>. El destino preferencial del capital ha sido en estos últimos veinte años del MERCOSUR el sector de servicios y principalmente actividades vinculadas a recursos naturales.

En lo que o que se refiere a números, más recientemente y según el informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL– de 2011, América Latina y el Caribe recibieron juntos cerca de 153 billones de dólares a título de inversiones externas directas -28% más que en 2010<sup>37</sup>.

## **2.1. Inversiones Intrazona**

En el MERCOSUR la primera normativa en tratar el flujo de inversiones intrazona, es decir, entre los miembros de la organización regional, fue la Resolución del GMC n° 20/92, que creó una comisión dentro del subgrupo de trabajo n° 4 -de Política Monetaria y Fiscal relacionada con el Comercio<sup>38</sup>. Esa comisión tenía por objetivo la realización de estudios y la formulación de recomendaciones sobre la promoción y protección recíproca de inversiones.

Con las recomendaciones y los resultados obtenidos por ese grupo, el Consejo del Mercado Común –CMC– aprobó, por medio de la Decisión n° 11/93, el Protocolo de Colonia para la Promoción y

---

35 La inversión externa directa en el sector eléctrico llegó a cerca de cinco billones de dólares en 1999 y a diez billones en el año 2000. Ese incremento representa, en total, el 6% y el 13%, respectivamente, de las inversiones externas directas recibidas en América Latina y Caribe, según el informe de la CEPAL: *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2011*, p 18.

36 Informe de la CEPAL *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2011, p 35.

37 Informe de la CEPAL *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2011, p 12.

38 Entiéndase por inversión intrazona, en este trabajo, los activos, invertidos directa o indirectamente, por individuos originarios de uno de los miembros de la organización en el territorio de otro.



Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, el que se refería exclusivamente a capitales de inversores de origen de uno de los Estados miembros de la organización regional en el territorio de alguno de los demás. El protocolo tuvo clara intención de intensificar la cooperación económica, estimular inversiones privadas, incrementar el desarrollo económico y acelerar el proceso de integración.

Antes de llegar a la definición dada a inversiones en el Protocolo de Colonia, cabe destacar que, en lo que se refiere al uso del término “inversiones”, a pesar de ser aceptado como concepto jurídico, posee un fuerte contenido económico por lo que una buena técnica jurídica sugiere que se establezca una definición precisa siempre que la expresión surja por primera vez en un tratado o sistema normativo internacional<sup>39</sup>. Los primeros instrumentos internacionales sobre la materia hicieron uso de la clásica fórmula “propiedad, derechos e intereses” para fijar su concepto. Sin embargo, la falta de definición terminológica por una norma no impidió, en general, su utilización, pero sí exigió, de los órganos jurisdiccionales, importante esfuerzo hermenéutico<sup>40</sup>.

El Protocolo de Colonia definió el término “inversiones” y determinó el alcance del acuerdo internacional. El artículo 1° establece que inversiones constituiría “todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última” estableciendo enseguida una enumeración no taxativa de lo que para sus fines sería considerado “activo”<sup>41</sup>.

Es de resaltar, sobre este punto, que el concepto negociado en el MERCOSUR fue sumamente amplio, algo que en las negociaciones

---

39 RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

40 RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008. Pág. 60.

41 El Protocolo de Colonia establece en su art. 1: “A los fines del presente Protocolo: 1. El término “inversión” designa todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades; c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave; e) concesiones económicas de derecho público conferidas conforme a la ley, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.

del sistema multilateral GATT/OMC no se pudo alcanzar ya que solo pudieron incluir a los bienes dejando fuera varios activos como los derechos de propiedad intelectual, materias de servicio y contrataciones gubernamentales<sup>42</sup>.

Esa inclusión amplia de activos que serían considerados materia de inversiones externas directas por el protocolo puede ser señalada como uno de los obstáculos para su internalización y posterior aplicación. De hecho, fueron incluidos en su esfera de aplicación, por ejemplo, los servicios -objeto de las mayores inversiones directas realizadas por los países desarrollados- y las compras gubernamentales, sector altamente protegido por los Estados miembros y objeto, inclusive, de las reservas realizadas por Brasil<sup>43</sup>.

Verifícase, que la tendencia de muchos tratados relacionados a inversiones extranjeras, en particular los que adoptan el modelo de los países exportadores de capital, ha sido la de ampliar el alcance de la definición de inversiones extranjeras con el objetivo de asegurar que contemple una amplia variedad de actividades relacionadas con las inversiones extranjeras directas<sup>44</sup>. Claro está que finalidad es la protección del inversor.

El Protocolo de Colonia también definió inversor y estructuró un régimen de promoción de inversiones de manera no menos favorable a las inversiones originarias del propio Estado y de terceros, sin perjuicio a los derechos sobre las limitaciones a ciertos sectores reconocidos por el propio protocolo sobre admisión de inversiones. Al respecto de ese último punto, en caso de que el Estado hubiese admitido una inversión se comprometía a otorgar las autorizaciones necesarias para su mejor desenvolvimiento, es decir, a promover el tratamiento justo y ecuaníme sin realizar ningún tipo de medida discriminatoria<sup>45</sup>.

---

42 CELLI JÚNIOR Umberto. O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL - MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 536 y 540.

43 Reserva realizada en razón del texto del artículo 171, 2º párrafo, de la Constitución Federal brasileña vigente en ese momento.

44 M. SORNARAJAH. *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, 3 ed. Nueva York, 2010, pág. 10.

45 El artículo 2 del Protocolo establece “El término ‘inversor’ designa:

a) toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes o resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, de conformidad con su legislación. Las disposiciones de este Protocolo no se aplicarán a las inversiones realizadas por personas físicas que sean nacionales de una contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, si tales personas, a la fecha de la inversión, residieren en forma permanente o se domiciliaren en esta última Parte Contratante, a menos que se pruebe que los recursos referidos a estas inversiones provienen del exterior.

b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante.



Además, el acuerdo reglamentaba las expropiaciones y sus compensaciones, previo a la aplicación de normas más favorables en el caso de otorgar un trato más favorable a las inversiones que el propio Protocolo de Colonia y estructuraba también un régimen sobre la libre transferencia de inversiones y ganancias, y un régimen de subrogación.

Estableció también un sistema de solución de controversias para resolver conflictos entre las partes contratantes<sup>46</sup>. Este previó un sistema de consultas amistosas, conforme al cual, si en seis meses no llegaran a un acuerdo quedaría en decisión del inversor optar por algunas de las siguientes opciones, la cual sería definitiva: a) someterse a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión, o b) a arbitraje internacional, o c) al sistema permanente de solución de controversias que se establezca en el Tratado de Asunción<sup>47</sup>.

En caso de que el inversor optare por la opción b), de someterse al arbitraje internacional, el Protocolo de Colonia previó, también a elección del inversor, las siguientes posibilidades: a) someterla al Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte haya adherido a él. Mientras ello no ocurriera las partes contratantes podían dar su consentimiento para someterse a arbitraje según el Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje, o de investigación, b) a un arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITARL por su sigla en inglés<sup>48</sup>.

---

c) las personas jurídicas constituidas en el territorio donde se realiza la inversión, efectivamente controladas, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas definidas en a) y b).

3. El término ‘ganancias’ designa todas las sumas producidas por una inversión, tales como utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías y otros ingresos corrientes.

4. El término ‘territorio’ designa el territorio nacional de cada Parte Contratante, incluyendo aquellas zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial nacional, sobre el cual la Parte Contratante involucrada pueda, de conformidad con el derecho internacional, ejercer derechos soberanos o jurisdicción”.

46 Art. 9 del Protocolo de Colonia. DEC/CMC 11/93.

47 El Protocolo de Olivos de Solución de Controversias en el MERCOSUR fue suscripto el 18 de febrero del año 2002 y hasta ese momento estaba en vigencia el Protocolo de Brasilia. El T.A estableció que antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes debían adoptar un Sistema Permanente de Solución de Controversias, en virtud de lo cual, el 17 de diciembre de 1991, se suscribió el Protocolo de Brasilia (PB), para la Solución de Controversias, para el período de transición.

48 Art. 9, 4 del Protocolo de Colonia. DEC/CMC 11/93.

La construcción normativa adoptada constituía una especie de *forum shopping* que no contribuía al fortalecimiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y a la consolidación de un esquema coherente de soluciones armónicas para las inversiones intrazona entre los Estados miembros de la organización regional.

Más allá de eso, el Protocolo de Colonia previó también un anexo con el que los Estados se reservaban el derecho de mantener transitoriamente excepciones limitadas al tratamiento nacional de las inversiones en materias estratégicas, tales como hidrocarburos, energía proveniente de hidroeléctricas o extracción de uranio. Brasil se reservó el derecho de mantener la excepción prevista en el artículo 171, § 2º, de su Constitución Federal respecto de las compras gubernamentales<sup>49</sup>. Es también importante resaltar las reservas realizadas por Argentina y Brasil en relación al sector automotriz (Anexo. Ad. Art. 3 párr. 2y 4).

El Protocolo de Colonia no entró en vigencia debido a que sólo fue internalizado por Argentina<sup>50</sup>.

## **2.2. Inversiones Extrazona**

En el ámbito internacional se percibe gran dificultad para la celebración de tratados multilaterales o plurilaterales que reglamenten las inversiones. Ante la ausencia de estas regulaciones, los Estados han buscado la alternativa de los acuerdos bilaterales para fijar reglas de garantía al capital inversor<sup>51</sup>.

Entusiastas de los acuerdos de protección de inversiones acostumbran sostener que esos tratados constituyen uno de los caminos para la atracción de capital productivo y para una inserción mayor y de mejor calidad en el mercado global. Durante las experiencias neoliberales de América del Sur, se llegó a vislumbrar en esa estrategia de atracción de capitales extrazona, es decir, oriundos del exterior de la organización<sup>52</sup>, un mecanismo de promoción de la integración

---

49 Artículo derogado por la Enmienda Constitucional n° 6, de 1995.

50 Por la ley 24.891 de 1997.

51 Citando los tratados bilaterales celebrados entre Alemania y Paquistán y República Dominicana en 1959 y las dificultades en los marcos de la OCDE, de la OMC y del ALCA, CELLIJÚNIOR Umberto. *O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL*. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL - MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 533-546. p. 533.

52 Concepto de inversiones extrazona en TEPLITZCHI Eduardo, *Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño*. In: MERCOSUR y Empresas, Cuadernos de Época, N° 2, Serie Integración Económica. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2002. p. 186. "In verbis": "[...] inversiones privadas directas de empresas extranjeras en el MERCOSUR."

regional<sup>53</sup>.

No existen, sin embargo, evidencias concretas de que tales instrumentos promuevan un significativo aumento de la recepción de inversiones extranjeras directas. La protección conferida al capital entra, ciertamente, en el análisis de riesgo de la empresa, a pesar de factores como infraestructura, carga tributaria y estabilidad política que pueden influir mucho más en la decisión del inversor<sup>54</sup>. La protección de las inversiones, al referirse a la posibilidad de surgimiento de conflicto futuro, entraría en el análisis de riesgo diferido y factores más inmediatos serían más determinantes en las estrategias del empresario al decidirse a invertir.

La DEC/CMC n° 11/94 aprobó el Protocolo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR (extrazona), que tenía como finalidad armonizar los principios jurídicos generales que serían aplicados por cada uno de los Estados miembros a las inversiones provenientes del exterior del conjunto de territorios nacionales para que no se creasen diferencias que permitiesen distorsiones en el flujo de capitales. Este protocolo, conocido como Protocolo de Buenos Aires, a diferencia de lo ocurrido con el protocolo de inversiones intrazona, fue incorporado por Argentina, Paraguay y Uruguay, pero no así por Brasil, razón por la cual tampoco entró en vigencia<sup>55</sup>.

El objetivo central del acuerdo era impedir la concesión de un tratamiento más favorable a las inversiones provenientes de fuera de la región sobre aquel establecido en su texto. La armonización en la propuesta resulta complicada de implementar en razón de la disparidad existente entre los miembros del MERCOSUR en lo que se refiere a la celebración de acuerdos de protección de inversiones. Argentina, por ejemplo, internalizó varios, acuerdos, en cambio Brasil no internalizó ninguno<sup>56</sup>. En este sentido, Brasil acostumbra evitar establecer acuerdos

---

53 TEPLITZCHI Eduardo. *Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño*. In: MERCOSUR y Empresas, Cuadernos de Época, N° 2, Serie Integración Económica. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2002. p. 177.

54 CELLI JÚNIOR Umberto. *O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL*. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL – MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 533-546. p. 545.

55 Argentina mediante la ley 24.554, Paraguay por la ley 593 y Uruguay por la ley 17.593.

56 CELLI JÚNIOR Umberto. *O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL*. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL – MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 533-546. p. 545. También TEPLITZCHI Eduardo. *Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño*. In: MERCOSUR y Empresas, Cuadernos de Época, N° 2, Serie Integración Económica. Buenos Aires – Madrid: Ciudad

de protección de inversiones y nunca formó parte de la Convención de Washington de 1965, adoptada e internalizada por los otros Estados del MERCOSUR<sup>57</sup>.

En lo referente a la solución de controversias entre inversores extrazona y los Estados miembros del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires amplía los mecanismos previstos en el Protocolo de Colonia –que indicaba básicamente al CIADI y a las normas de UNCITRAL– posibilitando que las partes escojan uno entre los diversos medios para dirimir conflictos existentes en la esfera internacional<sup>58</sup>.

En cuanto al sistema de solución de controversias previsto en el protocolo y pese al argumento de que el CIADI sea reconocido como un órgano jurisdiccional internacional especializado en la solución de conflictos sobre inversiones, consideramos que el MERCOSUR perdió interesante oportunidad de fortalecer el proceso de integración regional. Ello podría haber sido realizado, por ejemplo, por medio de la ampliación de la competencia jurisdiccional del sistema de Brasilia estableciendo, inclusive, la exclusividad de su uso para litigios entre particulares y Estados miembros del MERCOSUR que se refieran a inversiones extrazona.

Además, hubiera sido necesario ampliar la jurisdicción del sistema de solución de controversias vigente en aquel momento, y, en lo que se refiere específicamente a la exclusividad, establecer que la reglamentación existente en la región para inversiones sería sometida al órgano jurisdiccional regional, promoviendo la integración por el derecho<sup>59</sup>.

En el MERCOSUR, entonces, las inversiones extrazona, no se someten a reglas específicas de la organización regional.

---

Argentina, 2002. p. 183.

<sup>57</sup> Argentina ratificó el acuerdo de ISCID en 1994, Paraguay en 1983 y Uruguay en el año 2000. Brasil nunca cumplió su internalización y Venezuela notificó al Banco Mundial el 24 de enero de 2012 su denuncia al tratado. Para ese entonces ya lo habían denunciado Ecuador y Bolivia.

<sup>58</sup> ICSID, sigla en inglés para el *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones- CIADI), creado en 1966 por la Convención Internacional e incorporado en la estructura institucional del Banco Mundial.

<sup>59</sup> Lamentablemente, esta no la era la postura mayoritaria en la época lo que se evidencia con la cantidad de tratados bilaterales bajo la jurisdicción del CIADI suscriptos por varios países, tal como mencionamos en el trabajo.

### 3. Nuevo Intento

La Resolución del GMC 20/92, que creó la Comisión de Política Monetaria y Fiscal relacionada con el Comercio dentro del subgrupo de trabajo N° 4, el mismo que formuló las recomendaciones que culminaran con la sanción del Protocolo de Colonia y el Protocolo de Buenos Aires, fue derogada por la Resolución GMC n°13/00.

Mediante la misma Resolución n°13/00, se creó, entonces, dentro de la esfera del GMC, el Subgrupo de Trabajo n°12 denominado “Inversiones”<sup>60</sup>, cuyas atribuciones son:

- a) “Analizar las dificultades encontradas por los Estados Partes para la aprobación e implementación del Protocolo de Colonia y del Protocolo de Buenos Aires,
- b) analizar la influencia de la Inversión Intra Regional (IIR) y la Inversión Extranjera Directa (IED) sobre la reestructuración de las empresas en el mercado regional,
- c) analizar las políticas de inversiones para zonas o regiones de menor desarrollo dentro de los Estados Partes,
- d) comparar las metodologías para el relevamiento de la información estadística en los Estados Partes,
- e) elaborar informes cuatripartitos relativos a los flujos de inversión en la región,
- f) realizar un seguimiento de las negociaciones sobre Inversiones en el plano internacional, particularmente en los procesos de integración regional,
- g) coordinar las posiciones de los Estados Partes del MERCOSUR en los foros internacionales en los que participen,
- h) relevar las reglas y disciplinas generales aplicables a las inversiones en el territorio de cada uno de los Estados Partes a nivel nacional, estadual/provincial y municipal<sup>61</sup>”

---

<sup>60</sup> Los órganos que el GMC crea dentro de su estructura tienen como cometido elaborar recomendaciones para consolidar la Unión Aduanera y el Mercado Común. Es decir que estos subgrupos de trabajo están orientados en ese sentido y en especial las inversiones son vistas como modo de desarrollo regional y de afianzamiento del proceso de integración.

<sup>61</sup> Art. 2, MERCOSUL/GMC/RES No. 13/00.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en 2004, se aprobó la Decisión del CMC n° 32/2004 de “Acuerdo para la facilitación de actividades empresariales en el MERCOSUR” por el cual los Estados Partes se comprometieron a facilitar a los empresarios de los demás Estados Partes su establecimiento y el libre ejercicio de sus actividades empresariales. Se pensó así en la agilización de los trámites para el otorgamiento de permiso de residencia y el otorgamiento de documentos laborales y de identidad. Los Estados se comprometieron también a aplicar a las empresas de los demás Estados Partes el mismo trato que aplican a sus propias empresas en lo relativo a los trámites de inscripción, instalación y funcionamiento<sup>62</sup>.

Buscando consagrar facilidades para la actividad empresarial en el interior del MERCOSUR, la norma en cuestión fijó además un mecanismo especial para su entrada en vigor: para los dos primeros Estados que lo ratificasen su vigencia comenzaría 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación y para los demás signatarios 30 días después del depósito de los respectivos instrumentos de ratificación en el orden en que fueron depositados. Este documento fue utilizado por el Subgrupo n°12 como base y punto de partida para elaborar las propuestas de un Acuerdo de Inversiones<sup>63</sup>.

#### **4. Panorama Actual**

El panorama normativo del MERCOSUR relacionado a las inversiones fue completamente modificado en 2010 por la Decisión CMC n°30. La norma referida derogó las Decisiones CMC n° 11/93 -Protocolo de Colonia- y CMC n° 11/94 -Protocolo de Buenos Aires- y aprobó las directrices para la celebración de un acuerdo de inversiones para la región.

Instruyó, al Subgrupo de Trabajo n° 12 -de Inversiones- para que elaborase una propuesta de acuerdo para ser presentada en la última reunión ordinaria del GMC del 2011. Entre las directrices para la celebración del acuerdo fueron fijados el ámbito de aplicación que correspondería al protocolo, las obligaciones principales de las partes, las reglas de tratamiento nacional y transparencia y, aún, los límites de la reglamentación nacional.

Las negociaciones debían concentrarse, principalmente, en

---

62 Art. 3° del Acuerdo para la Facilitación de Actividades Empresariales en el MERCOSUR (MERCOSUR/CMC/DEC. (N° 32/04, Anexo).

63 Internalizado por Argentina (ley 26.105), Brasil (ley 18.068) y Uruguay (decreto legislativo 298). Paraguay aún no lo internalizó.

las inversiones externas directas relacionadas a bienes, esto es, en esfera mucho menos ambiciosa que la prevista en los dos protocolos derogados. Lo que sugiere, en principio, un concepto de inversiones menos abarcador que aquel previsto en los protocolos de inicio de los años 90.

Conforme a lo mencionado, la propuesta deja mayor margen de actuación y aplicación del derecho nacional de los Estados que los derogados Protocolos de Colonia y de Buenos Aires.

Se destaca como punto positivo de las directrices fijadas, la elección del sistema previsto en el Protocolo de Olivos como base a la solución de eventuales controversias.

## **5. Conclusiones y Perspectivas**

A pesar de que es posible observar que las delegaciones de los países que componen el MERCOSUR llevan a cabo actualmente reuniones para negociar un acuerdo sobre inversiones, poco se puede inferir del estado de la propuesta en razón de la confidencialidad de las mismas<sup>64</sup>. La demora en la presentación de resultados aparentes podría denotar cierta dificultad en la coordinación de los objetivos, pero imposible se hace una afirmación en ese sentido.

Subsisten, sin embargo, señales de avance al respecto, por ejemplo, en la inserción de temas como integración productiva y desarrollo de competitividad en los programas del Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento Institucional del MERCOSUR -FOCEM<sup>65</sup>; también se hacen presentes en la producción de normas secundarias regionales preocupaciones como el fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas, la modernización y transferencia de tecnología, e incentivos para que empresas se instalen en la región para la producción de “productos globales”, esto es, volcados al mercado mundial<sup>66</sup>.

Las actuales políticas regionales poseen el claro objetivo de aumentar la competitividad de las empresas locales para que puedan, inclusive, invertir fuera del MERCOSUR.

A modo de síntesis podemos remarcar que, si bien es cierto que los avances en la reglamentación de las inversiones en la región no

---

64 MERCOSUR/SGT N° 12/ACTA 02/11, MERCOSUR/SGT N° 12/ACTA 01/11.

65 Art. 36 de la DEC CMC n° 1/10.

66 CHUDNOVSKY Daniel. *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur*. Revista de la CEPAL 92, agosto de 2007.



fueron consistentes en los últimos años como tampoco la coordinación de posiciones ante sobre la materia ante foros internacionales, datos de la CEPAL muestran un continuo crecimiento en el volumen de recursos directos aplicados por empresas locales en el espacio extraregional. En ese sentido, se percibe que cada vez más empresas locales invierten fuera del MERCOSUR, principalmente en países vecinos de la región. También, y no obstante la ausencia de reglamentación regional, se vislumbra un panorama alentador en la recepción de inversiones, aunque las destinadas a industrias de alto contenido tecnológico o de investigación y desarrollo siguen representando porcentajes menores de los recursos directos que recibe América Latina<sup>67</sup>.

En lo que se refiere a la solución de controversias, el sistema de Olivos debería ser mejor aprovechado y ampliado para abarcar, también, cuestiones de inversiones. El Tribunal Permanente de Revisión, órgano arbitral permanente de la organización regional, podría, por ejemplo, tener su competencia de actuación expandida e incorporar, además de la interpretación de las normas del MERCOSUR, la solución de controversias sobre inversiones entre Estados miembros, asociados e, incluso, inversores<sup>68</sup>.

Considerando la inminente reforma que promoverá la entrada en vigor del Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos – conocido como Olivos II, el que exigirá no sólo la reestructuración del TPR, sino también de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión -ST, los Estados que componen el MERCOSUR van a estar frente a la gran oportunidad para la creación de un sistema definitivo de solución de controversias para la organización. Un sistema que incluya, por ejemplo, la solución de cuestiones relacionadas a inversiones<sup>69</sup>.

En el ámbito regional más ampliado, la Unión de las Naciones

---

<sup>67</sup> Informe de la CEPAL. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2011*, p 12.

<sup>68</sup> La MERCOSUR/CMC/DEC. N° 49/10 sobre “Propuesta MERCOSUR de Régimen de Solución de Controversias para los Acuerdos celebrados entre el MERCOSUR y los Estados Asociados en el ámbito del MERCOSUR” con relación a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales celebrados entre el MERCOSUR y uno o más Estados Asociados, emanados de las Reuniones de Ministros del MERCOSUR, a que se refiere el artículo 3 de la DEC CMC N° 02/02, sus modificatorias y complementarias. Dicho régimen podrá aplicarse, por acuerdo de Partes, a otros acuerdos internacionales que se celebren entre el MERCOSUR y los Estados Asociados. – El régimen a ser negociado no se aplicará a las controversias relacionadas con las materias contempladas en los respectivos Acuerdos de Complementación Económica. Además instruyó al GMC para que, con el apoyo técnico del SGT N° 2, en base a los lineamientos establecidos en la presente Decisión y a la propuesta que figura como Anexo, propicie el inicio de las negociaciones respectivas con los Estados Asociados antes del mes de junio de 2011, a fin de acordar un régimen de solución de controversias entre el MERCOSUR y los Estados Asociados.

<sup>69</sup> Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos.

Suramericanas –UNASUR– analiza actualmente el proyecto de Protocolo Constitutivo del Centro de Mediación y Arbitraje en Materia de Inversiones.

En ese sentido, cabe recordar la MERCOSUR/CMC/DEC n° 24/12 sobre Complementación y Articulación MERCOSUR–UNASUR, que establece, en su artículo 1°, la necesidad de “impulsar la articulación y complementación de políticas, acuerdos y compromisos asumidos en el FCCP y en las Reuniones de Ministros y/o Reuniones Especializadas del MERCOSUR cuyo seguimiento efectúa el FCCP, con las iniciativas de similar contenido desarrolladas en la UNASUR, *a fin de optimizar los recursos, evitar la superposición de tareas y potenciar los esfuerzos desplegados en los esquemas de integración en América del Sur*”<sup>70</sup>.

A pesar de que el foro de la UNASUR pueda surgir como alternativa, creemos que un sistema de solución de controversias relacionadas a inversiones para el MERCOSUR que prevea expresamente el acceso a otros esquemas de resolución de conflictos –como el de la OMC, no pareciera tener sentido como tampoco la creación de nueva esfera de competencia jurisdiccional para juzgar cuestiones previstas en las atribuciones de estructuras ya instaladas, como la regida por el Protocolo de Olivos<sup>71</sup>. En términos prácticos –más instrumentales– un avance en ese sentido, de aprovechamiento de las capacidades instaladas, se dio con la aprobación de la Decisión CMC n° 02/12, “Normas de Procedimiento para la Actuación del MERCOSUR en Controversias Derivadas de Acuerdos Comerciales con Terceros Países o Grupos de Países”, que previó la formación de un “Grupo Ad Hoc de Acompañamiento de la Controversia” que puede solicitar el apoyo logístico de la ST<sup>72</sup>.

En fin, las controversias surgidas en un espacio regional menor deben ser resueltas por su propio sistema de solución de conflictos. La solución endógena puede garantizar mayor seguridad y coherencia al orden normativo específico. La facultad de elección de foro por la parte demandante, como está establecido en el Protocolo de Olivos, puede, en

---

70 FCCP - Foro de Consulta y Concertación Política del MERCOSUR y Estados Asociados.

71 ACE 35 y el ACE 36, disponen la opción de foro en controversias originadas por dumping y subsidios; el G-3 (Colombia, México, Venezuela); los bilaterales México- Uruguay; Canadá-Chile; Centroamérica-Chile; México- Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala, Honduras); y el Proyecto sobre Solución de Controversias de la ALADI de 1999. BRITTI María Soledad. 2009. *La opción de foro en el sistema de solución de controversias del Mercosur*, Edición electrónica gratuita. Texto disponible en [www.eumed.net/libros/2009a/516/](http://www.eumed.net/libros/2009a/516/). BOLDORINI María Cristina. *Protocolo de Olivos, Innovaciones en el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*. Disponible en: <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/catalogo.aspx>>.

72 Prevé la propia norma que esta decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR. Para acuerdos de libre comercio o preferencia arancelaria. Art. 3.3 de la MERCOSUR DEC. CMC n°2-2012.

verdad, convertirse en objeto de maniobras indeseables o de distorsiones incompatibles con los objetivos estrictos de un régimen internacional de solución de controversias<sup>73</sup>.

En el mismo sentido, esas opciones de recurrir a espacios externos al de la organización regional, previstos anteriormente también en los protocolos de inversiones derogados, son absolutamente contrarios a la armonización del derecho del MERCOSUR.

El ámbito natural de solución de controversias en el MERCOSUR es, así, el propio sistema del MERCOSUR y la producción de normas regionales debe tener esa vocación natural en cuenta cuando trate de inversiones.

## **Referencias bibliográficas**

ANDRESON Kym; BLACKHURST Richard (1994) *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatscheaf.

BAPTISTA Luiz Olavo (1998) *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr.

BARRAL Welber (2000) *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal.

BASSO Maristela(1994) “MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração” *In: Estudos Jurídicos*, 27,(71), Setembro/Dezembro 1994.

BOLDORINI María Cristina (2006) *Protocolo de Olivos: innovaciones en el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur* [online] disponible en <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/catalogo.aspx>>.

BRITTI Maria Soledad (2009) *La opción de foro en el sistema de solución de controversias del Mercosur* [online] disponible en: <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/516/indice.htm>>.

CAETANO Gerardo (2006) *Parlamento Regional y Sociedad Civil en el Proceso de Integración ¿Una nueva oportunidad para otro Mercosur?*

---

73 PUCEIRO RIPOLL Roberto. “El Protocolo de Olivos: Sus Reformas Esenciales y su significado en el Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR” *In: BRASIL. CÁMARA DOS DEPUTADOS Solução de controvérsias*. Brasília: Câmara dos Deputados do Brasil, 2003. Texto disponible en <[http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/integ1B.asp?sub\\_base=INTEG&az=1&za=1&desc=%22PROTOCOLO%20DE%20OLIVOS%22&orden=aniOD&desc\\_tipo=and&origen=A&clase=M1](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/integ1B.asp?sub_base=INTEG&az=1&za=1&desc=%22PROTOCOLO%20DE%20OLIVOS%22&orden=aniOD&desc_tipo=and&origen=A&clase=M1)>

Montevideo: Friedrich Ebert Stiftung.

CASELLA Paulo Borba (1998) “MERCOSUL: situação e oposição política interna e a construção da integração regional” In: *Diário Comércio & Indústria*, 13 de agosto de 1998.

CELLI JÚNIOR Umberto (2007) “O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL” In: BASSO Maristela (org) *MERCOSUL – MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas.

CHUDNOVSKY Daniel (2007) “Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur” *Revista de la CEPAL* (92).

CHUDNOVSKY Daniel y LÓPEZ Andrés (2001) “Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR”, en CHUDNOVSKY & FANELLI *El Desafío de integrarse para crecer*, Buenos Aires: Siglo XXI.

CZAR DE ZALDUENDO Susana (2010) “Integración: Nociones Generales. Integración Económica e Integración Regional” en NEGRO Sandra (dir) *Derecho de la Integración*. Montevideo: Editorial B de F.

DALLA VIA Alberto Ricardo (1999) *Derecho constitucional econômico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

ETCHEVERRY Raul Aníbal (2001) *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

FAUSTO Boris, DEVOTO Fernando J. (2004) *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002)*. São Paulo: Editora 34.

JACKSON John Howard (2006) *Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press.

LAFER Celso (1997) “A OMC face à globalização e à regionalização” In: *Política Externa* 6(2), out./nov.1997, p.83-93.

LIQUIDATO Vera Lúcia Viegas (2006) “Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais” In: CASELLA Paulo Borba. (coord) *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin.

MELLADO Noemí (coord) (2007) *Cooperación y Conflicto en el*

*Mercosur. Cap. I, Mercosur convergencias y divergencias.* Córdoba: M.E.L Editor.

MERCADANTE Araminta de Azevedo (1971) “Os aspectos institucionais da integração latino-americana” *In: Revista de Informação Legislativa*, Abril-Junho, 1971

OLIVEIRA Odete Maria de (2000) “Regionalismo” *In: BARRAL Welber O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais.* Florianópolis: Diploma Legal.

PABST Haroldo (1998) *MERCOSUL: direito da integração.* Rio de Janeiro: Forense.

PUCEIRO RIPOLL Roberto (2003) “El Protocolo de Olivos: Sus Reformas Esenciales y su significado en el Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR” *In: BRASIL. CÁMARA DOS DEPUTADOS Solução de controvérsias.* Brasília: Câmara dos Deputados do Brasil [online] disponible en <[http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/integ1B.asp?sub\\_base=INTEG&az=1&za=1&desc=%22PROTOCOLO%20DE%20OLIVOS%22&orden=anioD&desc\\_tipo=and&origen=A&clase=M1](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/integ1B.asp?sub_base=INTEG&az=1&za=1&desc=%22PROTOCOLO%20DE%20OLIVOS%22&orden=anioD&desc_tipo=and&origen=A&clase=M1)>

RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER (2008) *Principles of International Investment Law.* New York: Oxford University Press.

SCHULZ Michael, SÖDERBAUM Fredrik, ÖJENDAL Joakim (2001) *Regionalization in a globalizing world.* London e Nova Iorque: Zed Books.

SCOTTI Luciana (2010) “El Derecho de la Integración el Mercosur” *En: NEGRO Sandra (dir) Derecho de la Integración: manual.* Buenos Aires: B de F.

SHAW Malcolm N. (2003) *International law.* Cambridge: Cambridge University Press.

SOARES Guido Fernando Silva (1995) “A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT” *In: São Paulo em Perspectiva – Revista da Fundação SEADE* 9(1), jan-mar, 1995.

TEPLITZCHI Eduardo (2002) “Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño” *In: MERCOSUR y Empresas.* Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina. (Cuadrenos de Época, N° 2, Serie Integración

Económica)

VELASCO Manuel Diez (1997) *Las Organizaciones Internacionales*. 10ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.

# AGENDA JURÍDICO-POLÍTICA DEL MERCOSUR. TENDENCIAS

## AGENDA JURÍDICO-POLÍTICA DO MERCOSUL. TENDÊNCIAS

*Rita Gajate\**

---

**Resumen:** *Numerosos debates presentes tienen como objeto de discusión la orientación que tomará el MERCOSUR a más de veinte años de su creación y en su actual coyuntura. Es que la encrucijada entre profundización y ampliación del bloque no se encuentra resuelta. Si se centra la visión en la alternativa de su profundización se advierte que la tendencia parecería priorizar los pendientes en el área política y social: la necesidad de garantizar el orden democrático, fortalecer la participación y propender a la constitución de una ciudadanía que sustente la legitimación del proceso de integración.*

*Individualizadas las consistencias/inconsistencias de la actual estructura institucional del MERCOSUR (Gajate: 2012), nos preguntamos si el bloque está en condiciones de abordar la ambiciosa agenda jurídico – política que se propone acentuar y donde se encuentran sus fortalezas y debilidades para llevarla a cabo.*

**Resumo:** *Numerosos debates na atualidade têm como objeto de discussão a orientação que tomará o MERCOSUL aos mais de vinte anos de sua criação e em sua atual conjuntura. Isso se deve ao fato de a encruzilhada entre seu aprofundamento e ampliação não se encontrar resolvida. Caso seu foco se concentre na alternativa do aprofundamento, é de se advertir parecer haver tendência a se priorizar as pendências nas*

---

\* Profesora Adjunta Ordinaria de Economía Política, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Profesora de Derecho de la Integración en la Maestría en Integración Latinoamericana y Especialización en Políticas de Integración, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Profesora Adjunta Ordinaria de Economía Política, Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires.

Abogada. Mediadora. Especialista en Integración Latinoamericana. Investigadora Categorizada II, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la República Argentina.

Profesora visitante de la “Indianápolis School of Law”, Indianápolis. Profesora visitante de las Universidades “Leopold Franzen” de Innsbruck, Austria y “Pompeu Fabra” de Barcelona, España.

Secretaria de Asuntos Académicos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Períodos: 2007-2010 / 2010-2012.

Actualmente Secretaria de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial, Sala I del Departamento Judicial La Plata.



*áreas política e social: a necessidade de garantir a ordem democrática, fortalecer a participação e tender à constituição de uma cidadania que sustente a legitimação do processo de integração. Individualizadas as consistências/inconsistências da atual estrutura institucional do MERCOSUL (Gajate: 2012), perguntamos-nos se o bloco está em condições de abordar a ambiciosa agenda jurídico-política que se propõe acentuar e onde se encontram suas fortalezas e debilidades para levá-la a cabo.*

**Palabras clave:** MERCOSUR, Agenda jurídico-política, Institucionalidad, Ciudadanía

**Palavras-chave:** MERCOSUL, Agenda jurídico-política, Institucionalidade, Cidadania

---

## 1. Presentación

El MERCOSUR se enfrenta a nuevos escenarios de ampliación y profundización. Las solicitudes de Ecuador y Bolivia para su inclusión como miembros plenos suman incertidumbre acerca de los nuevos rumbos que tomará este grupo integrado.

*Ad intra*, el bloque se propone la profundización del proceso que parecería orientarse hacia el desarrollo de una agenda político-jurídica que recoge una demanda social de mayor protagonismo, construcción de una ciudadanía común e institucionalización de la participación democrática.

La evolución del MERCOSUR en su orientación y contenidos constituye uno de los temas de debate que se plantean en la sociedad, en la medida que revelan cuestiones sensibles que atraviesan el espectro político y sectorial y se colocan en el escenario posibles modelos de desarrollo humano y proyección del bloque en el sistema regional e internacional (Bizzózero, 2011).

La adopción de una agenda en torno a prioridades políticas implica necesariamente un análisis jurídico-institucional para superar el riesgo de la retórica adolescente de instrumentos aptos para lograr objetivos. Por esta razón se visualiza como pertinente indagar acerca de las fortalezas y debilidades jurídico-institucionales del MERCOSUR para enfrentar sus perspectivas políticas.

En un marco de tensión, las conclusiones de la XLV Cumbre del MERCOSUR realizada en Montevideo -recientemente y sobre el cierre

del presente trabajo-, confirman la tendencia a la acentuación política de la agenda del bloque. La observación de lo ocurrido revela que el movimiento político define el clima de su avance y temáticas tratadas. El cese de la suspensión de Paraguay, el ingreso de Bolivia como socio pleno, la futura adhesión de Guyana y Surinam y las declaraciones en torno al reconocimiento universal del Derecho de Asilo Político, han determinado las directrices de los próximos pasos en la región.

Asimismo, y a través de la posición de la República Oriental del Uruguay, expresada en la propuesta de su primer mandatario, se hace imperiosa la toma de posición frente la necesidad de fijar un Arancel Externo Común en el bloque para contener la entrada de productos chinos a la región y proteger la industria local. Es que el considerado gigante asiático viene ganando presencia comercial en Sudamérica. El avance de la Alianza del Pacífico que representa el 35 % del PBI latinoamericano y el 55 % de las exportaciones de la región al resto del mundo (IADE, 2013) también representa un desafío político de dimensiones considerables para el MERCOSUR.

A este panorama se suman los problemas entre los dos socios mayores del bloque, que se han multiplicado en los últimos tiempos en los campos del comercio y las inversiones, lo que también roza la relación con Uruguay (Revista Mercado, 2013). Un tema bilateral de importancia clave que debería ser resuelto durante agosto es la renovación del acuerdo automotor que actualmente se encuentra vencido.

Asimismo se ha confirmado la tendencia que demuestra que los temas donde se ha logrado mayor consenso son los de la agenda social, educativa y de salud, mientras que las problemáticas comerciales han quedado relativamente relegadas esta vez.

El panorama descripto justifica la reflexión sobre las tendencias en los nuevos rumbos del MERCOSUR.

## **2. Actualidad y perspectivas del MERCOSUR. Su agenda jurídico – política**

El giro que este proceso de integración toma en la actualidad se explica desde su evolución y se justifica en su proyección. Desde la perspectiva evolutiva se ha afirmado que el hilo conductor en veinte años de desarrollo ha sido la definición de un marco de desarrollo institucional y cualificación de los costos y los beneficios de su sostenimiento para asegurar la adhesión continua de sus miembros y consolidar los procesos transitados. En cuanto a su proyección se

advierte un cambio de rumbo que ha sido enunciado en ambiciosos objetivos dispuestos al corto y mediano plazo constituyendo un nuevo interrogante su dotación institucional y organizacional para dar respuesta a las iniciativas planteadas. Destacados doctrinarios abonan este diagnóstico.

Si bien el Tratado de Asunción es producto del nuevo dinamismo integrador de comienzos de la década del 90 y se inserta en la concepción del regionalismo abierto; se ha constituido –asimismo– como un instrumento para la consolidación democrática en el cono sur. Nuestros países han garantizado en estas últimas décadas los principios jurídicos propios del Estado de derecho en dichas iniciativas, aunque en la actualidad se revele un cierto debilitamiento de sus instituciones.

Así, desde la primera perspectiva arriba definida, la Asociación Latinoamericana de Organizaciones de Promoción al Desarrollo (ALOP, 2011) se afirma que en lo que hace a la cuestión jurídica en el MERCOSUR, es preciso indicar que se registraron en el último lustro intentos por solucionar la hipertrofia de normas emanadas de los órganos decisorios y que no son aplicables en los países por no haber entrado en vigor, ya que requieren internación. No obstante estos esfuerzos, prevalece la opacidad y la falta de interpretación uniforme del derecho derivado en todo el bloque, lo que ha erosionado la credibilidad interna y externa del MERCOSUR durante el período. En cuanto a su dimensión político-ideológica del proceso es posible indicar que el MERCOSUR se ha constituido como una zona de paz, que ha propulsado el mantenimiento y profundización del Estado de derecho a través de la sanción y aplicación de la Cláusula Democrática entre los países del bloque y sus asociados. Por otra parte, se visualiza que aún no existen alianzas políticas transnacionales, sin embargo ha de esperarse que con el Parlamento ello camine en esa dirección. En cuanto a la cuestión de la afinidad ideológica observada desde 2003 en la región, se pudo inferir que permitió profundizar el proceso a través de la introducción de un discurso y algunos mecanismos de justicia y participación social, todavía muy tímidos. Está pendiente avanzar sobre una institucionalidad acorde a un modelo de integración progresista.

En la investigación de Lincoln Bizzózero (2011), desde el análisis de la articulación nacional – regional se concluye que se evidencia el cambio de perspectiva señalado en el bloque.

Coincidiendo sobre este piso de marcha Gerardo Caetano (2011) sostiene que en un balance histórico de este proceso dinámico y cambiante de dos décadas, no parece creíble un proyecto de profundización del

MERCOSUR sin una inflexión de sinceramiento profundo entre sus Estados Partes, a los efectos de renovar el pacto “para andar juntos” de cara a los nuevos contextos. Pero desde esa premisa ineludible, ¿cuál podría ser el listado sucinto de los titulares de esa agenda de profundización para el MERCOSUR a sus veinte años? Como se verá, no se trata tanto de agregar temas novedosos sino de confirmar y consolidar un programa sobre el que ya existe una masa crítica razonable. Una pequeña reseña de aspectos sustantivos de ese programa de profundización se presenta como ineludible: complementación productiva, a través de los Foros de Competitividad y del surgimiento de cadenas productivas mercosureñas; complementación de políticas de proyección regional (energéticas, educativas, culturales, de derechos humanos); complementación y creación de infraestructuras comunes; coordinación macroeconómica, en particular, de las políticas cambiarias; consolidación y aplicación efectiva de la Carta Socio Laboral; tratamiento serio de la propuesta ya acordada de libre circulación de personas; reconocimiento de asimetrías y flexibilidades legítimas, en especial en relación a Paraguay y Uruguay; implementación plena e incremental de los Fondos de Convergencia Estructural del MERCOSUR (FOCEM); negociación internacional como bloque económico-comercial y también político ante terceros y en foros internacionales; estrategia comercial conjunta; estrategias de financiamiento intrazona; incorporación consistente de nuevos socios. Para todo lo cual es indispensable una nueva institucionalidad que sea funcional a los objetivos referidos.

En sentido concordante otros trabajos de importante valía fueron dados a luz en los últimos años: Arrosa Soares (2011), Bauman Renato (2011), Mellado (2011 y 2012).

Desde la perspectiva de una de las líneas de investigación del Instituto de Integración de la Universidad Nacional de La Plata, hemos sostenido que el análisis de la dimensión jurídica de la integración implica considerar la morfología institucional, su funcionalidad, su consistencia estructural y su coherencia ideológica en relación al modelo adoptado. Es así como el Derecho se constituye como un instrumento del que la actividad política se vale para organizar la sociedad en un lugar y tiempo dado. Este instrumento, refleja claramente los lineamientos políticos de la clase gobernante. De este modo las nociones de soberanía e independencia de cada estado partícipe, delegación de competencias, representatividad, participación, sustentabilidad jurídica y gobernabilidad se abren paso en las configuraciones jurídico – institucionales que se adoptan.

Es que la institucionalidad de un sistema expresa la adopción de

un modelo que lo conforma (Gajate, 2011). Manifiesta el modo que se espera en el funcionamiento y evolución del esquema. Es que la problemática institucional ha de entenderse como una de las dimensiones configurantes de un sistema complejo multidimensional. Este es nuestro punto de partida: la observación de las mutuas implicancias entre las ideas políticas subyacentes y las decisiones institucionales adoptadas.

La coordinación de las macropolíticas en este estadio del proceso de integración se torna indispensable para que el conjunto avance sus diversos niveles de interacción.

La orientación y formulación de políticas deriva directamente en el universo de la creación jurídica, es más: esta es su expresión. Por esta razón nos proponemos reflexionar sobre el modo en que impactan estas definiciones en la creación de instituciones en el MERCOSUR y si las ya creadas constituyen instrumentos aptos para la realización de los objetivos propuestos en la actual agenda.

### **3. Interacciones entre Ciencia Política y Ciencias Jurídicas**

La Resolución del GMC 20/92, que creó la Comisión de Política MonLa Ciencia Política enfrenta hoy el desafío de recuperar el sentido universal de su objeto de estudio y devolverle así el carácter de ciencia de fundamentación que aspira a elucidar lo global político en un proceso sinóptico-integrativo bajo la atracción recíproca de las ciencias singulares que la conciernen (Pantoja, 1988).

Con el advenimiento de la sociedad moderna la Ciencia Política abre paso a modernas disciplinas especializadas que tratan de explicar el fenómeno político desde sus propios ángulos y sirviéndose de sus propios métodos ya que un pensamiento de separación positivista aparece como la más elevada expresión de lo científico. Se entendió que se trataba de demostrar la pureza de la ciencia mediante la particularidad de los correspondientes métodos de cada eventual disciplina: así, de este modo el método determinó el objeto y no al revés y las ciencias fincaron su orgullo de afirmarse como disciplinas inconfundiblemente independientes. Es así como la ciencia política se convirtió en la suma de las ciencias especializadas, ante las que, finalmente, ella misma se organizó como ciencia autónoma (Sontheimer Kurt, 1971).

El derecho moderno, a diferencia de las ordenaciones normativas anteriores, se caracteriza por ser un derecho igualitario para los hombres independientemente de sus condiciones particulares. La ley aparece como la voluntad del Estado, el lugar donde se encuentra concentrado

el interés general y no los intereses particulares, pues es adoptada por los representantes de ese interés general, quienes se expresan en nombre de la nación por la ley y el derecho, que se consideran entonces expresiones de la voluntad general. Se oculta así lo genérico, la voluntad de la clase hegemónica, toda vez que depende de la estructura social y no de individuos que forman parte de una clase, el que su voluntad dominante adopte la forma de ley (Córdova Arnaldo, 1967). Por esta razón su contenido político y social no puede soslayarse de los estudios que intentan explicar los fenómenos jurídicos configurativos.

No obstante es herencia de Hans Kelsen el pensamiento que sostiene hasta las últimas consecuencias que la teoría de que si el Estado no es más que la personificación del derecho, puesto que el estado es un orden jurídico relativamente centralizado, entonces la soberanía, el poder de poderes, corresponden al ámbito explicativo exclusivo del derecho (Kelsen, 1965).

Los diálogos entre Ciencia Política y Derecho se presentan como superadores en la epistemología actual y se producen a partir de la necesidad de una mejor comprensión de los fenómenos sociales actuales. Es por tal razón que la evolución de esta línea de pensamiento confluye en la idea de que si bien el Derecho logra su emancipación científica ante la filosofía y otras ciencias sociales, afirmándose como disciplina autónoma en los siglos XIX y XX, esto no implica que se convierta en una teoría autónoma de normas sino que su análisis debe necesariamente provocar una conexión con otras ramas de las Ciencias Sociales mediante la identificación de su incidencia sustancial en un mismo terreno, que es el de las relaciones sociales (Cerroni, 1972).

Por las explicitadas razones teóricas abordaremos nuestro objeto de estudio desde el análisis jurídico – político identificando el impacto de la adopción de una nueva agenda política para el MERCOSUR y la generación de instituciones destinadas a concretarla.

#### **4. El MERCOSUR jurídico – político**

El MERCOSUR nació de la confluencia de las voluntades políticas de los gobiernos de Argentina y Brasil a la que se sumaron desde su origen, Paraguay y Uruguay. Si bien el Tratado de Asunción que le dio vida no incluyó previsiones sobre la dimensión del diálogo político, éste se fue abriendo camino como consecuencia de las afinidades históricas y culturales entre los países de la región; los cuales también comparten en gran medida la perspectiva desde la que observan la evolución del proceso de globalización, sus riesgos y sus oportunidades.

De este modo, el MERCOSUR político es el resultado de la decisión de sus Estados Miembros de afianzar la percepción del proceso regional como abarcador de todas las dimensiones de la integración con el propósito de lograr la consolidación política del MERCOSUR, profundizarlo en las áreas de desarrollo social, de educación, de cultura, de seguridad y justicia, y estimular en los habitantes de la región la conciencia de pertenecer a un espacio común (Ueltschi, 2003).

La conformación de ese espacio común es paulatina, pues el actual ordenamiento jurídico e institucional del MERCOSUR -al carecer de una expresión supranacional- no permite, por el momento, establecer políticas comunes en ámbitos que trasciendan lo económico-comercial. No obstante, se procura generar un intercambio de ideas y una coordinación de posiciones entre los referentes de los diversos ámbitos de gobierno de los Estados Partes y países asociados.

En este sentido, la participación decidida de los presidentes ha sido fundamental: su activa presencia en las Cumbres semestrales permitió inyectar contenido político a un proceso de decisión que quizás hubiera tenido otro resultado, si hubiera quedado librado exclusivamente a criterios técnicos y económicos (Mellado, 2011).

Asimismo, la dimensión política del MERCOSUR tiende a consolidar la presencia del bloque regional como un actor definido en la escena internacional y con una posición propia ante situaciones que afecten directa o indirectamente a la subregión.

Del 2003 a la actualidad han tenido lugar una serie de avances político-institucionales que dan cuenta de que el proceso de integración regional atraviesa tiempos de cambio. La creación y fortalecimiento de instituciones como el Parlamento del MERCOSUR, el Instituto Social del MERCOSUR, el Instituto de Formación del MERCOSUR, el Foro Consultivo Económico y Social, entre otros, son expresión de que la decisión de institucionalizar alguno de los aspectos que hacen a la integración política y social del MERCOSUR. Se observa, no obstante, que la integración político-social tiene aún desafíos a nivel estructural, es decir en la instrumentalización de estas políticas (FLACSO, 2009).

Este déficit señalado ha sido denominado como “déficit transversal de densidad social” (Rodríguez Tania, 2009) significando que las instituciones creadas son importantes pero insuficientes para masificar las políticas del bloque en las sociedades de los Estados parte.

El desarrollo del bloque y la reciente decisión de impulsar la



integración en dimensiones no comerciales han hecho visible la problemática de un déficit en cuanto a rendición de cuentas del MERCOSUR para con la sociedad y sus actores políticos y sociales. Dicha carencia está vinculada, entre otras cosas, a que la representación política en el MERCOSUR, se encuentra concentrada en los poderes ejecutivos nacionales y, a su vez, a la inexistencia de una política de comunicación y difusión de la información, a pesar de lo reflejado en la prensa (CTA Secretaría de RRII, 2006).

La integración, no es un proceso exclusivamente económico, intergubernamental o interestatal. Por el contrario, necesita el concurso activo de los actores políticos y de la sociedad civil para adquirir vigencia en el marco del sistema de principios y valores aceptados por las democracias contemporáneas. La participación de la ciudadanía en el proceso de integración es un factor de legitimidad y una condición de éxito. Si sólo participan los gobiernos, el proceso se estanca y fracasa.

En este sentido, la consideración de una representación de los ciudadanos en los parlamentos suramericanos, implica un avance en la opción por legitimar las decisiones de la integración con una base poblacional. De allí que la elección directa y universal de los parlamentarios deviene una necesidad para todos y de cada uno de los Estados, como una demostración de la voluntad de cumplimiento de sus compromisos y obligaciones internacionales consensuadas en el marco de la institucionalización creciente en los esquemas vigentes.

El déficit democrático que padecen los procesos de integración suramericanos radica en la concentración de poder en los órganos intergubernamentales y en la reducción de funciones y autonomía de los órganos de carácter comunitario. Muestra de ello, es que tanto el Parlamento Andino como el PARLASUR, a pesar de ser órganos fundamentales que deberían generar el involucramiento de la sociedad civil, tienen –hasta el presente– una función básicamente declarativa y deliberativa sin ningún poder decisorio y de carácter realmente vinculante (Alvarado, 2011 y 2011a).

La no superación del déficit democrático que a la fecha, se observa en los procesos de integración suramericanos radica en que aún los ejecutivos de los Estados absorben todas las atribuciones de gestión del proceso de integración, ejerciéndolas en virtud de su competencia de manejar las relaciones internacionales. En otras palabras, se aprecia que dentro del contexto de los Estados se presenta una gran concentración en las autoridades ejecutivas del proceso integracionista, tanto para diseñar políticas, implementarlas y ejercer el control de su aplicación, como en

razón a la debilidad de un ente fiscalizador que garantice su adecuada ejecución. Esta última función debe ser realizada por un órgano autónomo, fuerte, con capacidad vinculante en sus pronunciamientos, y que garantice la debida aplicación de las directrices integracionistas, lo cual sólo podrá darse cuando los Parlamentos gocen de la legitimidad que le otorgue tener miembros designados por vía de elección popular.

## **5. El rol del Parlamento del MERCOSUR en el avance de la agenda política**

El Parlamento del MERCOSUR se ha configurado como el órgano de representación de la pluralidad ideológica y política de los pueblos de los países miembros del MERCOSUR. Fue creado el 9 de diciembre de 2005 por CMC 23/05 y comenzó a funcionar el 7 de mayo de 2007.

Sobre la base de la conformación de la Comisión Parlamentaria Conjunta –CPC-, en una primera etapa, sus miembros fueron elegidos por los parlamentos nacionales de entre sus cuadros, y en su etapa definitiva será elegido por voto directo de los ciudadanos siguiendo el criterio de representatividad ciudadana.

La creación del Parlamento del MERCOSUR es parte de un proceso abierto en 2002, de constitución de organismos y procedimientos que tienen como fin evidente institucionalizar el bloque y darle permanencia y autonomía política.

En ocasión de la XXVII Cumbre de Presidentes de Ouro Preto, el 17 de diciembre de 2004, el Consejo del Mercado Común encomendó a la CPC la redacción de una propuesta de Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR, con el mandato de entregar la misma antes de la finalización de 2006.

La CPC realizó el proyecto con antelación a la fecha de vencimiento y el 9 de diciembre de 2005, los presidentes de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, firmaron el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR constituyendo el nuevo organismo. El Parlamento de MERCOSUR debía comenzar a funcionar antes del 31 de diciembre de 2006, pero finalmente concretó su primer reunión el 7 de mayo de 2007, dejando de existir la Comisión Parlamentaria Conjunta. En el mes de junio de 2008, se reunieron por primera vez fuera de Montevideo, en la ciudad de San Miguel de Tucumán, en conjunto con la XXXV Cumbre del MERCOSUR, realizada también en esa ciudad argentina. La creación de este órgano actualiza el debate “parlamentarismo versus presidencialismo” que despunta en América Latina a mediados de los

años ochenta, cuando varios países de la región entraban en el proceso de transición y salida de sus regímenes autoritarios hacia la configuración de sus democracias. Dicho debate continúa enriqueciéndose con una visión más compleja del mismo en la que impactan diversos factores en su caracterización.

Introduciéndonos en un análisis político del MERCOSUR, hemos de afirmar que la consolidación democrática del bloque ha partido de un proceso intergubernamental cuyo avance ha sido influenciado por dos tipos de factores: los de carácter exógeno y endógeno. Los primeros comprenden las políticas económicas, las políticas exteriores y las dinámicas políticas internas de cada Estado miembro; los segundos se refieren a los aspectos institucional-burocráticos, socioeconómicos y político-ideológicos vinculados a los procesos de integración regional. Sin embargo, dado que el eje Argentina-Brasil constituye el núcleo político del proceso asociativo, el peso de los factores señalados, particularmente los de carácter exógeno, no será igual para todos los Estados miembros (Puelles Benítez – Urzúa Fraderman, 2011).

Gerardo Caetano (2006:32) demuestra el modo en que estos factores han influido para que la evolución del Parlamento del MERCOSUR no fuera abrupta, sino que recorriera una extensa trayectoria signada por los principios clásicos de gradualidad, flexibilidad y equilibrio. Con dicho argumento prueba que el debate por la institucionalización de una participación efectiva de los Legislativos de los Estados parte del MERCOSUR en la formulación de políticas de comercio exterior, no ha sido pacífico ni sencillo.

Podría afirmarse que si por más un lustro los dirigentes no encontraron la confirmación deseada, este hecho puede evidenciar precisamente la existencia de diferencias y distintas sensibilidades ante la iniciativa de institucionalizar un Parlamento del MERCOSUR.

Sin embargo el Parlamento del MERCOSUR parece que prosperara como una gran expectativa en relación a su dimensión política. El reforzamiento de esta dimensión de órgano político por excelencia, indica que este aspecto está en el corazón mismo del proyecto de creación de un Parlamento regional. Refiere también a la posibilidad de configurarse como una usina de propuestas integracionistas, traducidas en declaraciones, recomendaciones e informes sobre diversas cuestiones (Ídem).

El mismo autor citado expresa que, sin versiones dramáticas ni apocalípticas, desde una fuerte y probada definición a favor del

MERCOSUR como horizonte estratégico para el desarrollo integral de los países de la región, no puede ignorarse ni menoscabarse la fuerte sensación de malestar y desencanto en las sociedades de los países de la región en torno a la situación actual del proceso de integración. No cabe duda que esta sensación se amplifica en el seno de las sociedades de los Estados más pequeños.

En esa dirección, deviene como interrogante clave si ¿pueden encontrarse evidencias consistentes sobre visiones estratégicas convergentes en la región? A juicio de Caetano, cabe el señalamiento de fuertes dudas al respecto. Abona esa visión la constatación acerca de que los partidos políticos, sobre todo los “progresistas”, son más integracionistas en la oposición que en el gobierno. Asimismo, al tiempo que persiste la fuerza de los intereses de los estados nacionales, se ponen de manifiesto de manera especial fuertes recelos en los gobiernos de la región en torno a apuestas de signo supranacional.

Se señala no obstante, entre múltiples razones, que aún en el contexto adverso la implementación del PARLASUR ha de aportar más y mejor gobernabilidad.

Siguiendo esta línea argumental cabe coincidir con diversos autores quienes se han preguntado acerca de cuál es entonces, la contribución de los parlamentos latinoamericanos a la gobernabilidad, entendiéndola en su aspecto prospectivo, en su relación con la formulación de políticas públicas en la región.

Bonvecchi-Rodríguez (2010) afirman que la contribución de los parlamentos es inversamente proporcional a su poder político e institucional. En principio y en la generalidad de los análisis se sostiene que parlamentos poderosos han aprobado reformas mientras que parlamentos débiles las han bloqueado.

Los escenarios en los cuales se desarrollan las posibles contribuciones están impactados por los cambios en la estructura de los partidos y en los patrones de competencia política de los sistemas partidarios que alteran los incentivos de carrera política y de desempeño legislativo de los parlamentarios.

Estos incentivos cambiantes de los legisladores tienden a modificar sus preferencias de política y sus formas de participación en los procesos de reformas.

Así, a menor integración partidaria, menores incentivos para

proponer reformas estructurales de alcance general. Contrario imperio, a mayor integración partidaria, mayores incentivos para limitar la autoridad del Ejecutivo y para hacer reformas estructurales de alcance general.

Sin embargo, al someter los modelos de las legislaturas suramericanas a la tipología de Cox–Morgenstern (2002: 453-455), se demostró que no existe la pretendida relación directa como se afirmara previamente. Tomando el caso de algunas experiencias históricas, por ejemplo la Argentina en el período de 1989–1999 (Bonvecchi–Rodríguez, 2009) puede verse como el partido del gobierno en el Congreso aprobó más privatizaciones por ley cuando estaba altamente nacionalizado e integrado, y en cambio bloqueó más privatizaciones –y forzó al Ejecutivo a aprobarlas por decreto– cuando su integración política y su nacionalización partidaria disminuyeron.

El estudio que referenciamos concluye en que la influencia de los parlamentos en la toma de decisiones generales y de relevancia no depende necesariamente de sus poderes institucionales ni del tipo de política pública en discusión.

Las variaciones en la estructura del sistema partidario y la nacionalización de los partidos explican mejor los cambios en el tipo de políticas aprobadas por el Congreso.

Como lo muestra la tipología de presidentes y asambleas de Cox y Morgenstern (2002)<sup>1</sup> los presidentes pueden promulgar políticas utilizando diferentes estrategias según el tipo de legislatura a la que se enfrentan. En segundo lugar, una perspectiva estratégica resalta la desventaja de tratar la variable clave de apoyo legislativo a las iniciativas presidenciales como una variable exógena. Aunque Cox y Morgenstern siguen la práctica normal de considerar el número de bancas de legisladores que apoyan al presidente ya sea como un factor endógeno o como uno exógeno a su modelo, sí destacan lo que ellos llaman los poderes integrativos presidenciales, tal como el nombramiento de ministros que un presidente puede usar para involucrarse directamente en el proceso legislativo.

La influencia de los parlamentos en la formulación de políticas ocurre entonces en la tensión entre la representación de los ciudadanos y los incentivos y restricciones para la toma de decisiones que se derivan de la distribución del poder partidario entre los parlamentarios.

---

<sup>1</sup> Tipologías legislativas en relación al Poder Ejecutivo: 1) Subordinada, 2) Parroquial, 3) Cooperativa y 4) Renuente.

América Latina ha vivido un proceso de reconversión político y social, después de la época neoliberal de los años 90, y también de cambio en la manera de pensar respecto de los países que comparten su situación geográfica. De hecho, en los últimos cinco años, ocurrieron varias circunstancias de otros países, como en el caso de Bolivia, de Venezuela y Colombia, o lo de sucedido con Correa en Ecuador; que han motivado la intervención política de los mandatarios latinoamericanos.

El debate acerca del impacto de las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo sobre la parálisis o dinámica gubernamental ciertamente no está cerrado.

Otros hallazgos describen un nuevo panorama de las democracias presidenciales de América Latina. Es notable que los sistemas presidenciales latinoamericanos, aunque muestran gran variación, ocupan una posición intermedia entre los sistemas presidenciales puros y los sistemas parlamentarios puros, y cuentan con presidentes proactivos y legislaturas reactivas que no son tan pasivas como algunos han temido (Cox y Morgenstern, 2002).

Asimismo, a los presidentes de América Latina ni les falta apoyo en la legislatura ni confrontan rutinariamente el problema del “bloqueo” gubernamental. Ciertamente, los presidentes rara vez se enfrentan a la oposición de la mayoría en la legislatura y con frecuencia pertenecen al partido que tiene una mayoría en la legislatura o encabezan una coalición mayoritaria. Pero aun los presidentes que encabezan gobiernos de minoría no se encuentran especialmente dispuestos a usar su poder de decreto. Finalmente, las democracias presidenciales tienen apenas un poco menos de éxito legislativo que las democracias parlamentarias. Por tanto, la diferencia entre las democracias presidenciales y las parlamentarias, entendidas en torno al hecho de que en las democracias presidenciales tanto el jefe del ejecutivo como los miembros de la legislatura son directamente electos por los ciudadanos y tienen un mandato de duración fijo, aparentemente no determina la habilidad del gobierno para legislar.

Cuando se aborda la problemática de los partidos políticos, ha de considerarse su régimen específico, el sistema electoral, el sistema de gobierno –sea presidencialista o parlamentarista-. América Latina tiene una cultura de liderazgos fuertes, basada en un sistema presidencialista y en prácticas que tienen que ver con conducciones y referencias muy fuertemente unipersonales. ¿Por qué ocurre esto? (Cadesa, 2011).

Los liderazgos latinoamericanos, aún en el caso de los partidos

que se definen de izquierda, y los liderazgos nacionales, son fuertemente personalistas porque no están representando una institución o un partido, sino que están representando algo mucho más abstracto que es la idea de construcción de la Nación de la mano de quien puede concretarlo según el imaginario popular.

Dadas las características configurantes del Parlamento del MERCOSUR, es de esperar que aún desarrolle el potencial de representatividad que contienen en ciernes. La expectativa se centra en que cuando esté funcionando con base ciudadana se conviertan en generadores de propuestas integracionistas, controlen el actuar de los ejecutivos, velen por la continuidad democrática y contribuyan a una mejor calidad democrática en la región. Será el momento entonces que abandonen su naturaleza intergubernamental y den un paso hacia la supranacionalidad de sus normas.

## **6. Pendientes del MERCOSUR**

En el contexto descrito el bloque debe abordar prioritariamente los siguientes puntos definidos en su agenda:

### **Revisión del Protocolo de Ushuaia -Cláusula Democrática**

La cuestión de Paraguay reveló las discordancias en los criterios de aplicación del Protocolo y ha dejado pendiente la situación de Venezuela al momento del reingreso de Paraguay al finalizar su sanción.

### **Plan Estratégico de Acción Social del MERCOSUR (Decisión 12/11 y 67/10)**

Se ha definido el Eje 10: Implementación y financiamiento de políticas sociales. Se ha creado el Instituto Social del MERCOSUR quien deberá llevar a cabo el Plan Estratégico de Acción Social.

### **Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR (Decisiones 63 y 64/10)**

Esta norma implica la adopción de la Política de Libre Circulación y la de Igualdad de acceso a los derechos sociales, culturales y económicos. Asimismo queda pendiente la implementación de la Igualdad de acceso al trabajo, la salud y la educación. Se ha explicitado el “Plan de acción a 10 años” con el objetivo de llegar a los 30 años del MERCOSUR con este aspecto consolidado.



### **Programa de Consolidación de la Unión Aduanera (Decisión 56/10)**

Su implementación implicará la Coordinación de políticas macroeconómicas (art. 58). La puesta en funcionamiento de nuevas instituciones como el Grupo de Cooperación Internacional (Dec. 10/12), el Grupo de Relacionamiento Externo –GRELEX-. Se han definido –asimismo- “Mecanismos de vinculación política, comercial o cooperación con terceros países” que habrán de ser puestos en marcha.

### **Perfil del Alto Representante General del MERCOSUR (Dec. 63/10)**

Dado el breve tiempo transcurrido desde la creación de este organismo político, se espera se profile con sus próximas intervenciones y desarrollos que demostrarán el modo en que se concretarán sus facultades y alcances.

Asimismo ha de sumarse el necesario impulso con el que deberá contar la *consolidación del Parlamento del MERCOSUR* que representa una referencia política simbólica. La falta de legitimidad política del proceso de integración MERCOSUR se adjudica a la necesidad de respuesta de una demanda de mayor representatividad de la ciudadanía en forma genérica (Gajate, 2012).

Priorizar el área político – social de la integración implica garantizar el orden democrático y en la segunda fortalecer la participación social. Ambos aspectos contribuyen directamente a la construcción de una ciudadanía MERCOSUR que tendrá por fin legitimar el proceso como resultado final de reconocer a los pueblos de los Estados parte como protagonistas y destinatarios de los esfuerzos integrativos.

Nos preguntamos si el bloque se encuentra en condiciones de abordar su ambiciosa agenda jurídico-política. Los interrogantes claves se expresan en las siguientes preguntas: ¿Quién ha de liderar este proceso? ¿Qué instituciones se han creado para propender al necesario proceso de concertación social y sectorial? ¿Cómo se implementa y se implementará el diálogo político más allá de los mandatarios ejecutivos? ¿Cómo se coordinan y se coordinarán políticas en los más altos niveles político y técnico? ¿Se está posibilitando la necesaria participación social que legitime las decisiones tomadas?

Nos cuestionamos acerca de si basta con la creación del Parlamento del MERCOSUR, el Foro de Concertación Política y el

Alto Representante del MERCOSUR para evolucionar en la dimensión político-jurídica de este proceso de integración.

Para dar respuesta a estos interrogantes indudablemente deberá priorizarse el rol que cumple el Parlamento y su transformación, en la construcción de la ciudadanía del MERCOSUR, en la coordinación de políticas multinivel y en la destinación de fondos que provienen del FOCEM –Fondo de Convergencia Estructural del MERCOSUR- para sustentar los desarrollos enunciados.

## **7. Construcción de la ciudadanía en el MERCOSUR**

El MERCOSUR tiene un enorme desafío en dos planos. Por un lado, la incorporación de nuevos actores y por otro dotar de mayor democraticidad a su organización institucional (Vitar, 2011). En opinión del autor de referencia “lo que las cancillerías podían aportar, muy esforzada y meritoriamente, ya fue aportado; llegó la hora de que el MERCOSUR incorpore actores que lo dinamicen y que planteen otra dimensión de la integración. Lo dicho bien vale para la CAN y la UNASUR por presentar identidad en el proceso político en este aspecto.

En este sentido se torna fundamental la elección popular de los miembros del PARLASUR por el voto directo. Porque esos diputados que nos representarán en el nuevo Parlamento van a ser electos por regiones, por sectores geográficos, van a poder vincular el proceso de integración a los pueblos de esas regiones, van a tener que salir a hacer campañas, deberán plantear cuál es la importancia del MERCOSUR para la región y qué demandas de la región puede canalizar el MERCOSUR. Eso va a significar un gran dinamismo, “a mi juicio” (Vitar, 2011: 22), en la vida del bloque regional.

En la misma línea argumental otros autores (Puelles–Urzúa, 2011) señalan un doble déficit: el de la institucionalidad y el del conocimiento. La institucionalidad parlamentaria ciudadana puede ser uno de los mecanismos más aptos para intervenir sobre éstos déficits.

Sobre el de conocimiento, la cuestión podría ser obvia ya que una vez que la ciudadanía esté obligada a votar diputados para el MERCOSUR, por lo menos se preguntará de qué se trata. El éxito o el fracaso de esta dimensión va de la mano del rol que ocupe la participación política, del crédito o descrédito social del que goce o adolezca.

Hay quienes afirman (Pisani, 1995) que en el caso de la hoy Unión Europea, cuando la política había fracasado, un gran proyecto ocupó el

espacio vacío de los partidos políticos: el proyecto de la construcción europea. Para que la UE se convierta en uno de esos grandes conjuntos con peso específico, fue preciso que la opinión pública, las fuerzas sociales y los agentes económicos se comprometieran con el proyecto.

Se trataría entonces de gestar, a partir de la participación ciudadana un mayor compromiso con el proyecto de la integración en Sudamérica que arraigue con una intensidad creciente en la sociedad. La institucionalidad democrática ha de propender en esta línea.

Si la institucionalidad asegura la participación social, entonces se convertirá en un reaseguro del proceso. En este marco se hace necesario identificar las resistencias y los obstáculos. Estos están dados por tres “i” (Cafiero, 2011: 25): interpretaciones, intereses e ideologías. Lo que bloquea la densidad institucional de este tipo de procesos son las interpretaciones respecto de la utilidad o no del componente institucional o de las ideologías, sobre todo, por ciertos resabios de nacionalismos individualistas; o los intereses, es decir, aquellos que por una u otra razón no identifican la importancia de este proceso de integración, con un sentido utilitarista.

Se trata entonces de lograr un equilibrio de fuerzas e ideas en torno a una de mayor envergadura: si se alcanza a visualizar popularmente el beneficio de la participación en la toma de decisiones a través de los representantes electos en los parlamentos constituidos para legitimar las decisiones en la integración, ésta será más estable, duradera y democrática.

Para el logro de la pretendida armonía se hace imperioso un proceso de concientización y educación sobre los beneficios de la integración sudamericana.

## **8. Conclusiones**

La construcción de una mayor y mejor gobernabilidad en el MERCOSUR depende de una combinación virtuosa de tres elementos centrales: a) el fortalecimiento político-institucional-democrático; b) el desarrollo socioeconómico y la integración social con la generación de políticas que satisfagan las necesidades básicas del conjunto de la población y c) la promoción de un clima internacional que privilegie la resolución pacífica y consensuada de conflictos (Coti, 2010).

La gobernabilidad ha sido tratada en una amplia dimensión relacionada con el binomio legitimidad – eficacia con la que los

gobernantes gozan del reconocimiento de la ciudadanía. Este elemento se alimenta en el hecho de que las promesas manifestadas se cumplan. Situación que fundamenta la confianza popular en las políticas públicas emprendidas.

La eficacia pretendida redundará en mayor legitimidad y mejor gobernabilidad. Ambas variables se implican y condicionan mutuamente. Relacionar la gobernabilidad con convivencia democrática pone de relevancia un elemento que parecería oculto: el diálogo entre los poderes del Estado. Esta dinámica interna de los Estados partícipes en los procesos de integración replica a escala sudamericana. Los acercamientos y búsqueda de acuerdos deben concretarse no solamente entre gobernantes y gobernados sino que han de representar una saludable convivencia democrática de relaciones múltiples entre los diversos grupos actores del proceso.

Se ha afirmado en precedentes investigaciones (Mellado, 2010: 10):

Hasta ahora en la integración sudamericana la participación de los actores sociales ha sido mínima y por lo general ha tenido fines tendientes a la legitimación del proyecto. Por ello es que nos enfrentamos a procesos a que “van de arriba hacia abajo”. Ello se ve facilitado por la inexistencia de una institucionalidad regional desarrollada y efectiva, con normativas y procedimientos democráticos claramente delineados que garanticen participación y derechos a la ciudadanía y en segundo lugar, por la tendencia de los gobiernos a reducir la actuación y el protagonismo de las instituciones para asumir ellos mismos, mediante el proceso de Cumbres Presidenciales, la conducción. Todo lo anterior se ha reducido en una errónea percepción sobre la cesión de competencias a favor de un marco institucional supranacional que debilitaría aún más la capacidad política de los procesos de integración.

De lo analizado surge que la mayor representatividad con base ciudadana y popular reviste en este marco un rol sustancial. Por ende el rol que el Parlamento del MERCOSUR ha de desempeñar no puede minimizarse. Se hace imperiosa para el parlamento creado su constitución con base ciudadana. Para los estados involucrados la adecuación de sus normativas electorales para proceder a la concreta elección de parlamentarios.

Vale como ejemplo lo sucedido en el parlamento de la CAN que se encuentra más adelantado en este marco, no obstante aún restan

elecciones populares para su configuración. El MERCOSUR aún no ha concretado este proceso de transformación. Paraguay sí ha procedido a la elección popular de sus escaños. Argentina debía haberlo hecho en octubre de 2011 y no lo hizo.

El bloque aún presenta debilidades jurídico-institucionales tales como la preeminencia de las decisiones de los ejecutivos por sobre los parlamentos, déficit de representación que podría conducir a adolecencias de legitimación; no obstante se destaca como fortaleza la voluntad política sostenida durante estos 23 años de camino y la búsqueda de consensos para la construcción y avance del MERCOSUR. El cambio de tendencia desde lo estrictamente comercial hacia lo político social deberá acompañarse de una mayor, sostenida y consistente construcción de una institucionalidad que dé cabida a los protagonistas del proceso: los ciudadanos.

Finalmente creemos que concreción de la representatividad ciudadana anunciada para el PARLASUR será el primer paso en la dirección señalada no obstante no conducirá a una mejor gobernabilidad si no se emprende un proceso de concientización social sobre dicha participación y se reviste a las decisiones de parlamentos de carácter vinculante en principio y de aplicación directa de su normativa en un futuro no tan lejano.

Queda por observar la construcción política a que dé lugar este proceso de conformación eleccionaria de los parlamentos. Un sano equilibrio de poderes implicaría el progreso hacia esquemas de integración con menor peso presidencialista y una mayor gravitación parlamentaria implicando la incorporación en el sistema decisorio de la deseada representación social.

## Referencias bibliográficas

ALOP (2011) *MERCOSUR 20 años. Elementos para un balance político del bloque regional. Relaciones Unión Europea–MERCOSUR: reflexiones desde la sociedad civil*. México D.F. -Montevideo: ALOP-CLAEH. Disponible en: <[http:// www.alop.org.mx/sites/default/files/Libro-ALOP.pdf](http://www.alop.org.mx/sites/default/files/Libro-ALOP.pdf)>.

ALVARADO Carolina (2011) “La Elección Directa de Parlamentarios Andinos”, *Via Inveniendi Et Iudicandi* 6 (2), julio-diciembre [online] disponible en: <[http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=53:la-eleccion-directa-de-parlamentarios-andinos&catid=46:decima-edicion-reflexiones](http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=53:la-eleccion-directa-de-parlamentarios-andinos&catid=46:decima-edicion-reflexiones)>.

academicas&Itemid=133>.

\_\_\_\_\_ (2011a). “La importancia social y política del Parlamento Andino”, en: *Via Inveniendi Et Iudicandi* 6 (2), julio-diciembre [online] disponible en: <[http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=105:la-importancia-social-y-politica-del-parlamento-andino&catid=58:decimo-primera&Itemid=146](http://viei.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=105:la-importancia-social-y-politica-del-parlamento-andino&catid=58:decimo-primera&Itemid=146)>.

ARROSA SOARES Susana (2011) “Balance y perspectivas del MERCOSUR cultural: 20 años de existencia”. En BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, p. 301-319.

BAUMANN Renato (2011) “El MERCOSUR a los veinte años. Una evaluación económica”. En BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, p. 165-201.

BILBAO Luis (2000) “Brasil tentado por una opción sudamericana”. En *Le Monde Diplomatique*, año II, n° 13.

BONVECCHI Alejandro, RODRIGUEZ Jesús (2009) *El papel de los Parlamentos latinoamericanos en el proceso de reformas de política pública*. Disponible en: <[http://www.cepal.org/de/agenda/5/39285/Alejandro\\_Bonvecchi.pdf](http://www.cepal.org/de/agenda/5/39285/Alejandro_Bonvecchi.pdf)>.

BIZZOZERO Lincoln (2011) “Los primeros veinte años del MERCOSUR: del Programa de Liberación Comercial al Plan Estratégico de Acción Social”. En *Densidades* (6), página 23-34.

BIZZOZERO Lincoln (2011a) “Uruguay en el recorrido del MERCOSUR: llave geopolítica de la región”. En BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, pág. 385-409.

BIZZOZERO Lincoln (2001). “Los primeros diez años del Mercosur. Repensando los pilares y las aristas de la construcción”. En *Cuadernos del SELA* (62), mayo-agosto, pág. 177-199.

BOTTO Mercedes (coord) (2011) *MERCOSUR, ¿para qué sirve? Claves para el debate sobre los alcances de la integración*. Buenos Aires: FLACSO-IDEP.

CADESA Gustavo (2011) en: *Jornada Sistemas Políticos e Integración*

*Regional*. Parlamento del MERCOSUR – DELEGACIÓN ARGENTINA. Auspiciada por la Maestría en Integración Latinoamericana de la Universidad de Tres de Febrero y la conferencia Permanente de Partidos Políticos de América Latina y el Caribe (Coppal) y la Unidad de Enlace con el Parlamento del MERCOSUR y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Versión taquigráfica. 12 de mayo.

CAETANO Gerardo (2011) *MERCOSUR: 20 años*. Montevideo, CEFIR-GIZ– Fundación Ebert, Somos MERCOSUR.

CAETANO Gerardo (2006) “Parlamento Regional y Sociedad Civil en el proceso de Integración. ¿Una nueva oportunidad para el MERCOSUR?, en: *Análisis y preguntas*, diciembre.

CAFIERO Fernando (2011) en: *Jornada Sistemas Políticos e Integración Regional*. Parlamento del MERCOSUR – DELEGACIÓN ARGENTINA. Auspiciada por la Maestría en Integración Latinoamericana de la Universidad de Tres de Febrero y la conferencia Permanente de Partidos Políticos de América Latina y el Caribe (Coppal) y la Unidad de Enlace con el Parlamento del MERCOSUR y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Versión taquigráfica. 12 de mayo.

CASTLES Stephen (2000) “Migración Internacional a comienzos del siglo XXI: tendencias y problemas mundiales” en: *Revista Internacional de Ciencias Sociales* (165), septiembre, p.17–32.

CERRONI Umberto (1972) “Desilusión, placer y emancipación”. En: *La libertad de los modernos*. Barcelona: Ed. Martínez Roca, pág. 19.

CORDOBA Arnaldo (1967) “Sociedad y Estado en el mundo moderno”. En: *Ciencias Políticas y Sociales*, año XII(50), p. 463 y 464.

COSTA LIMA Marcos (2011) “Democratizar para integrar: las dificultades y las posibilidades de participación social en el MERCOSUR”. En: BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, p. 225-269.

COTI Otilia Lux (2010) “Gobernabilidad y pueblos indígenas”, en *Gobernabilidad, trabajo y convivencia democrática América Latina*. San José de Costa Rica: AÉCID – FLACSO.

COX Gary W., MORGENSTERN Scott (2002) “Latin America’s Reactive Assemblies and Proactive Presidents”, en MORGENSTERN Scott y NACIF Benito (eds) *Legislative Politics in Latin America*. Cambridge



University Press: Nueva York, pp. 446-468.

En: MUNCK Gerardo (2004), *La política democrática en América Latina: contribuciones de una perspectiva institucional*, vol. XI, núm. 2, 2do semestre.

CENTRAL DE TRABAJADORES DE LA ARGENTINA. SECRETARÍA DE RELACIONES INTERNACIONALES (2006) *La institucionalidad del MERCOSUR: una reforma necesaria*. Buenos Aires: Ediciones Debate Internacional. (Serie Integración Regional).

FOX Jonathan (2005) “Unpacking transnational citizenship”. En: *Annual Review of Political Science*, 8, p. 194.

FAYT Carlos (2008) *Sufragio, Representación y Telepolítica*. Buenos Aires: La Ley.

FLACSO (2009) *El MERCOSUR estructural. Desafíos de la integración política, social y cultural*. Jornada de Relaciones Internacionales. Publicación de conclusiones.

GAJATE Rita Marcela (2013) En MELLADO Noemí Beatriz (coord y edit) y FERNÁNDEZ SACCA Juan (coed). “Problemáticas del Regionalismo Latinoamericano en los inicios del Siglo XXI”. Capítulo II de autoría de Rita Gajate: *Instituciones de los Procesos de Integración sudamericanos. Modelos y tendencias actuales*: Págs. 55-74. Ed. Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador. Publicación Internacional.

GAJATE Rita Marcela (2013) “Problemáticas del Regionalismo Latinoamericano en los inicios del Siglo XXI” En MELLADO Noemí Beatriz (coord y edit) y FERNÁNDEZ SACCA Juan (coed) *Instituciones de los Procesos de Integración sudamericanos. Modelos y tendencias actuales*. El Salvador: Ed. Universidad Dr. José Matías Delgado, p. 55-74.

GAJATE Rita Marcela (2010) “Los Parlamentos de la CAN y MERCOSUR: ¿Garantía de gobernabilidad para los bloques?”. En: Mellado Noemí (edit) *Gobernabilidad e Instituciones en la Integración Regional*. Córdoba: Ed. Lerner, p. 93-123.

GARNELO Vicente (1998) *Evolución institucional y jurídica del MERCOSUR*. Documento de Divulgación N° 3. BID-INTAL.

GUIDO Emiliano (2013) “El tetris del MERCOSUR”. En *Realidad Económica*. IADE – Instituto Argentino de Desarrollo Económico.

Revista N° 275. 17/07/13. Disponible en: <<http://www.iade.org.ar/modules/noticias/article.php?storyid=4710>>

ITZIGSOHN José (2000) “Immigration and the boundaries of citizenship: the institutions of immigrants political transnationalism”. En: *International Migration Review*, vol. 3, núm. 4, p. 1148.

KELSEN Hans (1965) *Teoría general del Estado*. México: Ed. Nacional: p. 99-120.

MARTÍNEZ PUÑAL Antonio (2005) *El sistema institucional del MERCOSUR: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*. Tórculo Edicions. Colección de Estudios Internacionales. Santiago de Compostela. España.

MELLADO Noemí (2011) “Estado, sociedad civil e integración. Hacia su rearticulación” En BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, p. 271-300.

MELLADO Noemí B. (2010) *Gobernabilidad e instituciones en la integración regional*. Córdoba: Ed. Lerner.

MERCADO (2013) “La política tiñe la agenda del MERCOSUR”. *Mercado* 20 julio 2013 [online] disponible en: <<http://www.mercado.com.ar/notas/sin-categoria/8013070/la-politica-tie-la-agenda-del-mercosur->>>.

MONTBRUN Alberto (2007) “Bases de representación legislativa y sistemas electorales en el derecho público provincial” En PEREZ GUILHOU Dardo (dir) *Derecho público provincial y municipal volumen III*. Buenos Aires: La Ley.

NOHLEN Dieter et al (comp) (2005) *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.

NOHLEN Dieter (1994) *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.

PANTOJA MORÁN David (1988) “Ciencia Política y análisis jurídico”. En: *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio en sus 30 años como investigador en Ciencias Jurídicas*. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 549-562.

PÉREZ VICHICH Nora (1997) “MERCOSUR: la libertad de circulación de trabajadores en debate” En: *Revista del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*, año 7(12).

PISANI Edgard (1995) “La Europa Política”, en: *Revista de Coyuntura Económica*, (1), p. 11-17.

PUELLES BENÍTEZ Manuel, URZÚA FRADERMAN Raúl (2011) “Educación, gobernabilidad democrática y gobernabilidad de Sistemas Educativos”, en: *Educación y gobernabilidad democrática. Revista Iberoamericana de Educación* (12) [online] disponible en: <[www.oei.es/oeivirt/ric12a05.htm](http://www.oei.es/oeivirt/ric12a05.htm)>.

RODRIGUEZ Tania Julieta (2009) “El MERCOSUR estructural. Desafíos de la integración política, social y cultural” En *Las relaciones internacionales hoy: Jornada de Relaciones Internacionales. Publicación de conclusiones*.

SONTHEIMER Kurt (1971) *Ciencia política y teoría jurídica del Estado*, Traducción de Luis Villagra. Buenos Aires: EUDEBA, p. 12-14.

SOSA Alberto (2011) “Menem y los Kirchner: continuidades y rupturas en el MERCOSUR” En BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, p. 355-383.

UELTSCHI María Cristina (2003) “El MERCOSUR político” En: ARGENTINA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES *Aportes para el Debate*. Buenos Aires: Cancillería Argentina, p. 17-28.

VAILLANT Marcel (2011) “Brasil y sus tres vecinos del Sur. 2 décadas de integración en 7 dimensiones”. *Espectador Negocion.com* [online] disponible en: <[http://www.espectadornegocios.com/especialmercosur\\_core.php?m=amp&nw=MzYxNQ](http://www.espectadornegocios.com/especialmercosur_core.php?m=amp&nw=MzYxNQ)>.

VÁZQUEZ Mariana (2002) “Sobre la dimensión parlamentaria de los procesos de integración regional. El MERCOSUR y la Unión Europea en perspectiva comparada a la luz de los desafíos del Área de Libre Comercio de las América”, *Revista de Ciencia Política*, (5/6).

VIGEVANI Tullo, RAMANZINI Haroldo Jn. (2011) “El MERCOSUR y la política exterior brasileña”. En BRICEÑO RUIZ José *El MERCOSUR y las complejidades de la integración regional*. Buenos Aires: TESEO, p. 321 - 363.

VILLAR Gabriel (2010) “Derecho y Ciencia Política”. En *Revista Debates. Entrevistas*, Año 1(1). [online] disponible en: <[www.isnsc.com.ar](http://www.isnsc.com.ar)>.

VITAR José (2011) en: *Jornada Sistemas Políticos e Integración Regional. Parlamento del MERCOSUR – DELEGACIÓN ARGENTINA*. Auspiciada por la Maestría en Integración Latinoamericana de la Universidad de Tres de Febrero y la conferencia Permanente de Partidos Políticos de América Latina y el Caribe (Coppal) y la Unidad de Enlace con el Parlamento del MERCOSUR y la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Versión taquigráfica. 12 de mayo.

TELAM (2013) *Cumbre del Mercosur: Uruguay analiza proponer un arancel externo común para China*. [online] disponible en: <<http://www.telam.com.ar/notas/201307/24315-uruguay-propondria-un-arancel-externo-comun-para-china-en-la-cumbre-del-mercosur.html>>.

# FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: VIGÊNCIA DE SUA DOCTRINA\*

(\*\*)

## FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: VIGENCIA DE SU DOCTRINA

*Roberto Ruiz Díaz Labrano*\*\*\*

---

*Resumo: De certo, o Direito Internacional Privado posterior a Savigny poderá encontrar ou desenvolver novas correntes, mas será impossível furtar-se dos princípios fundamentais que ele deixou. Grande parte da estrutura de pensamento doutrinária e dos fundamentos gerais da disciplina na atualidade encontram raiz em seus escritos e formulações. O presente estudo busca, inicialmente, resgatar o contexto sócio-cultural do autor, analisando sua vida e obra, e, também, o ambiente jurídico de sua época. Em um segundo momento, faz-se uma análise da escola histórica de direito e da contribuição de Savigny ao direito internacional privado através das novas perspectivas que desenvolveu como, por*

---

\* Artigo publicado originalmente em língua espanhola, conforme segue: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. Friedrich Karl von Savigny y el derecho internacional privado. Vigencia de su doctrina. In: FERNÁNDEZ ARROYO Diego P., MORENO RODRÍGUEZ José Antonio (dirs). *Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo: Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*. Assunção: CEDEP/ASADIP – Biblioteca de derecho de la globalización, 2010. p. 145-167. Traduzido para a língua portuguesa por Maria Laula Arnt, acadêmica da Faculdade de Direito da UFRGS e integrante do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS “Mercosul e Direito do Consumidor”. Revisada a tradução por Augusto Jaeger Junior, professor de direito internacional privado da Faculdade de Direito da UFRGS, líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS “Direito Internacional da Concorrência” e bolsista de produtividade do CNPq.

\*\* Homenagem a Tatiana B. de Maekelt. Conheci Tatiana B. de Maekelt no ano de mil novecentos e oitenta, quando dava meus primeiros passos no Direito Internacional Privado; naquele momento, estando presentes ilustres representantes do mundo jurídico internacional, foi ela quem produziu em mim uma forte impressão; sua personalidade deslumbrante e seu profundo conhecimento de direito tinham me fascinado. Essa impressão nunca mudou, pelo contrário, com os anos a admiração foi crescendo. Sua presença em Assunção, Paraguai, no relançamento da Associação Americana de Direito Internacional Privado, reproduziu exatamente a mesma impressão, os anos não diminuíram nem no mínimo essa presença imponente. Convidado a escrever uma monografia em sua homenagem, não duvidei em instante algum, a única e verdadeira homenagem que se pode fazer a uma grande jurista é recordar e referir a outro grande jurista, como Friedrich Karl von Savigny.

\*\*\* Professor titular de Direito Internacional Privado da Universidade Nacional de Assunção. Professor do Curso de Mestrado em Direito Internacional Privado da Universidade de Buenos Aires. Presidente da Associação Paraguaia de Direito Internacional e do Instituto Paraguaio de Direito Internacional Privado. Membro da Academia Paraguaia de Direito e da Associação Americana de Direito Internacional Privado.

*exemplo, aquelas que justificam teoricamente a aplicação do direito estrangeiro. Conclui-se a pesquisa, finalmente, com breve tentativa de determinar o legado deixado por esse grande doutrinador ao Direito Internacional Privado.*

**Resumen:** *Por cierto, el Derecho Internacional Privado posterior a Savigny podrá encontrar o desarrollar nuevas corrientes, sin embargo será imposible abandonar los principios fundamentales que el dejó. Gran parte de la estructura de pensamiento doctrinario y de los fundamentos generales de la disciplina en la actualidad encuentran raíz en sus escritos y formulaciones. El presente estudio busca, inicialmente, rescatar el contexto sociocultural del autor, analizando su vida y obra, y, también, el ambiente jurídico de su época. En un segundo momento, se hace un análisis de la escuela histórica de derecho y de la contribución de Savigny al derecho internacional privado a través de las nuevas perspectivas que desarrolló como, por ejemplo, aquellas que justifican teóricamente la aplicación del derecho extranjero. Concluye la investigación, finalmente, con un breve intento de determinar el legado dejado por ese gran doutrinador al Derecho Internacional Privado.*

**Palavras-chave:** *Savigny, Direito Internacional Privado, Vida e Obra, Legado*

**Palabras clave:** *Savigny, Derecho Internacional Privado, Vida y Obra, Legado*

---

## 1. Vida e obra de Savigny

Friedrich Karl Von Savigny, filho de Cristian Carlos Savigny e Enriqueta Felipa Gross, nasceu em 21 de fevereiro de 1779 em Frankfurt am Main. Sua família de origem francesa da região da Lorena imigrou para a Alemanha por razões religiosas<sup>1</sup>. O nome de Savigny deriva do castelo de igual denominação que se situa próximo de Charmes, no vale do rio Mosela.

Toda a vida de Savigny transcorreu em um ambiente de alto nível cultural e intelectual<sup>2</sup>. Rudolf von Ihering<sup>3</sup>, outro jurista excepcional,

---

1 A imigração de sua família havia acontecido aproximadamente cento e cinquenta anos antes do nascimento de Friedrich Karl von Savigny ou Carlos Federico de Savigny.

2 Casou-se com Cunegunda Brentano, seu concunhado Clemente foi um reconhecido poeta e novelista, amigo de Luis Achim von Arnim, lembrado como compilador e editor de canções populares, assim como escritor de contos curtos e casado com Bettina Brentano, que teve uma amizade próxima com Goethe.

3 R. VON IHERING. "Savigny", *Três vidas ilustres. Hugo, Savigny, Ihering. Resurgimiento*

ao fazer referência à extraordinária vida jurídica do grande romanista, descreve uma vida totalmente dedicada ao direito, aponta que estudou as leis em Marburg<sup>4</sup> e na Universidade de Göttingen. Fez seu doutorado em 1800 em Marburg, com a defesa de uma tese sobre direito penal, “O concurso formal dos delitos” (*De concursum delictorum formali*).

Iniciou na docência aos 21 anos de idade dando aulas como professor das Universidades de Marburg (1803-1808), sobre o código penal, e de Landshut (1808-1810). Uma de suas obras destacadas referida sobre “O direito de propriedade”, ou “Das Recht des Besitzes”<sup>5</sup>, data de 1803. Sua versatilidade e conhecimento do direito romano o permitiam abarcar tanto o direito civil, quanto o penal.

A partir do ano de 1810 começou a dar cursos de direito romano e prussiano na Universidade de Berlin, a qual havia sido fundada em 1809, à qual permaneceu vinculado até o ano de 1842, sendo que dedicou 32 anos de sua vida à citada universidade, da qual chegou a ser Reitor.

Em 1815 lançou o primeiro volume de seu “Geschichte des römischen Rechts im Mttelatter”, cuja última publicação foi feita em 1831<sup>6</sup>. No ano de 1817, foi designado membro da comissão para organizar os Estados prussianos provinciais, e também foi membro do Ministério de Justiça no Staatsrath. Em 1819, se tornou membro do Tribunal de Cassação para as Províncias do Reno e em 1820, é nomeado membro da comissão para a revisão do Código Prussiano.

Seu trabalho sobre o direito romano atual ou contemporâneo, “System des heutigen römischen Rechts”, começou em 1835; para Savigny “...o direito romano atual considerado em sua aplicação particular na Alemanha, isto é, com as modificações que tem experimentado, todas elas contidas em leis do império, são de pouca importância, pois as grandes exceções do direito romano, por exemplo, a autoridade reconhecida a todos os contratos independentemente da *stipulatio*, os efeitos atribuídos à *bona fides*, etc., nada têm de especial no império da Alemanha e têm sido geralmente adotadas na medida que o direito romano se tem propagado na Europa. Assim, pois, essa obra, que trata

---

*del derecho alemán*, introducción y traducción de Norberto Gorostiaga, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 85.

<sup>4</sup> Em 1795, com 16 anos, entra na Universidade de Marburg, onde assistiria às aulas dos professores Anton Bauer e Philipp Freidrich Weiss, principais pioneiros das reformas do código penal alemão. Depois disso, Savigny visitaria diversas universidades, destacando as de Jena, Leipzig e Halle.

<sup>5</sup> O livro sobre o direito de propriedade mereceu elogios do grande jurista da época, Thibaut, que o qualificou como uma obra prima.

<sup>6</sup> Esse trabalho foi induzido por Weiss como professor e teve inicialmente como finalidade fazer uma história literária do Direito Romano, partindo de Irnerius.



do direito romano atual, poderia com algumas adições, oferecer-se como o direito comum da Alemanha”<sup>7</sup>.

No último tomo<sup>8</sup> expressa: “O primeiro livro do presente trabalho tinha por objeto as fontes do direito, isto é, a base das regras jurídicas; o segundo se referia à natureza geral das relações de direito que essas regras estão convocadas a regular. Pois bem, para concluir a parte geral do Tratado só me resta determinar o vínculo que existe entre as relações do direito e as regras jurídicas. Esse vínculo nos aparece, de um lado, como o império das regras sobre as relações; de outro, como a submissão das relações às regras”<sup>9</sup>.

Foi também ministro para a reforma legislativa do Estado prussiano (1842-1848), depois do que se dedicou quase com exclusividade ao trabalho científico, que o apaixonava. No ano de 1850, por ocasião do jubileu da obtenção do grau de doutor, foi editado em cinco volumes o seu *Vermischte Schriften*, coleção de suas obras menores publicadas entre 1800 e 1844.

Em 1853, publicou seu tratado sobre contratos (*Das Obligationenrecht*)<sup>10</sup>, um complemento ao seu trabalho sobre o direito romano moderno, no que trata novamente sobre a necessidade do tratamento histórico da lei. Savigny faleceu em 25 de outubro de 1861, aos oitenta e dois anos<sup>11</sup>. Por ocasião de seu falecimento, Rudolf von Ihering disse que constituía “O desaparecimento da estrela mais brilhante que a jurisprudência alemã pode ostentar”<sup>12</sup>.

## 2. O ambiente jurídico e a época em que viveu

Nenhuma pessoa pode escapar da influência da época em que lhe coube viver; não é diferente com Savigny, pelo que é importante verificar o ambiente jurídico imperante, sob o qual se desenvolvem

---

7 M. F. C. DE SAVIGNY. *Sistema do direito romano atual*, 2ª. ed., tradução de Jacinto Mesía e Manuel Poley, prólogo de Manuel Durán y Bas, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1839, t. II, pp. 62 e 63.

8 Nota da tradutora: a referida obra de Savigny foi traduzida para a língua portuguesa. A referência da mesma é a seguinte: SAVIGNY Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* – Vol. VIII. Tradução de Giro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. 416 p., em sede da Coleção clássicos do direito internacional, com prefácio do professor alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg.

9 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 7), t. VI, p. 121.

10 Sua obra de direito das obrigações trata, no Capítulo 1. Da natureza das obrigações; no Capítulo 2. Do nascimento das obrigações; no Capítulo 3. Da extinção das obrigações e no Capítulo 4; Das sanções legais contra a violação das obrigações.

11 Seu filho, Karl Friedrich von Savigny (1814-1875), foi ministro de relações exteriores da Prússia em 1849.

12 R. VON IHERING (nota 3), p. 85.

seu pensamento e teorias jurídicas, uma de cujas manifestações mais evidente é a diversidade de ordenamentos jurídicos vigentes e aplicáveis naquele momento<sup>13</sup>.

De fato, dentro do território dos Habsburgo, Áustria e Boêmia, era aplicado o Código Civil geral (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) da Áustria, de 1811. Em grande parte das regiões da Prússia<sup>14</sup>, exceto na Renânia, o direito vigente e aplicável era o *Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten* de 1794. Na Renânia vigia o Código Civil Napoleônico. Na parte central da Alemanha, Baviera, Württemberg, Hessen, Hanover e Holstein, se aplicava o Direito Romano<sup>15</sup>.

A influência do direito romano no autor se explica pela preponderância e repercussão que teve em uma grande parte das legislações vigentes na época, nas quais o direito romano se adota ou convive. O indiscutível é a importância do direito romano na época em que Savigny vivia; tal diversidade conduz à necessidade de efetuar uma análise de interpretação e aplicação do direito ou da lei no espaço, e também explica o método de interpretação histórica do direito.

Esse método que atribui importância à evolução e desenvolvimento, dá lugar à escola histórica do direito, da qual Savigny foi o maior representante, surge como consequência ou reação ante à escola dogmática do direito, representada por Hugo Doneau<sup>16</sup>, que havia perdido força com a morte desse último.

---

13 No século XVIII, a Alemanha não tinha chegado nem à uma unidade política, nem à uma jurídica, ainda que esforços tenham sido feitos em ambos os sentidos. Assim, pelo empenho de Frederico, O Grande, se formou a Liga dos Príncipes Alemães, da qual faziam parte Brandemburgo-Prússia, Hanover e Saxônia, a qual, depois de um Tratado de Associação, ingressaram outros príncipes alemães em 1785. Devido às guerras napoleônicas, essa união não teve uma vida muito longa e foi substituída, em 1806, pela Liga do Reno, fomentada pelo imperador francês e depois de sua queda, se formou a Confederação Alemã em 1815. M. MORINEAU, "Un acercamiento a Savigny", Biblioteca Jurídica Virtual Anuario Mexicano de Historia del Derecho.

14 A Prússia era um dos reinos mais poderosos da Europa no momento do nascimento de Savigny em 1779, governado, todavia por Frederico II, O Grande, que ocupou o trono (1740-1786). Foi sucedido por seu sobrinho Frederico Guilherme II (1786-1797), e depois de seu reinado ascendeu ao trono o filho desse último, Frederico Guilherme III (1797-1840), que lutou contra e foi vencido por Napoleão nas batalhas de Jena e de Auerstädt. Depois de um armistício, o rei cedeu porções importantes de seu território, além de pagar uma indenização monetária. Sob seu reinado se fundou a Universidade de Berlim em 1809, considerada uma das melhores de sua época e iniciou suas atividades no ano seguinte, em 1810. Como resultado do Congresso de Viena (1814 e 1815), a Prússia recuperou alguns de territórios perdidos; além disso, passou a fazer parte da Confederação Alemã<sup>o</sup>. M. MORINEAU (nota 13).

15 A respeito, segundo citação de M. MORINEAU (nota 13). Veja-se F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, tradução de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957, pp. 292-321.

16 Hugo Doneau (1527-1591), nascido na França, teve que abandonar esse país por ter se convertido ao protestantismo, foi primeiro para a Itália, e finalmente para a Alemanha.

Posteriormente a Doneau, surgiram juristas como Pütter, Weiss e Gustavo Hugo; esse último influenciado pelos juristas franceses, estuda o direito romano sobre a base de seu desenvolvimento histórico e não somente desde a ótica da interpretação dos textos<sup>17</sup>. Tanto Weiss quanto Hugo foram professores de Savigny; o último e com justa razão é precursor da chamada Escola Histórica Alemã.

A deliberada intervenção de Savigny em 1814<sup>18</sup> contra a idéia de um código para a Alemanha que fosse alheio a toda influência de sistemas estrangeiros – segundo era propugnado pelo professor de Heidelberg, Anton Thibaut –, não é casual, nem motivado só pela intenção de confrontar idéias com o reputado jurista; sem dúvida compreendia a riqueza do direito romano e ao mesmo tempo percebia que a partir do mesmo os costumes e culturas diferentes podiam conviver e desenvolver suas regras de direito, pelo que a construção de um código que prescindisse desses antecedentes, não resultava a ele correto.

É provável que nessa análise nasceu sua inquietude sobre os problemas de aplicação das regras no espaço para as relações em contato com direitos diversos; se pode, assim, compreender a idéia de um direito comum que se apresentasse a partir de um tipo de comunidade jurídica.

Preocupava ao grande jurista uma codificação que se desprendesse da evolução histórica do direito ou que se efetivasse de modo apressado sob a influência do direito natural, elaborado com base em abstrações jurídicas<sup>19</sup>. Afirmava a necessidade do estudo histórico do direito para a compreensão das ciências jurídicas e para o desenvolvimento e evolução do direito.

Sua influência foi tal que a codificação em seu país não se realizou como na França, nem seguiu o modelo de sua redação; foi produto do estudo e aplicação do corpus *jurisromano*, pelo que, diferentemente do Código Civil Napoleônico de 1803, adotado na França, a codificação de

---

17 “1. O direito alemão anterior à escola histórica. Na Alemanha, Hugo Doneau fundou, no século XVI, a escola dogmática, cujo propósito foi sistematizar o estudo do direito romano, mas sem conceder muita importância a sua evolução histórica; com a morte de seu fundador, a escola caiu em decadência. As gerações seguintes de estudiosos do direito estão representadas por juristas como Pütter e Weiss e por Gustavo Hugo, os dois últimos mestres de Savigny. Hugo radicou-se por algum tempo na França, daí resulta que seu pensamento revele a influência dos juristas franceses e aborde uma nova maneira de estudar o direito romano, não somente através da interpretação de seus textos, senão também levando em conta seu desenvolvimento histórico e as mudanças que experimentou ao decorrer do tempo; Gustavo Hugo pode ser visto como o precursor direito de Savigny”. M. MORINEAU (nota 13).

18 Em 1814 publicou seu folheto Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung in Rechtswissenschaft.

19 Como nas Instituições *juris naturae et gentium* de Christian Wolff.

direito civil na Alemanha<sup>20</sup> se produziu recém com o Código Civil de 1899, que entrou em vigor no ano seguinte<sup>21</sup>.

### **3. A escola histórica de direito**

Uma compreensão acabada de Savigny e da transcendência de sua enorme obra, assim como o aporte extraordinário ao Direito Internacional Privado, requer descrever, ainda que brevemente, o que constituiu como corrente romanista a Escola Histórica alemã.

A escola recorre às fontes jurídicas originais; não somente efetua uma análise para a interpretação do *corpus juris*, senão que elabora regras a partir da observância histórica das fontes, mas sobre a base de um sistema geral de direito civil, do qual surgem regras de caráter geral e regras de caráter particular para as diversas instituições do direito. O método histórico, ao recuperar a origem histórica de cada instituição, permitia colmatar as lacunas ou vazios da lei.

O ordenamento jurídico, por conseguinte, devia estar estruturado sobre o conjunto das instituições que permitia a compreensão do direito<sup>22</sup>, facilitava sua interpretação e, por consequência, sua aplicação, método que abre as portas a uma verdadeira ciência jurídica, ao ser produto de uma análise racional.

A Escola Histórica alemã se distancia dos textos elaborados pelos glosadores e pelos comentaristas, retornando às antigas fontes do *corpus juris* e do direito romano. Para esse efeito, o descobrimento das Institutas de Gaio<sup>23</sup> foi definitivamente transcendente<sup>24</sup>. O método é o que dá o seu nome à Escola Histórica, seus representantes privilegiam a investigação das fontes jurídicas do direito, gerando, assim, uma disciplina científica que facilita a sistematização dos conceitos e instituições jurídicas.

---

20 O BGB, pela abreviatura de seu nome em alemão, Bürgerliches Gesetzbuch.

21 Savigny sobre a compilação prussiana (Landrecht) expressa que o trabalho dos alemães, diferentemente dos franceses, foi cuidadoso e com o fim de produzir “uma obra perfeita, sem que nenhuma necessidade exterior a reclamasse”, sendo que o Código de Napoleão foi realizado de forma apressada e inspirado fundamentalmente com fins políticos.

22 Afirmavam que o direito privado é a reunião das regras que governam a existência entre pessoas livres, considerando, também, que o direito subjetivo é um espaço de liberdade regido pela vontade de uma pessoa livre.

23 O descobrimento das Institutas de Gaio, em 1816. Em 1815, Savigny fundou, com Karl Friedrich Eichhorn e Johann Friedrich Ludwig Göschen, a publicação *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, que se converteu no órgão da nova escola histórica; nessa publicação, Savigny deu a conhecer o descobrimento, em Verona, por Niebuhr, do texto perdido de Gaio, demonstrando que as Institutas eram de Gaio e não de Ulpiano, como sugeria Niebuhr.

24 Veja-se M. MORINEAU (nota 13).

Koschaker<sup>25</sup> aponta que “era uma personalidade penetrada intimamente pela dignidade da investigação científica, e quis dar o caráter de ciência a todo estudo que tivesse por objeto o direito, tanto que a mesma criação prática deste foi subsumida no conceito superior de ‘direito científico.’ No que se refere aos estudos do direito romano<sup>26</sup> feitos por Savigny, resta pouca dúvida de que influenciaram e contribuíram à compreensão dos efeitos da convivência de diversos ordenamentos jurídicos sobre uma base comum. Ordenamentos que, inclusive, se desenvolviam a partir da mesma.

#### **4. A contribuição de Savigny ao direito internacional privado através de novas regras**

Sempre é emocionante verificar as razões pelas quais se afirma a influência que Friedrich Karl von Savigny teve no desenvolvimento do Direito Internacional Privado. Admiramos seu profundo conhecimento do direito, assentado sobre sua condição intelectual e sua capacidade evidente de observador dos efeitos do direito sobre as relações ou o efeito dessas sobre o direito.

Dada tal condição, não é estranho que se ocupou no oitavo volume de seu Sistema de Direito Romano Atual do império das regras de direito sobre as relações jurídicas no espaço e seus limites locais. Mais além da disputa sobre a necessidade de unificar ou não o direito civil, revela uma grande compreensão do fenômeno jurídico e que devia existir uma distinção entre aquela relação local e aquela que se manifesta a partir de um direito que se projeta, porque nasce ou se vincula a um sistema ou a uma norma não local.

Não apenas elaborou uma teoria sobre as razões pelas quais o territorialismo estrito vigente naquela época não podia satisfazer como resposta jurídica as questões que surgiam como consequência de relações ligadas a sistemas jurídicos diversos. Savigny distingue finamente o que na dinâmica do direito e em seu desenvolvimento geralmente passa despercebido, em especial quando não nos detemos, como ele fez, a indagar como deveria fazer todo aquele que pretende dar respostas a situações complexas.

Questiona-se sobre se é a norma a que influencia, condiciona ou repercute na relação jurídica e, portanto, é ela a que se deve observar

---

25 P. KOSCHAKER. *Europa y el derecho romano*, tradução de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p.376. Em citação de MORINEAU.

26 Em 1804 viajou pela França e pelo sul da Alemanha a fim de localizar novas fontes sobre o direito romano, e o consegue em Paris. Na nova Universidade de Berlim, em 1810, ocupou a cátedra de Direito Romano.

quando analisamos as situações que ultrapassam os limites espaciais do direito local; ou do contrato, é a particularidade do vínculo ou relação jurídica que deve ser observada. Dessas observações assim como do momento em que ele vive nutre-se o pensamento jurídico do jurista e as suas referências são transferidas para as relações que interessam ao Direito Internacional Privado.

Savigny expressou que o aumento das relações entre os diversos povos impõe a renúncia do princípio de exclusividade – territorialista – pela adoção de um sistema que tenda à reciprocidade, a fim de estabelecer uma igualdade reclamada pelos interesses dos povos e dos indivíduos.

Um aspecto relevante é que sustentou a existência da “comunidade de direito entre os Estados independentes que buscam regular de uma maneira uniforme as colisões dos diferentes direitos positivos, estranho aos romanos”. Sob essa perspectiva expôs magistralmente uma fórmula vigente até os nossos dias: se deve “*determinar para cada relação jurídica o direito mais adequado a sua própria e essencial natureza como objetivo primordial*”, discorrendo também sobre as razões de ordem pública e moral ou de interesse geral que impediriam a aplicação da lei estrangeira, em cujo caso se aplica a lei local.

A doutrina que surge a partir da fórmula do mestre é especial para verificar a projeção que teve o seu pensamento e pela orientação do Direito Internacional Privado a partir de seus axiomas com que expôs seu pensamento doutrinário<sup>27</sup>, a solução I. Deve proporcionar à relação jurídica um direito adequado às suas necessidades. II. Deve assegurar que esse direito reja sempre e em todas as partes a relação.

O primeiro foi bastante aceito e de fato aparece inquestionável, o segundo, que também resulta indiscutível, ainda que para a doutrina apresente dificuldades práticas. O fato é que seus axiomas produziram uma verdadeira revolução conceitual, por que os sistemas então vigentes não se preocupavam em absoluto em saber se o direito aplicável era ou não adequado à relação jurídica, mas apenas em determinar se a lei tinha ou não eficácia territorial ou extraterritorial.

Savigny inova parte da premissa da extraterritorialidade de todas as leis sem outras limitações que a ordem pública internacional de cada Estado, despreocupando-se, dessa forma, da indagação tradicional

---

27 M. F. C. DE SAVIGNY. *Sistema del Derecho Romano actual*, Edición Castellana, 1ra. Traducción del alemán: Charles Guenoux, traduzido do francês: Jacinto Mesía e Manuel Poley, prólogo: Manuel Durán y Bas. Madrid, F. Goncora y Compañía. Editores, 1878-1879, p. 140.

que estabelecia como regra verificar se a lei tinha ou não efeitos extraterritoriais.

Do segundo axioma se extrai o fundamento e objetivo para a aplicação da lei em questões de Direito Internacional Privado; para que uma relação específica seja regida sempre e em todas as partes por um único e mesmo direito é preciso que as normas de direito privado internacional sejam ou tenham caráter de supranacionais, sejam de aplicação universal e obrigatórias para todos os Estados.

Adverte-se que tal formulação contradiz frontalmente o princípio essencialmente territorialista, produto do conceito de soberania absoluta dos Estados da época e das regras até então estabelecidas e admitidas, como que: a) cada Estado pode exigir que em toda a extensão de seu território não se reconheçam outras leis que não as suas; e b) nenhum Estado pode estender além de seus limites a aplicação de suas leis. Savigny afirma que “Longe de desconhecer a verdade desses princípios, quero levá-los aos seus últimos limites”<sup>28</sup>.

Sustenta que o soberano pode certamente exercer seu direito de soberania e ordenar que seus juízes apliquem exclusivamente a própria lei nacional, mas na medida em que as relações entre os povos são mais numerosas e frequentes, mais devemos convencer-nos de que tal princípio deve ceder e ser substituída pelo princípio oposto<sup>29</sup>.

Nas próprias palavras de Savigny: “Em virtude do direito rigoroso de soberania poderia ordenar-se evidentemente aos juízes de um país que aplicasse exclusivamente seu direito nacional, sem consideração às disposições contrárias de um direito estrangeiro, com o domínio do qual poderia encontrar-se em contato a relação de direito litigiosa. Porém semelhante prescrição não se encontra em nenhuma legislação conhecida, e deveria ser rejeitada, também pelas considerações seguintes. Enquanto mais numerosas e ativas são as relações entre os diferentes povos, mais devemos convencer-nos de que é preciso renunciar a este princípio de exclusão para adotar o contrário. Por causa disso se tende à reciprocidade na apreciação das relações de direito, estabelecendo entre nacionais e estrangeiros uma igualdade ante a justiça que reclama o interesse dos povos e dos indivíduos. Se essa igualdade tivesse se realizado completamente, não só seriam acessíveis os tribunais de cada Estado de igual maneira aos nacionais e aos estrangeiros (o que constitui a igualdade de tratamento para as pessoas), senão que, nos casos de colisão de leis, a decisão ditada sobre a relação de direito seria sempre

---

28 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 138.

29 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 139.



a mesma, qualquer que fosse o país em que a sentença tivesse sido pronunciada. O ponto de vista ao qual nos levam essas considerações é o de uma comunidade de direito entre os diferentes povos”<sup>30</sup>.

A idéia de uma comunidade de direito entre os diferentes povos, nos pareceu, em uma primeira leitura, uma simples exortação ou formulação do que se deveria fazer; com o tempo percebemos mais nitidamente que o ponto central é que evidenciava uma realidade que surgiria como um imperativo próprio do desenvolvimento e evolução das relações, que obriga e obrigaria os Estados a deixar de lado uma aplicação e interpretação encerradas na soberania. Savigny percebeu que a “força das relações” entre os povos inverteria as coisas e como justificação para tal consequência apela para “A comunidade jurídica dos Estados”; ainda neste sentido, não deixa de chamar a atenção para o fato de que essa expressão era uma concepção revolucionária naquela época.

Não só permanece com a expressão; explica que a comunidade jurídica dos povos é “como um acordo amigável entre os Estados soberanos” que evolui como desenvolvimento próprio do direito, pelo que a justificativa da aplicação extraterritorial da lei se sustenta na vigência e necessidade de relações harmônicas entre os Estados.

No que guarda relação com a colisão de leis na comunidade de direito entre os diversos povos, expressa: “O problema que se deve resolver a respeito das duas espécies de colisão pode ser formulado, portanto, do seguinte modo: *determinar para cada relação jurídica o domínio do direito mais conforme com a natureza própria e essencial dessa relação.*”

Comparada com o direito rigoroso, do qual tratei anteriormente, esta assimilação pode ser considerada como um acordo amigável entre os Estados soberanos que admitem leis originariamente estranhas às fontes nas quais seus tribunais devem buscar o fundamento da decisão de numerosas relações de direito.

No entanto, não se deve considerar esse acordo como efeito de uma pura benevolência -o ato revogável de uma vontade arbitrária-, mas sim como um desenvolvimento próprio do direito, que segue em seu caminho a mesma marcha que a regra sobre a colisão entre os direitos particulares do mesmo Estado.

Porém não podem ser completamente assimiladas uma a outra,

---

30 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 348, p. 139.

essas duas espécies de colisão. Foi visto que a colisão entre direitos particulares contraditórios podia ser resolvida por uma lei geral superior a esses direitos. Semelhante solução é inaplicável às leis contraditórias de diferentes Estados independentes.

Esse ponto de vista de uma comunidade de direito entre Estados independentes que tende a regular de uma maneira uniforme a colisão de diferentes direitos positivos era estranho aos romanos. Foi necessária a extraordinária impulsão dada às relações dos povos nos tempos modernos para que tenham sido tomados em consideração e reconhecidos esses princípios gerais<sup>31</sup>.

Fiel a sua concepção histórica, considera a admissão do direito estrangeiro como resultado próprio do direito, e distingue, entre as relações privadas frente às quais aparecem normas com vocação que colidem, como também ocorre nas relações que se produzem em relações privadas dentro de um mesmo Estado.

Savigny reconhece como parte de uma construção as dificuldades apresentadas por questões do tipo e as incertezas e divergências de opinião geradas pela interpretação de situações dessa sorte. Indica que seria benéfico regular de comum acordo a colisão de direitos e que esse trabalho se encontra desenvolvido pelos Tratados nos quais se dão com maior frequência os casos de colisão<sup>32</sup>.

A nova perspectiva imposta pelas cada vez mais frequentes relações privadas sobre o conceito tradicional, sem dúvida, admite certas exceções que restringem a aplicação do direito estrangeiro em princípio indicado como o adequado; a respeito disso, expõe: “Até agora temos reconhecido que para decidir sobre uma relação de direito no caso de colisão entre diferentes Estados independentes, devia aplicar o juiz o direito do local a que pertencesse a relação de direito litigiosa, sem distinguir se esse direito é o de seu país ou o de um Estado estrangeiro.

Devemos agora tratar de uma restrição desse princípio, pois há várias classes de leis cuja natureza especial não admite essa independência da comunidade de direito entre diferentes Estados. Na presença dessas leis, deve o juiz aplicar exclusivamente o direito nacional, embora o nosso princípio exigisse a aplicação do direito estrangeiro<sup>33</sup>.

As exceções contempladas eram as seguintes: a) Leis de uma

---

31 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 348, p. 140.

32 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 140.

33 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 349, p. 142.

natureza positiva rigorosamente obrigatórias, pelo que não admitem essa liberdade de apreciação que não leva em conta os limites dos verdadeiros Estados; e b) Instituições de um Estado estrangeiro cuja existência não está reconhecida no nosso, e que, por conseguinte, não podem pretender ter a proteção dos tribunais<sup>34</sup>. Para saber se uma lei pertence aos casos assinalados é preciso investigar, antes de tudo, a intenção do legislador.

Outra dentre as questões que dividem a doutrina e as legislações é o relacionado à lei pessoal, e se deveriam prevalecer as leis pessoais de origem ou as do domicílio, ponto sobre o qual Savigny se refere<sup>35</sup>: “O resultado de nossa indagação tem sido até agora reconhecer que a colisão de diferentes direitos positivos no juízo de uma relação de direito, se regulava direta e principalmente segundo o estado jurídico da pessoa obrigada nessa relação, e que as numerosas e importantes exceções a esse princípio deviam relacionar-se, para serem bem compreendidas, com o princípio mesmo que modificam. Temos reconhecido, além disso, que segundo uma regra há muito tempo admitida, o estado jurídico da pessoa se determina pelo território e não pela origem. Porém até aqui não temos obtido mais que um resultado de pura forma; pois nos resta sempre por saber de que maneira a pessoa e o estado de seu direito se referem ao território, como também onde se situa a relação entre determinada pessoa e o direito territorial. Essa é a questão que devemos resolver primeiramente”.

Encontramos aqui duas relações de fato que constituem o vínculo que buscamos: *origo y domicilium*, a origem e o domicílio<sup>36</sup>. Sobre a lei pessoal do domicílio, indica que oferece poucos riscos, pois a regra sobre o domicílio não foi essencialmente modificada, em diferença à origem e nacionalidade da pessoa, que é uma questão não jurídica, mas puramente accidental.

O domicílio do indivíduo é para Savigny o lugar em que reside constantemente e que eleger livremente como centro de seus negócios e de suas relações jurídicas (parág. 359): “No direito atual o domicílio determina regularmente o direito territorial especial a que cada indivíduo se encontra submetido”.

O autor se expande sobre o modo em que devem ser resolvidos os problemas das diversas relações de direito, não sem antes recapitular a ordem de sua exposição, dizendo: “Investigamos o princípio do direito

---

34 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 349, pp. 142, 143.

35 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 350, p. 146.

36 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 350, p. 146.

que submete um indivíduo a um determinado direito local (parág. 545)<sup>37</sup>. Vimos que no direito romano esse princípio era constituído pelo direito de cidade (origo), e subsidiariamente o domicílio no território de uma cidade determinada (parág. 350, 357). Por último, no direito atual encontramos que o domicílio é o princípio que submete um indivíduo ao império de um determinado direito (parág. 358, 359). Porém ao mesmo tempo reconhecemos que, por mais que esse princípio nos proporcionava um elemento para a solução do problema, não era suficiente para resolvê-lo. De fato, não se trata, como feito até aqui, de considerar a pessoa em sua existência abstrata; mas sob ponto de vista inteiramente novo, como centro de um vasto círculo de direitos adquiridos, como titular desses direitos e como podendo, em sua consequência, pertencer ao domínio dos direitos mais diversos (parág. 345). Desse modo, *até agora temos buscado o vínculo que une a pessoa a um lugar determinado, ao domínio do um direito especial: agora vamos empreender um trabalho semelhante sobre as relações de direito, mostrando o vínculo que as une a tal determinado lugar e ao domínio de tal especial direito*. Porém com o fim de reunir pela semelhança dos termos as duas partes dessa indagação, podemos dizer que vamos atribuir a cada classe de relações de direito um lugar ou sede determinados. Com o mesmo propósito vou reproduzir aqui uma fórmula exposta antes (parág. 348) sob um ponto de vista diferente e que resume o problema que há de resolver-se. *Buscar para cada relação de direito o domínio jurídico a que essa relação pertença por sua natureza (onde tem a sua sede)*. Essa fórmula se aplica no que tem de essencial a todas as colisões que podem suscitar-se entre os direitos locais, que pertençam ao mesmo Estado ou a Estados diferentes. A solução desse problema nos permitirá unicamente fazer na vida real uma aplicação segura e completa dos princípios; sob esse sentido pode dizer-se que até aqui temos tratado da parte teórica de nosso assunto e que vamos passar agora a sua parte prática. Nessa investigação terei a ocasião frequentemente de reproduzir certos pontos de vista gerais. Vou indicar-los aqui sumariamente com o fim de colocá-los melhor em evidência e tornar a minha tarefa mais fácil<sup>38</sup>. Esses pontos são:

1. Existe normalmente uma relação ou unidade entre a jurisdição competente e o direito local aplicável. Quanto à pessoa, a relação resulta da obediência que esta deve aos magistrados e ao direito local. Em relação às relações de direito existe também uma dupla sujeição, porém sem chegar a analogia até à identidade. Para convencer-se basta observar que há muitos casos em que existem duas jurisdições competentes, enquanto que não pode haver

---

37 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 186.

38 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, pp. 186/187.

nunca mais que um único direito local aplicável<sup>39</sup>.

2. O direito local aplicável a cada relação de direito se encontra sob a influência da vontade livre das pessoas interessadas que se submetem voluntariamente ao domínio de um direito determinado, por mais que essa influência não seja ilimitada. Essa submissão voluntária estende também sua eficácia à jurisdição competente para conhecer às diversas relações de direito.

Essa submissão apresenta, por sua vez, duas questões a resolver: sob que condições deve admitir-se, posto que frequentemente não é objeto de uma declaração expressa? Em que casos essa submissão é facultativa ou se proíbe por leis absolutas? A grande influência dessa submissão voluntária sobre o direito local aplicável tem sido, em todo o tempo, geralmente reconhecida<sup>40</sup>.

A submissão voluntária de que tratamos nos aparece algumas vezes como unilateral (quando se trata da aquisição da propriedade ou de outros direitos reais), e outras vezes como resultado do concurso de várias vontades (quando se trata de obrigações contratuais). No último caso se poderia pretender considerá-la como um contrato tácito; porém esse ponto de vista não seria inteiramente exato. Todo contrato implica uma vontade positiva da qual as partes têm clara consciência; e no caso de que se trata não pode existir semelhante vontade. Muito pelo contrário, essas se supõem em virtude de uma regra geral de direito fundada sobre uma necessidade real, e se supõem enquanto não expressa formalmente uma vontade contrária. Tal distinção entre a submissão voluntária e o contrato é evidentemente um pouco sutil<sup>41</sup>.

Posteriormente, distinguir a expressão “autonomia” do critério de submissão exemplifica com o fato de que a eleição de domicílio é voluntária e, sem embargo, a ninguém ocorreu assimilá-la como parte da autonomia da vontade.

3. Nesse ponto se refere ao trabalho que a jurisprudência e a doutrina têm desenvolvido, assim como a legislação que tem se aproximado como tendência quase natural, borrando essas linhas rigorosas que separavam os povos, anteriormente.

Quanto às diversas classes de relação, se refere às mesmas no

---

39 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 188.

40 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 188.

41 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 360, p. 189.

parágrafo 361 de seu Sistema (pp. 192 e seguintes<sup>42</sup>), menciona as diversas relações de direito, não sem antes apontar que: “Toda relação jurídica tem como centro a pessoa que é titular dela”, portanto se refere em primeiro lugar ao estado da pessoa em si mesmo referido à capacidade de direito e de fato. Junto ao redor do ponto central, a pessoa, se agrupam direitos de diversas manifestações: I. Estado das pessoas por si mesmas (capacidade jurídica, capacidade de agir); II. Direito das coisas; III. Direito das obrigações; IV. Direito de sucessão; V. Direito de família (matrimônio, pátrio poder e tutela).

Ocupa-se, logo depois de determinar a regra aplicável à colisão dos diferentes direitos locais, sobre o princípio regulador para a solução dos diversos problemas (ver parág. 360): “o direito local aplicável aos casos de colisão é o lugar em que é reconhecida a sede da relação jurídica”<sup>43</sup>, porém adverte que não se deve confundir o princípio “a sede da relação” com o “domicílio da pessoa”.

Para determinar a sede da relação jurídica e o que poderá ser objeto de eleição em cada caso, se pode considerar o domicílio da pessoa a quem concerne a relação: o lugar onde está situada a coisa que constitui o objeto da relação; o lugar do ato jurídico realizado ou por realizar e o lugar do tribunal chamado a conhecer a relação jurídica.

Esses elementos que permitem determinar a sede da relação jurídica não são os únicos, tal como o adverte dado que “as relações de direito cuja sede se busca determinar, têm uma natureza tão variada que parece muito difícil referi-las a uma regra geral e absoluta”<sup>44</sup>; sem embargo, indica algumas regras:

1. No que se refere à distinção entre estatutos pessoais, reais e mistos: os estatutos pessoais se aplicam a todas as pessoas que têm seu domicílio nos Estados do legislador, mesmo que essas pessoas compareçam perante um juiz estrangeiro; os estatutos reais se aplicam a todos os imóveis situados nos Estados do legislador, qualquer que seja o juiz chamado a decidir, tanto nacional ou estrangeiro; e por último os estatutos mistos se aplicam a todos os atos verificados no Estado do legislador, qualquer que seja o país

---

42 Nota da tradutora: a referida obra de Savigny foi traduzida para a língua portuguesa. A referência da mesma é a seguinte: SAVIGNY Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual* – Vol. VIII. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004. 416 p., em sede da Coleção clássicos do direito internacional, com prefácio do professor alemão Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg. De sorte que as páginas citadas pelo autor podem não corresponder com essa versão em língua portuguesa.

43 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 194.

44 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), p. 194.

onde a decisão deva ser ditada.

2. Por regra geral, quando existe dúvida, se julga a relação jurídica segundo a lei local do domicílio da pessoa a quem afeta a relação.

3. “Toda relação de direito, deve ser julgada segundo o lugar onde esteja o tribunal; vale dizer, conforme a lei do país a que pertence o juiz chamado a decidir. Esse princípio se aplica somente à colisão entre direitos de diferentes Estados, e não à de direitos particulares de um mesmo Estado. Porém caso se demonstra-se a verdade desse princípio, poderia também ser aplicado a essa última classe de colisões.

Da a esse princípio uma aparência de verdade a afirmação de que o legislador exerce um domínio exclusivo em seu Estado, dentro de cujos limites não está obrigado a admitir a interferência de nenhum direito estrangeiro, ou bem, expressando o mesmo pensamento de uma outra forma, que o juiz não tem outra incumbência que a de aplicar as leis de seu país.

O argumento seria decisivo se o ponto de vista dominante dos legisladores modernos fosse a manutenção zelosa de sua própria autoridade. Entretanto, semelhante sentido não se implica por si mesmo; por isso se suscita a questão de saber se a legislação de nosso país exclui absolutamente seu espírito e, por sua tendência, a aplicação de uma lei estrangeira às relações jurídicas que se encontram em contato como diferentes direitos. Veja-se o que com razão expressa sobre esse ponto um autor moderno (Wachther).

Admitimos, diz-se, que a missão do juiz é aplicar as leis de seu país; porém não deve aplicá-las para além das pessoas e dos casos para os quais foram ditadas. Logo, toda dificuldade consiste em saber se o legislador desejou que suas leis fossem aplicadas a relações de direito equívocas em si mesmas, e que dêem lugar a uma colisão de direitos locais.

Caso examine-se agora sem precauções a questão proposta, haveremos de nos convencer que o ponto de vista dominante da legislação e da prática moderna, não é de modo algum a zelosa manutenção de sua autoridade exclusiva, senão que, pelo contrário, existe uma tendência a uma comunidade verdadeira de direito; isto é, a julgar os casos de colisão segundo a natureza íntima e as necessidades de cada relação de direito, sem levar em conta os limites dos diferentes Estados e suas leis.



Se, pois, reconhecemos que a legislação e a prática moderna tendem em seu desenvolvimento a uma mútua aproximação, não podemos admitir que um juiz deva sentenciar segundo as leis de seu país sempre que se apresente a ele um caso de colisão. Semelhante regra seria um obstáculo para o acordo sobre a decisão dos casos de colisão dos diferentes Estados, tão desejável e que pode em parte realizar-se. A esse respeito, na hipótese de uma lei comum a todos os Estados sobre a colisão dos direitos locais, tal regra não poderia ser admitida.

Há aqui outra objeção grave à aplicação dessa regra. Em muitos casos de colisão os tribunais de diferentes lugares são igualmente competentes e o demandante pode eleger o que mais lhe convenha. Disso resultaria que o direito local aplicável a cada negócio dependeria não somente de circunstancias puramente acidentais, mas também da vontade arbitrária de uma das partes.

Agora bem, um princípio que produz semelhantes consequências, não pode ser aceito como verdadeiro. Para avaliar o rigor e a arbitrariedade que poderiam resultar dele, basta levar em conta o que ocorre nos países em que o *landsassiat* impera em toda a sua extensão.

Terminarei reconhecendo a parte de verdade contida na doutrina que estou combatendo, mais ainda, para que talvez possa contribuir para fazer cessar a divergência de opiniões:

a) Quando um juiz encontra resolvida por uma lei de seu país a questão de colisão, deve submeter-se a ela absolutamente, ainda que esteja em contradição com suas idéias teóricas individuais (parág. 347, 348). No entanto, a aplicação dessa regra não nos traz quase nenhum resultado, pois as regras ditadas nos casos de colisão não são, em sua maior parte, mais que a expressão de uma teoria incompleta e insuficiente.

b) O juiz não deve nunca aplicar um direito local estrangeiro quando essa aplicação excede os limites expostos acima (parág. 349) sobre a comunidade de direito entre Estados independentes.

As consequências mais importantes dessas regras serão enumeradas mais adiante (parág. 365), e então se verá que a diferença prática entre a doutrina que sustento e a que combato é uma realidade menor do que parece à primeira vista.

c) O juiz deve aplicar sempre o direito de seu país quando,

mais que da essência do direito, se trata de sua persecução ante os tribunais, compreendendo nela não somente as formas e regras de procedimento propriamente dito, mas também uma parte das regras de direito sobre as ações. Contudo, como aqui a linha de separação é frequentemente muito difícil de ser fixada, devem ser utilizadas as maiores precauções; e não perder nunca de vista a natureza verdadeira e o destino das diversas instituições de direito. Para além de uma regra que parecem pertencer ao procedimento, concernem realmente à relação mesma de direito”<sup>45</sup>.

4. “Toda relação jurídica deve ser julgada segundo o direito local do lugar em que surgiu. Desde o início essa regra é arbitrária, posto que o lugar em que surge uma relação jurídica não pode, por si só e independentemente de qualquer outra consideração, determinar o direito local aplicável; além disso, ainda que pareça referir-se à essência das coisas, é puramente formal. De fato, o lugar em que surge uma relação de direito, juridicamente falando, não nos é revelado senão através de um profundo estudo da natureza individual da relação em questão; e posta desse modo a questão sobre o lugar, longe de ajudar-nos nessa indagação, a nada mais serve que a obstáculo”<sup>46</sup>.

5. “Deve-se sempre aplicar o direito local que mantém os direitos justamente adquiridos. Essa não é uma petição de princípios; pois para reconhecer se tais direitos estão bem adquiridos, é preciso antes saber segundo que direito local devemos julgar sobre a sua aquisição”<sup>47</sup>.

## **5. O desenvolvimento teórico e justificativa da aplicação do direito estrangeiro por Savigny e sua contribuição ao direito internacional privado**

Como pudemos advertir mais acima, o ponto do qual parte Savigny é que os conflitos de leis não são em realidade conflitos entre Estados, são conflitos entre pessoas privadas, razão pela qual foca sua análise a partir do local ou “localização” objetiva das relações de direito que são estabelecidas para cada instituição e que resultem melhor adaptadas ou apropriadas para reger tal relação; dali parte para indicar que as coisas ou bens devem ser submetidos à lei de situação e que o relacionado ao estado das pessoas deve ser submetido à lei de domicílio

---

45 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 361, pp. 198/200.

46 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 361, pp. 200/201.

47 M. F. C. DE SAVIGNY (nota 27), parág. 361, pp. 200/201.

e, por exemplo, as consequências derivadas da responsabilidade pelos atos ilícitos, devem ser julgadas conforme a lei do local da prática do delito e a natureza dos atos jurídicos deve reger-se pela lei de conclusão do respectivo contrato.

A fina observação de Savigny o leva e excluir as questões de soberania porque se afasta do conceito de conflito entre Estados e busca com base a relação jurídica entre as pessoas, as fórmulas ou regras de conflito que permitam encontrar uma solução de validade ou aceitação universal; admite a aplicabilidade da lei estrangeira como um efeito natural da relação e dissocia, portanto, o que corresponde à competência jurisdicional do que implica a competência legislativa para resolver a questão ou situação jurídica; sua teoria sobre a qual se assenta a solução através de normas de conflito, não obstante o desenvolvimento ou idéia de uma solução com vocação universal, assim como a solução mais adequada ao tipo de relação, perfeitamente se pode admitir que também se constitui em antecedente das novas correntes do Direito Internacional Privado.

Tal como refere Corina Andrea Iuale: “O fundamento do Direito Internacional Privado na doutrina de Savigny, é que todos os Estados estão em igualdade de condições. As relações jurídicas não podem ser ‘apropriadas’ pelos Estados. Os Estados não podem ‘fazer-se donos’ das relações jurídicas; por isso é que é necessário estudar essas relações a fim de conhecer sua natureza e determinar qual é a lei que deve ser aplicada a elas. Por fim, diz que deve-se buscar para cada relação jurídica o domínio do direito mais conforme à natureza própria e essencial dessa relação”.

A mesma também aponta que Niboyet efetuou um resumo da escola de Savigny, segundo o qual se estabeleceram certas noções básicas: “A primeira delas é que a classificação bipartite dos estatutos em pessoais e reais deve ser abandonada, e a segunda, que quando as leis de outro país são competentes, se aplicam mas não por uma razão de cortesia, senão por uma idéia de direito. Isso é assim porque a comunidade jurídica que vincula, como uma essência comum a todos os países da Terra, proclama como postulado que as leis não têm nacionalidade; não há leis nacionais e leis estrangeiras, a lei está na relação jurídica e se impõe pela natureza da relação”<sup>48</sup>.

---

48 C. A. Iuale, em “Savigny: Fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho”. O trabalho realizado em âmbito do Mestrado em Direito Internacional Privado – UBA – para a disciplina: La cultura jusprivatista internacional: Derecho Comparado; Historia del Derecho Internacional Privado, 2007, ministrada pelo Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, tendo obtido a qualificação dez. Iuale é advogada UNLP – Professora adjunta de Direito Internacional Privado, UNS –, Mestranda no Mestrado de Direito Internacional Privado, UBA – Mestranda

## 6. O legado de Savigny

Apontamos já em algum momento que a partir de Savigny o Direito Internacional Privado poderá encontrar ou desenvolver novas correntes, porém será impossível furtar-se dos princípios ou axiomas fundamentais que deixou, em especial o de buscar aquela solução mais justa e adequada, que permita que a solução adquira reconhecimento e respeitabilidade em todo lugar em que a resolução ou sentença for invocada<sup>49</sup>.

É difícil, se não impossível, deixar de aceitar que esse é o grande objetivo do Direito Internacional Privado: alcançar que nas relações privadas com elementos de internacionalidade, sejam aplicadas aquelas normas que por serem as próprias da relação jurídica façam com que a decisão seja aceita, com igual força, fora do lugar em que se resolve a questão.

Não é de se estranhar que todas as teorias que buscam justificar o objetivo do Direito Internacional Privado se ocupem dos axiomas de Savigny, do mesmo modo é difícil encontrar referências doutrinárias que não se refiram aos mesmos. Atreveríamos-nos a dizer que ninguém poderá no âmbito dessa disciplina prescindir de ao menos analisar o expressado por tão insigne jurista. É mais, se pode perceber em várias doutrinas o desenvolvimento de suas idéias, como entendemos que se produz em outro grande jurista como é Werner Goldschmidt<sup>50</sup>.

O autor faz uma referência extraordinária<sup>51</sup> sobre o modo em que se apresenta o mundo jurídico e o modo em que deve ser apreciado, decantado e localizado o direito aplicável em presença de situações jurídicas com contatos objetivos com ordenamentos jurídicos nacionais diversos, para o que é preciso localizar o “centro de gravidade” em que se desenvolve a relação jurídica, e não esqueçamos que para Savigny a preocupação era situar a relação jurídica para localizar a norma.

No Direito Internacional Privado não se trata unicamente de

---

no Mestrado em Direito Privado, UNR –.

49 R. RUIZ DÍAZ LABRANO. *Derecho Internacional Privado. Parte General. Parte Especial. Derecho Procesal Internacional*, Assunção, Editorial La Ley Paraguaya, Thomson Reuters, 2010

50 W. GOLDSCHMIDT. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Décima edição, atualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Bs. As., Editorial Abeledo Perrot, 2009.

51 Extraída provavelmente de Gierke, segundo Siehr, que aponta semelhanças entre essa teoria e a teoria da sede da relação jurídica de Savigny, assim como com a teoria do centro de gravidade de Gierke; ver K. G. SIEHR. “Domestic Relations in Europe: European Equivalents to American Evolutions”, no 30 AJCL 37, 40-41, 1982.

localizar o ordenamento jurídico aplicável, mas sim de localizar o ponto ou confluência das forças de gravidade – ordenamentos jurídicos – a que nos conduz a relação ou situação jurídica internacionalizada, porque ela será a que responderá “adequadamente” e com justiça, para resolver o problema.

Essa percepção, ao nosso modo de ver, complementa a Savigny – teoria da sede da relação jurídica – e nos deixa um desafio, para o qual não basta encontrar uma solução; ela deve ser produto da análise rigorosa que nos conduza a esse centro de gravidade a que alude Goldschmidt, que cria toda uma escola baseada no *trialismo* do mundo jurídico.

Visto assim, não parece necessário esclarecer que a teoria da sede da relação jurídica, é na realidade o ponto em que se situam ou se localizam os elementos relevantes da situação jurídica, a qual nos permite inserir a questão no ordenamento jurídico que nos fornecerá a norma adequada.

A vigência de Savigny radica precisamente em que enquadra o objetivo central da disciplina, mas referi-lo ao centro de gravidade, ao lugar para o qual confluem os elementos objetivos da situação ou relação jurídica, gera uma obrigação prévia ao analista: comprovar os elementos de contato com os ordenamentos jurídicos, apreciá-los, valorá-los como método para indicar finalmente a lei aplicável, sempre sem perder de vista a relação jurídica.

Na apreciação da relação jurídica, não nos parece, como seguramente também entenderia Savigny, que a solução estaria na mera agrupação de elementos de contato, ou ainda na soma de todos eles. Esses métodos asseguram não perder de vista, frente à relação e sempre frente a ela, a sua vinculação com um direito ou lei determinada, mas sempre será preciso uma decantação que nos conduza à solução preconizada de encontrar algo mais que uma solução, aquela que represente um sentido de justiça.

Em definitivo, aquela solução mais adequada à relação jurídica e se essa nos conduz finalmente a aceitar que situemos a relação jurídica ou o centro de gravidade da questão já desde o ponto de vista normativo, a solução será adequada, correta e justa, o que, em definitivo, é o que outorgará o certificado de legitimidade que precisa toda sentença ou resolução judicial. Se assim for, seu cumprimento em lugar distinto terá aceitação e a força jurídica suficientes para ser aclamado como exitoso.

Tal como vimos mais acima, dito pelo autor comentado, em geral as exigências que devem cumprir e o resultado que devem refletir as sentenças e resoluções nas questões internas, devem refletir também as soluções dadas àquelas que têm elementos de internacionalidade. A complexidade própria das questões de Direito Internacional Privado exige talvez um maior rigorismo, mas as exigências, no fim, são as mesmas. Requerer-se-á, talvez, maior análise, mas a solução deve e deverá ser sempre adequada, pressuposto básico para que seja justa.

Quando refletimos pela primeira vez sobre a influência de Savigny em tantos autores, citamos deliberadamente Goldschmidt, porque percebemos que nele confluem as influências de várias correntes: a germânica, a anglo-saxônica e a romana, e porque a um jurista com ele não podia escapar que a existência e confrontação de sistemas, ou de fórmulas normativas diferentes, não deve ser obstáculo para localizar a norma adequada à relação jurídica, ou desde outra ótica, o centro de gravidade da relação que permita aplicar a norma adequada.

Consequentemente, é de se supor, como se verifica na doutrina atual, que uma das grandes preocupações é buscar a forma de convivência dos sistemas, ou a de harmonizar seus mecanismos, regras e formas e o modo de aplicação, o qual se explica ante um mundo que busca soluções urgentes para as novas preocupações que aborda o direito, sendo que a urgência pode induzir a práticas cujas consequências podem distanciar-nos de soluções justas e adequadas<sup>52</sup>.

Friedrich K. Juenger<sup>53</sup> na inevitável polêmica sobre sua vigência, ou sobre se a sua doutrina vai mais além do que o sistema clássico, afirma: “alguns escritores europeus tentam diferenciar suas idéias daquela do fundador do sistema clássico bilateral; devo confessar que nunca entendi a diferença essencial entre o ‘princípio de proximidade’ de Lagarde<sup>54</sup>, a ‘justiça conflitual’ de Kegel<sup>55</sup> e as idéias de Federico Carlos de Savigny sobre a sede de relações jurídicas. Todas essas propostas se dirigem ao mesmo ponto: a geografia vale mais do que a justiça. Ou, em outras

---

52 R. RUIZ DÍAZ LABRANO. “Ubicar el ‘Centro de Gravedad’ como objetivo para la aplicación del Derecho Internacional Privado”, publicado pela *Academia paraguaya de Derecho y Ciencias Sociales* “20 años del Código Civil. Homenaje al Prof. Ramón Silva Alonso”, Assunção, Editora Litocolor, 2009.

53 F. F. Juenger, professor da Universidade da Califórnia e de Davis, realiza uma interessante análise em “Balances y Perspectivas de la Década en Estados Unidos” em Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado, publicação do Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993. Referente à citação, veja-se a p. 36.

54 P. LAGARDE. “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, R. Des C.t. 196, 1996, p. 9.

55 G. KEGEL. *Internationales Privatrecht*, 6a. Ed. Munich, 1987, pp. 80-82, segundo citação dos autores previamente citados.

palavras: ‘a harmonia das soluções’<sup>56</sup> é mais importante que as próprias soluções, ‘*Fiat concordia et pereat mundus*’.

Não obstante tão autorizada opinião, acompanhamos assim aqueles que consideram que “o farol de Berlim segue iluminando a rota”<sup>57</sup>, e agregamos que a harmonia das soluções, necessariamente, terá que referir a elementos de conexão, que em abstrato ou em concreto, levarão a analisar e situar a relação jurídica específica e a solução adequada por meio de uma construção jurídica sobre os elementos relevantes, conectados ou de proximidade, ou por meio da lei com maior vocação para resolvê-la. Ao nosso modo de ver haverá sempre um antes e um depois de Savigny para o Direito Internacional Privado e que o passar dos anos não tem debilitado, em absoluto, essa chama que incendiou para o bem do Direito Internacional Privado.

---

<sup>56</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO. *Derecho Internacional Privado*, 2ª. Ed. Madrid, 1976.

<sup>57</sup> A. BOGGIANO. *Derecho Internacional Privado*, Vol. 1, 2ª. Edición, Buenos Aires, 1983, p. 41.



# LAS ASIMETRÍAS CONSTITUCIONALES: UN PROBLEMA SIEMPRE VIGENTE EN EL MERCOSUR

## AS ASSIMETRIAS CONSTITUCIONAIS: UM PROBLEMA SEMPRE VIGENTE NO MERCOSUL

*Sara Lidia Feldstein de Cárdenas\**  
*Luciana Beatriz Scotti\*\**

---

***Resumen:** Un problema recurrente que se presenta en el MERCOSUR y que obstaculiza su fortalecimiento en el plano jurídico – institucional son las llamadas asimetrías constitucionales que se advierten en las Cartas Magnas de los Estados parte de nuestro espacio integrado.*

*Esta situación limita, en gran medida, la aplicación uniforme tanto del derecho constitutivo como derivado del MERCOSUR por parte de los jueces nacionales, ya que según sea el Estado donde se plantea la controversia, la solución será distinta ante una ley posterior incompatible con las normas de nuestro bloque.*

*Además de la diversa jerarquía asignada a los tratados internacionales, y en especial, a los de integración, nos enfrentamos con el dispar reconocimiento del derecho derivado en las constituciones nacionales de los Estados miembros.*

*En suma, a más de veinte años de la creación del MERCOSUR, existen aún serios obstáculos para la elaboración, incorporación, puesta en vigor y eficacia de las normas MERCOSUR, ya sean éstas de derecho constitutivo o derivado. En efecto, la ausencia de aplicabilidad inmediata y efecto directo de las normas emanadas de los órganos del esquema, así como las asimetrías constitucionales en cuanto al tratamiento de las relaciones derecho interno - derecho internacional son serios impedimentos para la consolidación del proceso de integración.*

---

\* Doctora en Derecho. Prof. Titular de Derecho Internacional Privado, UBA. Directora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja.

\*\* Doctora en Derecho. Prof. Adjunta de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración UBA. Coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho. UBA). Investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja.

**Resumo:** *Um problema comum que se apresenta no MERCOSUL e que obstaculiza o seu fortalecimento no plano jurídico - institucional são as assimetrias constitucionais, presentes nas Cartas Magnas dos Estados partes do nosso espaço integrado.*

*Esta situação termina por limitar, em grande medida, a aplicação uniforme tanto do direito constitutivo quanto do direito derivado do MERCOSUL, por parte dos juízes nacionais, já que a solução da controvérsia será distinta segundo o Estado ante o qual a mesma é apresentada, ainda mais quando estamos ante uma lei posterior incompatível com as normas do nosso bloco.*

*Além da diversa hierarquia conferida aos tratados internacionais, especialmente, aos de integração, nos enfrentamos com o reconhecimento disforme do direito derivado nas constituições nacionais dos Estados membros.*

*Em suma, há mais de 20 anos da criação do MERCOSUL, existem sérios obstáculos para a elaboração, incorporação, entrada em vigência e eficácia das normas MERCOSUL, sejam estas de direito constitutivo ou derivado. Com efeito, a ausência de aplicabilidade imediata e efeito direto das normas emanadas dos órgãos do esquema, assim como as assimetrias constitucionais em quanto ao tratamento das relações entre o direito interno e o direito internacional, são sérios impedimentos para a consolidação do processo de integração.*

**Palabras clave:** *Asimetrías, Constitucionales Nacionales, MERCOSUR, Fuentes, Derecho constitutivo, Tratados de integración, Derecho derivado*

**Palavras-chave:** *Assimetrias, Constituições Nacionais, MERCOSUL, Fontes, Direito constitutivo, Tratados de integração, Direito derivado*

---

## 1. Introducción

Un problema recurrente que se presenta en el MERCOSUR y que obstaculiza su fortalecimiento en el plano jurídico – institucional son las llamadas asimetrías constitucionales que se advierten en las Cartas Magnas de los Estados parte de nuestro espacio integrado.

Esta situación limita, en gran medida, la aplicación uniforme tanto del derecho constitutivo como derivado del MERCOSUR por parte de los jueces nacionales, ya que según sea el Estado donde se plantea la controversia, la solución será distinta ante una ley posterior incompatible con las normas de nuestro bloque.

Sumado a la diversa jerarquía asignada a los tratados

internacionales, y en especial, a los de integración, nos enfrentamos con el dispar reconocimiento del derecho derivado en las constituciones nacionales de los Estados miembros.

En este sentido, coincidimos con el Primer Informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales elaborado por la Secretaría de la Organización en 2004 en cuanto destaca que:

La tarea aplicativa del derecho del MERCOSUR, principalmente por los jueces nacionales, constituye, sin lugar a dudas, la última y más importante de las fases que hacen a la vigencia práctica de la normativa regional. La eventual falta de aplicación del ordenamiento mercosureño, lo mismo que si ella ocurre de manera errónea o incompleta, limita substancialmente el éxito de las reglas de derecho que deben regular el proceso de integración, contribuyendo en ocasiones a la aparición de situaciones de inseguridad jurídica<sup>1</sup>.

Comenzaremos nuestro trabajo analizando las fuentes jurídicas del MERCOSUR.

## **2. Las fuentes jurídicas del MERCOSUR**

Cabe señalar, en primer lugar, cuáles son las fuentes normativas del MERCOSUR. Según dispone el art 41 del Protocolo de Ouro Preto, las fuentes jurídicas de nuestro espacio integrado son:

- a) El Tratado de Asunción, sus protocolos e instrumentos complementarios, tales como el Protocolo de Ouro Preto sobre la Estructura Institucional del MERCOSUR, de 1994, el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias de 1991, hoy sustituido por el Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR de 2002, el Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el MERCOSUR de 1998, la Republica de Bolivia y la Republica de Chile, el Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR de 2005, el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR, suscripto en Caracas, el 4 de julio de 2006. Estos instrumentos constituyen, sin dudas, derecho constitutivo<sup>2</sup>. Estos protocolos aprobados por el Consejo

---

<sup>1</sup> Primer Informe sobre la Aplicación del Derecho del MERCOSUR por los Tribunales Nacionales y sobre la aplicación del Derecho Nacional a través de los Mecanismos de Cooperación Jurisdiccional Internacional del MERCOSUR, Secretaría del MERCOSUR, Estudio N° 003/04, Montevideo, 15/07/2004, en <http://www.mercosur.int>.

<sup>2</sup> El Derecho constitutivo, originario o primario está integrado por aquellos tratados que constituyen el marco general que dan origen o ponen en marcha el proceso de integración.

del Mercado Común suelen tener la indicación de que “son parte integrante del Tratado de Asunción”. El carácter constitutivo de estas normas queda en evidencia, tal como advierte Moncayo, en la circunstancia de que la adhesión al Tratado de Asunción por parte de un Estado implica *ipso iure* la adhesión a cada uno de estos protocolos<sup>3</sup>.

b) Los acuerdos celebrados en el marco de ese tratado y sus protocolos<sup>4</sup>.

---

Establece los objetivos y los medios para alcanzarlos, así como los órganos del esquema y sus atribuciones. Además comprende a los tratados o acuerdos complementarios, adicionales o modificatorios de aquél. Las condiciones de vigencia de estas normas se encuentran regidas por el derecho internacional, en especial por el derecho de los tratados, de fuente consuetudinaria, como convencional (Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969). El derecho constitutivo se ubica en el vértice de la pirámide normativa de un proceso de integración.

3 Cfr. MONCAYO Guillermo R. “MERCOSUR. Orden normativo y realidad”, en C.A. Armas Barea et al (ed) *Liber Amicorum “In Memoriam” of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2000, p. 603.

4 Podemos citar a los siguientes acuerdos: a) el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo (conocido como el Protocolo de las Leñas) del 27 de Junio de 1992, en vigor desde el 17 de marzo de 1996, que constituye un hito en tanto es el primer texto de cooperación jurisdiccional que nos vincula con Brasil; b) el Acuerdo Complementario al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo de Asunción, del 19 de Junio de 1997, vigente desde el 29 de abril de 2000; c) el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativo entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, firmado en Buenos Aires, el 5 de Julio de 2002, en vigor entre Argentina, Brasil, Paraguay y Chile; d) el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual del 5 de Agosto de 1994, en vigor desde el 6 de junio de 1996; e) el Protocolo de Medidas Cautelares, firmado en Ouro Preto, el 16 de Diciembre de 1994, en vigor desde el 13 de abril de 1996; f) el Acuerdo Complementario al Protocolo de Medidas Cautelares de Montevideo, del 15 de Diciembre de 1997, no vigente; g) el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo, del 16 de Diciembre de 1996, no vigente; h) el Acuerdo sobre Jurisdicción en Materia de Contrato de Transporte Internacional de Carga entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado en Buenos Aires, en 5 de Julio de 2002, no vigente; i) el Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, firmado en San Luis, el 25 de Junio de 1996, en vigor desde el 8 de enero de 2000; j) el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile de Buenos Aires, del 18 de febrero de 2002, vigente entre Argentina, Paraguay y Chile; l) el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, firmado en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, en vigor y su Acuerdo gemelo de misma fecha, firmado entre los Estados Partes del bloque y Bolivia y Chile, no vigente; m) el Acuerdo Complementario al Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, de Brasilia, del 5 de Diciembre del 2002, no vigente; n) el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, aprobado en Río de Janeiro, el 10 de Diciembre de 1998, en vigor entre Brasil, Paraguay, Uruguay y Bolivia; o) el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados Partes del MERCOSUR de Río de Janeiro, del 10 de Diciembre de 1998, vigente entre Brasil, Paraguay y Uruguay desde el 1º de enero de 2004; p) el Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes del MERCOSUR, firmado en Florianópolis, el 15 de Diciembre del 2000, vigente entre Brasil y Paraguay; q) el Acuerdo sobre Beneficio de Litigar sin Gastos y la Asistencia Jurídica Gratuita entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, aprobado en la misma ciudad y fecha, vigente entre Brasil, Paraguay y Chile; r) Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del MERCOSUR, y el acuerdo gemelo con la República de Bolivia y la República de Chile,

c) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio. Estamos en presencia del denominado derecho derivado<sup>5</sup> del MERCOSUR, ya que todas estas normas emanan de sus órganos con capacidad decisoria.

En relación con las normas del MERCOSUR que se instrumentan a través de tratados internacionales (1 y 2), se presenta el problema respecto a la incorporación del derecho internacional a los ordenamientos internos y a su jerarquía frente a las normas de derecho interno, en especial las leyes y las propias constituciones. Cuestión que, como veremos, depende de la teoría (monista o dualista) que adopte cada Estado y del orden de prelación que le atribuyan.

Cuestión distinta, aunque no menos problemática en el nuestro espacio integrado, es el reconocimiento, validez y jerarquía del derecho derivado, es decir, de las Decisiones, Resoluciones y Directivas del MERCOSUR (3). Si bien algunas Cartas Magnas se pronuncian al respecto, es el Derecho Constitutivo el que tiene el rol de definir el carácter y vigencia de tales normas. Veamos.

### **3. Las asimetrías constitucionales y el derecho de la integración en el MERCOSUR**

Al abordar la delicada cuestión de las asimetrías constitucionales en los países miembros del MERCOSUR, nos enfrentamos con un tema de estudio del Derecho Internacional Público y del Derecho Constitucional. Nos referimos al análisis de las relaciones entre el derecho interno y el internacional. Tales relaciones entre ambos ordenamientos jurídicos, como sabemos, originan dos problemas: el primero atinente a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, es decir que nos preguntamos si el derecho internacional puede ser aplicado

---

firmados en Belo Horizonte, el 16 de diciembre de 2004, estando el primero pendiente de que los Estados comuniquen el cumplimiento del procedimiento interno de incorporación de tratados para su entrada en vigor; s) el Protocolo sobre Traslado de Personas sujetas a Regímenes Especiales complementario al Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile, hecho en Asunción, el 20 de Junio de 2005, no vigente; t) el Acuerdo entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados sobre Cooperación Regional para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en situación de vulnerabilidad, realizado en San Miguel de Tucumán, el 30 de Junio de 2008, no vigente; u) el Acuerdo sobre la Orden del Mercosur de Detención y Procedimientos de Entrega entre los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados, celebrado en Foz de Iguazú, el 16 de Diciembre de 2010, no vigente.

5 El Derecho derivado o secundario está conformado por las normas emanadas de los órganos o instituciones del esquema y por tanto no es derecho convencional. Su vigencia está determinada por las normas primarias. Se encuentra en una jerarquía inferior a la del derecho originario.

directamente en el ámbito interno o bien si requiere de una norma de fuente interna que lo integre a tal ordenamiento. Ahora bien, si suponemos que el derecho internacional se integra directamente al orden interno, surge el segundo problema que anunciábamos, que consiste en determinar la relación jerárquica de las normas internacionales con respecto al ordenamiento nacional.

Existen dos clásicas teorías opuestas que tratan de explicar la integración del derecho internacional en los distintos ordenamientos internos y las múltiples relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. La primera teoría denominada Dualista<sup>6</sup>, postula la separación del derecho internacional y de los distintos ordenamientos internos. Sostiene que son dos ordenamientos jurídicos totalmente diferentes e independientes uno del otro, incomunicados entre sí, que tienen ámbitos de validez y de acción diversos. Por ello, para que una norma internacional ingrese al ordenamiento interno necesita de un acto de transformación. Cabe adelantar que al transformarse en derecho interno, no se plantea el problema de la jerarquía de las normas.

La segunda teoría llamada Monista<sup>7</sup> sostiene que existe un solo orden jurídico universal con dos subsistemas: uno interno y otro internacional, relacionados jerárquicamente. En tanto la integración es directa e inmediata, según esta teoría el derecho internacional no requiere ningún acto de transformación para que se incorpore al ordenamiento interno.

Sólo para los sostenedores del monismo, como anunciáramos se presenta el segundo problema. En efecto, esta teoría tiene distintas variantes para tratar de solucionar los problemas de jerarquías entre las distintas normas del ordenamiento jurídico una vez integrado el derecho internacional al ordenamiento interno. Se puede hablar de un monismo con predominio del derecho interno (monismo nacionalista), en este caso si se suscitara algún conflicto prevalecería el derecho interno<sup>8</sup>. En este supuesto, no solamente una ley posterior puede derogar un tratado o bien modificarlo sino que también una ley anterior contraria a las disposiciones de un tratado ratificado con posterioridad impediría su vigencia, atento a que el tratado es considerado inferior a la ley interna. La otra variante es el monismo con primacía del derecho internacional<sup>9</sup> (monismo internacionalista) que postula exactamente

---

6 Posición defendida por el Prof. Hans Triepel en 1899 en su obra *Volkerrecht und Landesrecht*, reafirmada en 1905 por Anzilotti.

7 Sostenida por la Escuela de Viena, representada por el Prof. Hans Kelsen. Principal escuela monista.

8 Esta variante del monismo fue sostenida por la escuela soviética de derecho internacional.

9 Tal postura fue defendida por Hans Kelsen.



lo contrario a la anterior, es decir, que en caso de conflicto entre el derecho internacional y una norma de derecho interno, va a prevalecer la norma internacional. Esta segunda concepción a su vez puede ser absoluta o relativa. La primera hipótesis se configura cuando no existe ningún límite a la aplicación del derecho internacional, es decir, no existe ninguna norma de derecho interno, aún cuando sea fundamental, por encima de aquél. En definitiva, el orden jurídico internacional prevalece sobre todo el derecho interno, aún sobre la Constitución del Estado. La segunda hipótesis, en cambio, se configura cuando existe un límite a la aplicación del derecho internacional, o sea que las normas fundamentales del ordenamiento doméstico, las reglas constitucionales del Estado prevalecen frente al derecho internacional en caso de conflicto normativo<sup>10</sup>.

Finalmente nos encontramos con la denominada teoría de la coordinación, que proclama la igualdad jerárquica del tratado y la ley. En tal caso los conflictos entre tratados y leyes se resuelven por los clásicos principios: ley posterior deroga ley anterior, ley especial deroga ley general. Esta ha sido la postura sustentada por la Corte Suprema de la República Argentina en casos como “Martín y Cía Ltda. C/ Adm. Gral. de Puertos” de 1963 y “Esso S.A. Petrolera Arg. C/ Gob. Nacional” de 1968<sup>11</sup>.

Sin embargo, cabe destacar que fuera de los distintos sistemas adoptados por los ordenamientos internos, para el derecho internacional las normas internas son meros hechos y siempre es superior aquél frente al derecho interno. Por ello, la falta de adaptación del derecho interno a las normas internacionales genera responsabilidad internacional del Estado. En efecto, la supremacía del derecho internacional fue invocada en numerosas sentencias de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, como también en otros tantos laudos arbitrales. Esta posición fue receptada y codificada por la Comisión de Derecho Internacional (C.D.I.) al momento de elaborar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>12</sup>, que en su art. 27 expresa: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Ambas variantes son pasibles de críticas. Al respecto puede verse, MONCAYO Guillermo, VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. *Derecho Internacional Público*. Tomo I. Editorial Zavalía. 1997, p. 53-54.

<sup>11</sup> Se pueden ver las críticas que despierta esta variante del monismo y de los fallos mencionados en BIOCCA Stella Maris, CÁRDENAS Sara L. y BASZ Victoria. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Ed Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 50 y ss.

<sup>12</sup> Ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 20 de enero de 1980.

<sup>13</sup> Cabe destacar, sin embargo, que el art. 46 de la Convención de Viena establece una



### 3.1. El caso de Argentina

#### a) Antes de la Reforma de 1994

La Constitución Nacional de la República Argentina, antes de la reforma de 1994, no contenía ningún artículo que le otorgara en forma clara una superioridad jerárquica al tratado internacional respecto de la ley, o viceversa.

Efectuaremos un análisis detallado de los dos artículos que se referían al tema:

Artículo 27<sup>14</sup>: esta norma establece una relación jerárquica entre la Constitución y los tratados subordinando a estos últimos a los principios de derecho público establecidos en aquélla. Sin embargo, resulta dificultoso establecer qué se entiende por principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional. La Corte Suprema en autos “Nardelli, Pietro s/ Extradición”, de 1996, interpretó que los principios a los que hace referencia dicha norma “comprenden actualmente los principios consagrados en los tratados de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional”.

Artículo 31<sup>15</sup>: del artículo 31 se puede inferir que la Constitución Nacional, las leyes y los tratados se encuentran por encima del derecho local<sup>16</sup>. Es decir, existe una supremacía de todo el derecho nacional y no sólo de la Constitución Nacional.

Asimismo, del análisis de este artículo puede afirmarse que los

---

excepción al art. 27 cuando existe violación manifiesta de una norma fundamental de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados. Esta expresión ha sido objeto de interpretaciones contrapuestas. Para algunos autores es amplia y se refiere a toda norma considerada fundamental para el Estado. En cambio desde una interpretación más estricta se puede sostener que el art. 46 se refiere única y exclusivamente a normas internas fundamentales sobre el denominado *treaty making power*. En efecto esta última interpretación resulta la más compatible con la jurisprudencia internacional en la materia. Tal como expresa Barboza, “Sostener lo contrario sería desconocer el principio del artículo 27, que quedaría inoperante y vacío de contenido” Cfr. BARBOZA Julio. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Editorial Zavalía, 1999, p. 76.

14 Art. 27 C.N.: “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta constitución”.

15 Art. 31 C.N.: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

16 Se entiende por derecho local: El derecho provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

tratados internacionales son fuente autónoma, es decir, que los mismos no requerirían un acto de transformación para ser incorporados al ordenamiento interno, con lo cual podemos afirmar que nuestra Constitución Nacional se enrola dentro de la teoría monista. En nuestro ordenamiento jurídico interno el Poder Ejecutivo firma los tratados, que luego el Poder Legislativo deberá aprobar mediante una ley y luego, nuevamente, el Poder Ejecutivo lo ratificará. Este procedimiento en el cual intervienen ambos poderes del Estado ha sido denominado por la doctrina, “acto federal complejo”.

Cabe destacar que este acto de aprobar el tratado por una ley no tiene el efecto de transformarlo en norma interna, porque no se votan los artículos del acuerdo internacional sino que simplemente se habilita, se autoriza al Poder Ejecutivo para que lo ratifique, para que se obligue internacionalmente en los términos del tratado<sup>17</sup>. Como podemos observar ninguno de los pasos que se siguen dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno para la incorporación del derecho internacional a nuestro ordenamiento importa un acto de transformación. En consecuencia, nunca podría interpretarse que nuestro sistema adhiere a la tesis dualista.

Bajo la vigencia de estas normas constitucionales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la jerarquía de los tratados internacionales. Entre los fallos más paradigmáticos, cabe recordar:

Caso “*Chantraín, Alfonso*”<sup>18</sup> de 1947. La Corte afirmó en aquella oportunidad que una resolución de la Séptima Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz y el Acta Final de Chapultepec no podían válidamente oponerse a la prohibición constitucional que tiene el poder ejecutivo de mantener detenido a un extranjero sometido a juicio y de expulsarlo sin oírlo. La Corte fundó su sentencia en el artículo 31 de la Constitución Nacional que según la Corte aseguraba la primacía de ésta sobre toda otra norma sea del orden nacional o internacional.

Caso “*Merck Química Argentina c/ Gobierno Nacional*”<sup>19</sup> de 1948. La Corte sostuvo que los poderes de guerra del Presidente:

son forzosamente anteriores y, llegado el caso, aun mismo superiores

---

17 VANOSI Jorge y DALLA VIA Alberto. *Régimen Constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

18 Fallos 208:84.

19 Fallos 211:162.

a la propia constitución....Que en cuanto a la República Argentina y en un aspecto de generalización de principios, el orden interno se regula normalmente por las disposiciones constitucionales que ha adoptado y por tanto, manteniéndose en estado de paz, ningún tratado podría serle opuesto si no estuviere “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27). Es decir, pues que en tanto se trate de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría “dualista”; pero cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia - eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27- la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados...

Este fallo convalidó una confiscación de bienes<sup>20</sup>, el retiro de personería y ulterior liquidación de la empresa Merck SA, según la Corte Suprema, por una supuesta exigencia internacional. Además, el superior tribunal sostiene, tal como transcribimos, que la Argentina en tiempos de paz se encuentra dentro de los postulados de la Teoría Dualista, lo cual la doctrina mayoritaria juzgó equivocado pues en todo caso la aplicación prioritaria de la Constitución Nacional sobre los tratados sería una adhesión a la teoría monista con primacía del derecho interno, ya que no existe ningún acto de transformación de la norma internacional para su incorporación al ordenamiento interno. De esta forma corroboramos que no se configuran los elementos necesarios para sostener que la Argentina se enrola dentro de la postura dualista, con lo cual se puede concluir que el pronunciamiento confundió los postulados de ambas teorías.

Caso “*Martín y Cia. Ltda. S.A. c/ Administración General de Puertos*” de 1963. En este fallo nuestra Corte Suprema recepta la jurisprudencia y doctrina norteamericana que sostiene que las leyes y los tratados se encuentran en un pie de igualdad y que en caso de conflicto deben aplicarse los principios generales del derecho según los cuales ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general. Por ende en este fallo la Corte adhiere a los postulados de la teoría de la coordinación, según la cual ni la ley ni el tratado tienen prioridad jerárquica. Bidart Campos expresó su opinión adversa al expresar sobre el contenido del fallo: “un tratado contrario a la ley anterior la deroga o modifica, y ... una ley posterior opuesta a un tratado anterior

---

<sup>20</sup> La confiscación de bienes se encuentra expresamente prohibida por nuestra Constitución Nacional. Ver artículo 17 de la Constitución Nacional.

debe considerarse inconstitucional<sup>21</sup>. Si se procediera de esta forma la Argentina podría incurrir en responsabilidad internacional por el incumplimiento de un tratado internacional.

Caso “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, de 1992. En este trascendente fallo la Corte cambió su doctrina efectuando un giro de ciento ochenta grados. En este pronunciamiento la Corte reconoció que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Para esto utilizó dos fundamentos: uno, de Derecho interno Constitucional y otro, de Derecho Internacional. En lo que concierne al primero de los fundamentos, sostuvo:

La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso, violenta la distribución de competencias impuesta por la misma (C.N.) porque mediante una ley se podría derogar el acto federal complejo de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo... sobre atribuciones del Poder Ejecutivo... que es quien conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores...

Por otra parte, el fundamento de derecho internacional fue esgrimido para sustentar su cambio de doctrina con respecto a la jerarquía de los tratados en relación al artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados según el cual ningún Estado podrá invocar su derecho interno para incumplir una norma internacional. Pero la Corte, sin embargo, comete un error porque esta norma ya existía y tenía por fuente a la costumbre internacional, de la cual Argentina era partícipe. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados solo la recepta, la codifica. Por otra parte cabe destacar que nuestro máximo tribunal en este fallo sostiene que los tratados internacionales son superiores a todo el ordenamiento interno. Parecería, entonces que la Corte se acercó a los postulados de la teoría monista con predominio del derecho internacional en su variante absoluta.

Caso “*Fibraca*”, de 1994. La Corte Suprema de Justicia de la Nación por unanimidad manifestó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>22</sup> es un tratado internacional que en su art. 27 dispone:

---

21 BIDART CAMPOS Germán. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ediar. 1966.

22 Es errada, en rigor de verdad, la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En efecto, se encuentra en juego un tratado pero no resulta aplicable tal convención por sí misma puesto que ella se aplica a aquellos tratados celebrados por escrito y entre Estados. El Acuerdo de Sede, en cambio, fue celebrado por la Argentina y una organización internacional, como es la Comisión Técnica Mixta. Este ente binacional fue creado por acuerdo de la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, pero es un sujeto de derecho internacional independiente de estos Estados. Por ello, la Convención de Viena sólo podría ser aplicada en tanto recepta la costumbre internacional en la materia. Pero la fuente de derecho que regularía el Acuerdo de Sede sería, entonces, esta última y no

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Al respecto, la Corte Suprema expresa: “La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma contraria”. (El destacado nos pertenece). La conclusión precedente resulta, según el criterio de la Corte Suprema, la más acorde a las actuales exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos.

El tribunal esclareció que la jerarquía superior de los tratados con respecto a las leyes se extendía a todos los tratados, y no solamente a los de Derechos Humanos. En efecto este es uno de los puntos que no había quedado demasiado claro en aquel precedente, puesto que el mismo se refería en particular a un tratado de derechos humanos como es el Pacto de San José de Costa Rica, lo cual había suscitado divergencias en la doctrina especializada. La segunda novedad consiste en la aclaración de que los tratados internacionales tienen jerarquía superior al ordenamiento interno una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales<sup>23</sup>, es decir, esclarece y acota la doctrina sentada en “Ekmekdjian c/ Sofovich”. La Corte adhiere, entonces, a los postulados de la Teoría monista con primacía del derecho internacional moderada. Este es el criterio, que quedó plasmado en la posterior reforma constitucional del año 1994.

Caso “*Cafés La Virginia*”, de 1994. El Tribunal Supremo en su voto mayoritario estableció que el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y, si bien puede dictar una norma que contradiga un tratado o que dificulte su cumplimiento, ese acto comportaría una transgresión al principio de la jerarquía de las normas (art. 31 de la C.N.); por ende, sería un acto constitucionalmente inválido. Así, el Máximo Tribunal concluyó:

...el legislador no puede delegar una facultad que no tiene, desde el punto de vista de la legitimidad de una delegación siempre está

---

la Convención citada.

Por ende el artículo 27 de la Convención de Viena, no resultaría directamente aplicable sino que la Corte debería haber invocado la costumbre internacional que era obligatoria mucho antes de la entrada en vigor de aquella que sólo se encargó de codificarla. En este sentido la Corte reitera la resistencia a fundar la obligatoriedad del cumplimiento de las normas internacionales, en la costumbre internacional, tal como quedó de manifiesto en Ekmekdjian c/ Sofovich.

<sup>23</sup> Ver considerando 3° del fallo.

presente -lo diga la norma delegante en forma expresa o no- esa directiva de que ni una ley ni otra norma de rango inferior puede violar un tratado internacional... es un principio implícito que todas las facultades que delega el legislador deberán ejercerse “respetando los convenios internacionales vigentes”. (conf. considerando 10° segundo y tercer párrafo y considerando 11° primer párrafo).

El Estado argentino debe velar por la no violación de un tratado internacional, y ello surge sin lugar a dudas del citado fallo, ya que:

...la obligación de respetar los convenios internacionales vigentes es una directiva implícitamente contenida en toda delegación legal en atención a la obligación que pesa sobre el órgano legislativo -y sobre todo órgano del Estado argentino- de evitar la transgresión de un tratado internacional” (ver considerando 17° segundo párrafo).

La importancia de este fallo radica en que el tratado que había sido contrariado por la puesta en vigencia de una ley posterior era un acuerdo de alcance parcial entre Argentina y Brasil, celebrado en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)<sup>24</sup>.

#### b) La Constitución Nacional de 1994

La reforma de 1994 introdujo varias innovaciones trascendentes en lo que concierne a la relación entre derecho interno y derecho internacional, aún cuando, los artículos 27 y 31 de la Carta Magna no han sido modificados, atentos a la limitación impuesta por la ley declarativa de necesidad de reforma que impedía la modificación de la primera parte de la Constitución.

En primer lugar, la reforma en el art. 75 inc. 22 CN<sup>25</sup>, primera

---

<sup>24</sup> Se puede encontrar un análisis pormenorizado de los fallos Martín y cía c. AGP; Ekmekdjian c/ Sofovich, Fibraca y Cafés La Virginia en: FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara y colaboradores. *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. ISBN 987-03-0336-6, ps. 37- 47. 583 páginas, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, primera edición: 2004. Última edición: diciembre 2011.

<sup>25</sup> Artículo 75. “Corresponde al Congreso: ...inc. 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la

parte, consagró la superioridad de los tratados internacionales y de los concordatos celebrados con la Santa Sede frente a las leyes. Es decir que los tratados en general tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional (art. 27 CN). Seguidamente, jerarquizó, dándoles el mismo rango de la Constitución a once instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>26</sup>, que son “constitucionalizados”<sup>27</sup>, pero no incorporados a la Constitución Nacional. En efecto, prestigiosa doctrina ha señalado que tales instrumentos no son incorporados al texto de la Carta Magna, sino que “valen” como ella<sup>28</sup>, se encuentran en pie de igualdad, conforman junto con la Constitución Nacional el denominado “bloque de constitucionalidad”<sup>29</sup>.

Además faculta al Congreso para que jerarquice a otros tratados sobre derechos humanos, siempre que luego de aprobados, le otorgue tal jerarquía constitucional con las dos terceras (2/3) partes de la totalidad de sus miembros. Nuestro Poder Legislativo Nacional ha ejercido dicha facultad en dos oportunidades hasta la fecha: por Ley 24.820 concedió jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>30</sup> y por Ley 25.778, a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>31</sup>.

---

primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

26 Debemos referirnos a instrumentos y no a tratados pues en la enumeración del art. 75 inc. 22 se incluyen dos declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En cambio la posibilidad otorgada al Congreso de “constitucionalizar” otros instrumentos queda reservada, si nos atenemos a la letra de la norma, a los tratados internacionales.

27 Tomamos esta expresión de MONCAYO Guillermo R. “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema,” en Abregú, Martín, Courtis, Christian, (compiladores), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

28 Cfr. BARBOZA Julio. *Derecho Internacional Público*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1999, p. 78.

29 Esta expresión ha sido acuñada en nuestro país por el Prof. Dr. Germán Bidart Campos. Tal denominación fue utilizada por primera vez en una sentencia del Consejo Constitucional de Francia en 1970 para referirse al bloque integrado por la Constitución, la Declaración de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales de las leyes de la República.

30 Aprobada durante la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556.

31 Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584.



Sin embargo, estos instrumentos de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”<sup>32</sup>.

Pero la expresión que mayores debates y controversias ha originado es la que se refiere a que los instrumentos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”<sup>33</sup>.

Asimismo, la Constitución reformada otorga jerarquía supralegal a los tratados de integración y al derecho derivado siempre que se cumplan las condiciones prescriptas en el art. 75 inc. 24 CN<sup>34</sup>.

---

32 Esta frase indica que se debe considerar la efectiva vigencia del tratado en el ámbito internacional, como así también las reservas y las declaraciones interpretativas realizadas, que en tanto declaraciones unilaterales tienen por fin privar o modificar los efectos de ciertas disposiciones. Asimismo, deben considerarse las aceptaciones expresas o tácitas de los otros Estados como también sus objeciones. Además la Corte Suprema en el caso “Giroidi” de 1995, ha dicho que esta expresión también debe entenderse como comprensiva de la jurisprudencia internacional de los tribunales internacionales competentes para la aplicación e interpretación del tratado. En nuestro caso, es la jurisprudencia en materia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En relación a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte no es unívoca. Si bien en “Bramajo” dijo que servían de guía interpretativa, ello fue moderado en casos posteriores como “Acosta” y “Felicetti”.

33 En relación a la no derogación, en efecto se han sustentado diversas posturas. Para algunos, esta frase implica que los tratados de derechos humanos están subordinados a la primera parte de la Constitución. En cambio, para la posición que ha sustentado la Corte Suprema en “Monges c/ U.B.A.” y “Chocobar”, ambos de 1996, esta frase debe entenderse como un juicio asertivo de comprobación, de verificación de que de hecho no existía ninguna incompatibilidad normativa. Este juicio del constituyente no puede ser cuestionado ni modificado por los poderes constituidos. En lo que concierne a la complementariedad, ésta ha sido entendida para algunos en el sentido que implica una subordinación o subsidiariedad de los instrumentos de derechos humanos enumerados respecto de la Constitución. Sin embargo si se acude al significado del término “complementariedad”, se aprecia que ello no significa subordinación, sino que por el contrario, importa el enriquecimiento de las normas constitucionales. Para estudiar en mas detalle el criterio de “complementariedad”, véase entre otros MONCAYO Guillermo, op.cit, BIDART CAMPOS Germán, *El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos*, en ABREGÚ Martín, COURTIS Christian, (comp). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª edición, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998; GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. *El Derecho Internacional en la Constitución Nacional*, en BIDART CAMPOS Germán J., SANDLER Héctor R (coord). *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Ed Depalma, 1995.

34 Art. 75: “Corresponde al Congreso... inc. 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

Cabe destacar que esta disposición consagró a nivel constitucional la doctrina sentada por la Corte Suprema en el fallo “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)” del 12 de octubre de 1994<sup>35</sup>, en el cual nuestro más alto tribunal de justicia reconoció, tal como vimos, jerarquía supralegal a un acuerdo celebrado entre la Argentina y Brasil, en el marco de la ALADI sobre normas nacionales que imponían gravámenes a la importación.

En efecto, la reforma constitucional ha dado un paso muy importante al reconocer ciertos rasgos propios del derecho de la integración, en particular, la jerarquía superior de los tratados de integración respecto de las leyes internas; la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales y la jerarquía superior del derecho derivado respecto de las leyes<sup>36</sup>.

Sin embargo, la Constitución argentina subordina la facultad del Congreso para aprobar estos tratados con Estados Latinoamericanos a las siguientes condiciones: 1) que se observen condiciones de igualdad y reciprocidad; 2) que se respete el orden democrático; 3) que se respeten los derechos humanos; y 4) que se aprueben por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Por su parte, la aprobación de los tratados de integración con Estados que no son latinoamericanos está sujeta, además de a las condiciones enumeradas en 1), 2) y 3), a: 4) que la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de su aprobación y 5) que la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara lo apruebe dentro de los ciento veinte días posteriores al acto declarativo.

Cabe preguntarnos, a esta altura, si las normas que emanan de los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, gozan de jerarquía superior a las leyes, dado que ello es reconocido por nuestra Constitución para aquellas reglas jurídicas aprobadas por organizaciones supraestatales, a las cuales se le deleguen competencias. Este no es el caso de MERCOSUR, que es un organismo típicamente intergubernamental.

Por otro lado, en materia jurisprudencial, además del mencionado caso “Cafés La Virginia”, cabe recordar las palabras de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación:

es también voluntad de legislador insertar a la Argentina en un

---

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

35 “Cafés La Virginia”, CSJN, 10 de octubre de 1994, en *Fallos* 317:1282.

36 Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara y BASZ Victoria. “El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional” en *La Ley* 1995-E, 1133.

régimen de integración regional, en una decisión que acompaña la realidad política, económica y social de nuestro tiempo ... Es ésta una clara definición de política legislativa, que el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica<sup>37</sup>.

Finalmente, cabe precisar que la Ley 24.080 del 10 de junio de 1992 exige que los hechos y actos referidos a tratados internacionales en que sea parte la República Argentina sean publicados dentro de los 15 días hábiles posteriores a cada hecho o acto. El art. 2 dispone que los tratados o convenciones que “establezcan obligaciones para las personas físicas o jurídicas que no sea el Estado nacional son obligatorias sólo después de su publicación en el Boletín Oficial, observándose al respecto lo prescrito en el art. 2 del Código Civil.”

### c) Jurisprudencia reciente

Con posterioridad a la vigencia de la Constitución Nacional en su versión reformada en 1994, se han suscitado diversos casos en los que se debatió la jerarquía de tratados internacionales de integración, en particular, el Tratado de Asunción de 1991.

Así, en el caso “*Sancor Cul (TF 18476-a) c/ DGA*”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, del 14 de septiembre 2006, afirmó que:

Resulta incontrastable que, luego de la Reforma Constitucional de 1994, es evidente que los Tratados poseen jerarquía superior a las leyes, y lo que ellos establezcan, no puede ser violado por normas internas... Siendo que el Tratado de Asunción constituye un acuerdo de integración económica, jurídica y política, de alcance parcial en el marco de la ALADI, adecuado al GATT y encuadrado por las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, como así también que, conforme las obligaciones que crea, se lo denomina “tratado - ley”, en razón de que imparte normas jurídicas generales con poder de vigencia indefinida, los derechos y las obligaciones en él contenidas, son jurídicamente obligatorias para los Estados Partes desde su entrada en vigencia.

Por su parte en la Causa N° 15.799/2004, “*Sancor Cooperativa Unidas Ltda.. (TF 18095 - A) c/DGA*” del 26 de marzo de 2008, el mismo tribunal consideró, en relación concretamente al Tratado de Asunción,

---

<sup>37</sup> “Cocchia, J. D., c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo”, CSJN, 2 de diciembre de 1993, en *Fallos* 316:2624.

que:

los derechos y las obligaciones en él contenidas, son jurídicamente obligatorios para los Estados Partes desde su entrada en vigencia. Que, resulta pertinente mencionar dos características que presenta el Tratado de Asunción -en lo que a esta causa resulta trascendente-, como ser la de un acuerdo marco y programático.

En cuanto a estos dos puntos se refiere, cabe señalar que respecto a la calificación de marco, debe establecerse que, si bien la parte sustancial del Tratado resulta así, debe distinguirse que en sus Anexos -parte integrante del mismo- se acuerdan políticas específicas y operativas que ponen en jaque tal consideración. Respecto a la nota de programático, debe resaltarse que la norma supra-legal establece un programa a cumplir a través de sus disposiciones.

En el caso, la cuestión a resolver consiste en determinar si la resolución 11/02 resulta inconstitucional por violación a una norma supra-legal suscripta por el Estado Nacional; a tales efectos, se deberá establecer si un Tratado que no contiene expresamente la forma concreta de eliminación de derechos de exportación entre los países suscriptores, o dicho de otro modo, si un acuerdo (de rango superior a una ley) que no es operativo (en su totalidad) puede ser violado por una norma de carácter interno y unilateral por parte de un Estado, que contradiga, impida o dificulte lograr el objetivo (programa) buscado por aquél.

El tribunal declaró la inconstitucionalidad de la mentada norma por los siguientes motivos:

a) Como se desprende de lo resuelto por la C.S.J.N., no puede tolerarse constitucionalmente que se puede modificar un tratado por una ley y si así lo hiciera, ese acto violaría el principio de la jerarquía de las normas (art.31 de la C.N.) y por ende, sería inconstitucional. A mayor abundamiento, y conforme lo apuntado en el considerando V del presente, el más alto Tribunal destacó en numerosos precedentes que no se puede invocar normas de derecho interno que afecten las disposiciones de un tratado internacional, puesto que los tratados están situados en jerarquía superior a las leyes (conf. C.S.J.N. in re: “Ejmekdjian c/Sofovich” sentencia del 7/7/92; “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” del 7/7/93; “Girolidi Horacio D.” del 7/4/95 entre otros).

b) Establecer derechos de exportación en los términos de la

resolución 11/02, viola de forma directa lo establecido en el Preámbulo, artículo 1° Y 5° del Tratado de Asunción, ya que produce exactamente lo contrario a lo que la norma supralegal dispone. En este sentido, conforme lo establecido por el Máximo Tribunal, el ordenamiento jurídico interno no puede contradecir, dificultar u omitir la implementación del Tratado de Asunción.

c) La circunstancia de que se trate de un supuesto Tratado llamado “marco”, se ve claramente atenuada por el hecho de que, parte de sus disposiciones poseen normas operativas que establecen un régimen específico de desgravaciones (en este sentido ver el A.C.E. N° 18).

d) El fundamento de que la falta de compromiso expreso en cuanto a los derechos de exportación implica la posibilidad de establecerlos por argentina (esbozado por el Tribunal Fiscal) resulta claramente objetable, toda vez que, como advierte con agudeza la actora, de seguir tal lógica, el Tratado de Asunción debería expresamente incluir las miles de posiciones arancelarias existentes para que aquel se cumpla.

e) La resolución 11/02, no solo viola el Tratado de Asunción, sino que hace lo propio respecto a la Convención de Viena Sobre los Derechos de los Tratados, principalmente en cuanto a los artículos 26 y 27, los que prescriben que deben cumplirse de buena fe y que, un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

A su turno, en la Causa N° 18.551/2008, “*Muresco SA c/ EN -DGA-Resol. 1013/A|1015/08 Y 1078/08 (EX 13289- VRS/07) s/ Dirección General de Aduanas*”, del 30 de junio de 2010, y en la Causa N° 21050-08, “*Whirlpool Argentina S.A. (TF 24128-A) c/DGA*”, del 7 de julio del mismo año, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que el art. 1 del Tratado de Asunción es una norma programática, ya que requiere otra norma (sea ley en sentido formal, tratado o acuerdo de alcance parcial) que reglamente su ejercicio. Asimismo, se señaló que el art. 31 de la Convención de Viena establece que en la interpretación de los tratados internacionales se debe tener en cuenta la práctica seguida por las partes en su aplicación pues constituye la “prueba objetiva del acuerdo entre las partes en cuanto al sentido del tratado” y que, sobre el particular, la práctica en la materia muestra que el art. 1 del Tratado de Asunción, en cuanto establece la libre circulación

de bienes y servicios, está sujeta a la reglamentación de los acuerdos de alcance parcial, en los que se estatuye cómo se interpretarán y aplicarán las normas aduaneras contenidas en los tratados internacionales y las pertenecientes a cada ordenamiento interno.

Asimismo, expresó:

Para la Argentina estos tratados gozan de supremacía sobre el resto del ordenamiento jurídico, aunque no sobre la Constitución Nacional. No se cumplen hasta el momento las condiciones de reciprocidad e igualdad exigidas por el art 75, inc. 24 de la CN ya que no todas las constituciones de los Estados miembros aseguran, de manera clara y suficiente, la misma jerarquía de los tratados de integración tal como lo hace la Constitución Argentina (conf. Cassagne, Juan C., (dir.), Derecho Administrativo (homenaje a Miguel Marienhoff) Buenos Aires, 1998, LexisNexis nro. 1701/001026). En el Estado actual del MERCOSUR puede concluirse que la Decisión 21/2002 forma parte del derecho comunitario derivado, pero para tener carácter supranacional obligatorio debe ser adoptada por la legislación interna, por la falta de configuración de las condiciones previstas por el art. 75 inc. 24 de la Constitución Nacional.

En el Expte. N° 19.020/2011, “*Dow Química Argentina SA (TF 28020-A) c/DGA*” del 16 de febrero de 2012, la Sala V de la misma Cámara expuso que:

Cabe observar que no es materia de debate si el Tratado de Asunción tiene jerarquía supralegal, pues tal cuestión tiene una respuesta clara en el artículo 75 inciso 22 CN. Del mismo modo, idéntica jerarquía poseen las normas de derecho derivado, dictadas por los órganos del referido tratado (art. 75 inc. 24 CN). En cambio, en autos debe determinarse la inteligencia de algunas de sus cláusulas, en tanto se alega que ciertas normas de derecho interno (específicamente la Resolución N° 11/2002 del Ministerio de Economía) contradicen obligaciones asumidas por el Estado argentino en virtud de ese tratado.

Al respecto, manifestó que:

En el caso, la mera invocación del objeto y fin del Tratado de Asunción (conforme surgen de su Preámbulo y de su Capítulo I) no puede suplir la ausencia de una norma que específicamente prohíba a los Estados Parte el establecimiento de los derechos de exportación.

Aún cuando pueda argüirse que es conveniente la supresión de los derechos de exportación para el desarrollo del proceso de integración, en el sub lite se trata de establecer si ellos son incompatibles con el propósito perseguido por el Tratado de Asunción, teniendo para ello en cuenta el actual desarrollo del derecho comunitario del Mercosur. De otro modo, se estaría imponiendo unilateralmente, por acción de los tribunales internos, obligaciones que aún no han sido asumidas por los demás Estados Partes.

En mérito a las consideraciones que anteceden, el Tribunal declaró improcedente la invocación del Tratado de Asunción a fin de invalidar las normas que establecen derechos de exportación de mercaderías hacia otros países del Mercosur.

En el Expte. N° 30.591/2011, “*Champion IB SA (TF 28432-A) c/ DGA*”, del 1 de marzo de 2012, el mismo tribunal de alzada se expidió en similar inteligencia.

Según podemos apreciar, si bien nuestros tribunales reconocen uniformemente la jerarquía superior de los tratados de integración frente a las leyes internas, no siempre se terminan aplicando sus normas porque en algunas sentencias se ha interpretado que no son operativas y que no crean obligaciones jurídicas concretas para los Estados partes.

### **3.2. El caso de Brasil**

La Constitución de Brasil, si bien, según su art. 4° (segunda parte, párrafo único) “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, no admite en ninguno de sus artículos la posibilidad de transferir algunas competencias a organismos supranacionales. Tampoco contiene normas que especifiquen las relaciones entre derecho interno y derecho internacional.

Al Presidente de la República incumbe celebrar los actos internacionales (art. 84, VIII de la Constitución Federal), mientras que el Congreso tiene la calificación exclusiva para resolver, definitivamente, sobre los mismos (art. 49, I). La incorporación en el acervo normativo interno exige, además, la promulgación, que es el acto que determina la publicidad de la norma, mediante decreto del Poder Ejecutivo.

En consecuencia, la jurisprudencia ha manifestado que, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, una ley



posterior puede impedir la eficacia interna de un tratado ya que:

los tratados y convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan en el sistema jurídico brasileño en los mismos planos de validez, eficacia, y autoridad de las leyes ordinarias; por consiguiente, entre éstas y los actos del derecho internacional público hay una mera relación de paridad normativa<sup>38</sup>.

De esta equiparación, quedan exceptuadas las leyes tributarias brasileñas ya que según el art. 98 del Código Tributario Nacional, los tratados en esta materia prevalecen sobre aquéllas.

Además, según mencionamos, la República Federativa de Brasil adscribe a la doctrina dualista y por tanto exige la promulgación del tratado internacional por el Presidente para considerarlo incorporado al ordenamiento interno.

En efecto, la jurisprudencia brasileña rechaza la aplicabilidad inmediata de los tratados. Por el contrario,

“depende, para su ulterior ejecución en el plano interno, de una sucesión causal y ordenada de actos revestidos de carácter político-jurídico así definidos: a) aprobación por el Congreso Nacional, mediante decreto legislativo, de tales convenciones; b) ratificación de los actos internacionales por el jefe del Estado, mediante depósito del correspondiente instrumento; c) promulgación de tales acuerdos o tratados por el Presidente de la República, mediante decreto, en orden a viabilizar la producción de los siguientes efectos básicos, esenciales para su vigencia doméstica: 1) publicación oficial del texto del tratado; 2) ejecutoriedad del acto de Derecho Internacional Público, que pasa entonces - y solamente entonces - a vincular y a obligar en el plano del Derecho positivo interno”<sup>39</sup>.

Y con especial referencia al MERCOSUR, el Tribunal Supremo Federal de Brasil ha dicho que “la recepción de los acuerdos celebrados por Brasil en el ámbito del MERCOSUR está sujeta a la misma disciplina constitucional que rige el proceso de incorporación en el orden positivo interno brasileño de los tratados y convenciones internacionales en

---

38 Ver entre otras: Sentencia del Tribunal Federal brasileño del 1 de julio de 1977, en *Revista do Tribunal de Justiça*, vol. 83, 1978, p. 809; del mismo tribunal, sentencias del 28 de noviembre de 1999, en *Diário da Justiça* del 30 de mayo de 1997, y del 4 de septiembre de 1997, en *Informativo (STF)* N° 82, septiembre de 1997. Disponibles también en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

39 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo Federal brasileño del 17 de junio de 1998, en *Diário da Justiça* del 10 de agosto de 2000, p. 6. Disponible también en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

general<sup>40</sup>.

A este respecto, es dable recordar una ya célebre sentencia dictada por el Superior Tribunal del Brasil en autos ST Federal, Brasil, mayo 4-1998. -Carta Rogatoria N° 8279-4 República Argentina, respecto a un exhorto librado por un juez argentino para que se cumplimente una medida precautoria de embargo en Brasil<sup>41</sup>.

En ese caso, el presidente del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), ministro Celso de Mello, devolvió sin cumplir una petición de la Justicia Federal Argentina, que solicitaba el embargo de mercaderías e interdicción del buque Santos Dumont, anclado en el puerto de Belem. La solicitud tenía como objetivo dar garantías al pago de deudas tomadas en Buenos Aires.

El pedido al STF se realizó basado en el Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur. El protocolo fue firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, durante la VII Reunión del Mercosur, realizada en Ouro Preto, Minas Gerais, en diciembre de 1994. El Congreso brasileño lo aprobó en 1995 y lo ratificó en 1997.

Los argumentos utilizados, fueron, en lo principal, los siguientes:

a) Para que un tratado internacional pueda ser incorporado al ordenamiento jurídico brasileño se requiere tanto su aprobación legislativa como su promulgación ejecutiva. Por tanto, la ratificación no basta por sí sola para promover la automática incorporación del tratado al sistema de derecho positivo interno, pues se impone la coalición de las voluntades autónomas del Congreso Nacional y del Presidente de la República, cuyas deliberaciones individuales no se revelan suficientes para, aisladamente, generar la integración del texto convencional al orden interno.

b) El Protocolo de Medidas Cautelares, aprobado por el Consejo del Mercado Común (MERCOSUR), no se encuentra formalmente incorporado al sistema de derecho positivo interno brasileño pues, si bien está ratificado, todavía no fue promulgado por el Presidente de la República a través de un decreto.

c) Las cartas rogatorias que requieren la realización de diligencias

---

<sup>40</sup> Cfr. Sentencia del 17 de junio de 1998, en *Diario da Justiça* del 10 de agosto de 2000, p. 6. Disponible también en [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>41</sup> Puede ampliarse en: FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L. "La insoportable levedad del ser", en *Libro de ponencias*, Primer encuentro de la abogacía del MERCOSUR celebrado entre el 4 y el 7 de noviembre de 1998. Publicación del Colegio de Abogados de San Isidro.

de carácter ejecutorio son insusceptibles de cumplimiento en territorio brasileño si las sentencias extranjeras que le sirven de fundamento no han sido homologadas por la justicia local.

d) El carácter ejecutorio de una rogatoria no reside en la naturaleza de la demanda que le da origen, sino en la finalidad de la misma, traducida en la realización de actos de constricción judicial inherentes a la ejecución forzada.

La sentencia expresa:

Se torna irrecusable admitir, por lo tanto, que el Protocolo de Medidas Cautelares celebrado en el ámbito del Mercosur todavía no se encuentre formalmente incorporado al sistema de derecho positivo interno de Brasil, razón por la cual él no puede ser invocado, en el plan doméstico, como fundamento de concesión del exequátur, en tema de cartas rogatorias con efecto ejecutorio.

La eventual procedencia de los actos internacionales sobre las normas infraconstitucionales de derecho interno solamente ocurrirá -presente el contexto de eventual situación de antinomia con el ordenamiento doméstico-, no en virtud de una inexistente primacía jerárquica, pero, siempre, enfrente de la aplicación del criterio cronológico (*lex posterior derogat priori*) o, cuando sea aplicable, el criterio de la especialidad (RTJ 70/333 - RTJ 100/1030 - RT 554/434).

Juan Vicente Sola, comentando dicha sentencia sostiene que el art. 102 de la Constitución de Brasil establece la competencia originaria y exclusiva del Supremo Tribunal Federal para dar el exequátur a cartas rogatorias de jueces extranjeros, esta función puede y ha sido delegada por el tribunal a su Presidente. Es en ejercicio de esta competencia que el Ministro Presidente Celso de Mello toma la decisión sobre la no vigencia del Protocolo de Medidas Cautelares. El motivo dado es que por adoptar el Brasil el sistema dualista en las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional es necesaria en todos los casos una norma de incorporación del tratado al derecho interno, que no existía en este caso<sup>42</sup>.

Cabe señalar que la forma de “incorporación” de la norma internacional o integrativa al ordenamiento brasileño asume la forma de un decreto legislativo, pero promulgado por el Ejecutivo (decreto presidencial).

---

42 Cfr. SOLA Juan Vicente. “La Nulidad de un Tratado del Mercosur en el Derecho Brasileño”, en *Diario La Ley* del 11 de agosto de 1998, p. 4 y ss.

En cuanto a las normas de derecho derivado, la internalización se realiza en Brasil a través de diferentes modalidades de actos administrativos según el caso. Las “portarías” (nombre dado a los actos administrativos expedidos por los Ministros o Secretarios de Estado y demás autoridades ministeriales), se emplean en muchos casos para incorporar normas vinculadas al régimen fitosanitario o para los reglamentos técnicos. La norma MERCOSUR también puede ser incorporada por una instrucción normativa, acto expedido por la Secretaría de Hacienda (perteneciente al Ministerio de Hacienda), o por las resoluciones aprobadas por órganos de administración de carácter colegiado<sup>43</sup>.

Frente a este panorama poco alentador que nos revela el sistema constitucional brasileño, sin embargo, debemos señalar que se han producido algunos avances en el último tiempo.

En efecto, la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se ha iniciado en Brasil con la enmienda 45 del año 2004, incorporando al art. 5 el siguiente inciso 3º: “...*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...*”.

Asimismo, recientemente, Brasil ha incorporado a su ordenamiento el texto de la Convención de Viena del 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados. Con ello, este significativo tratado se encuentra en vigor en los Estados parte del MERCOSUR.

### **3.3. El caso de Paraguay<sup>44</sup>**

En consonancia con la constitución argentina, la norma fundamental de Paraguay de 1992 reconoce la suprallegalidad de los tratados internacionales:

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados,

---

43 Cfr. MATA DIZ Jamile Bergamaschine. “El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea”, en *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 227 - 260, 2005.

44 Cabe señalar que, a la fecha (agosto de 2012), Paraguay se encuentra suspendido. En efecto, Argentina, Brasil y Uruguay decidieron “suspender a la República del Paraguay del derecho a participar en los órganos del MERCOSUR y de las deliberaciones, en los términos del artículo 5º del Protocolo de Ushuaia... La suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7º del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la parte afectada. Los Cancilleres mantendrán consultas regulares al respecto.” Mendoza, 29 de junio 2012.

convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional *en el orden de prelación enunciado...*" (art. 137: De la Supremacía de la Constitución) (el destacado nos pertenece).

En forma concordante el art. 141 (De los Tratados Internacionales) dispone:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, aprobados por ley del Congreso, y cuyos instrumentos de ratificación fueran canjeados o depositados, forman parte del ordenamiento legal interno con la jerarquía que determina el Artículo 137.

Y en especial en materia de integración, el art. 145 prescribe:

Del orden jurídico supranacional. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán ser adoptadas por la mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso.

Tal como podemos apreciar, la Constitución vigente del Paraguay de 1992 tiene normas análogas a la Constitución argentina de 1994, salvo en cuanto no contiene ninguna disposición que reconozca preeminencia sobre la legislación interna, a las normas dictadas por organismos supranacionales o supraestatales.

### **3.4. El caso de Uruguay**

La Constitución de Uruguay de 1997 no determina la jerarquía entre derecho interno e internacional ni contiene disposiciones que expresamente habiliten la transferencia de competencias estadales a organismos surpanacionales. Tan solo establece, a través de una cláusula eminentemente programática, en el art. 6 que:

..La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

Por su parte, la jurisprudencia uruguaya reconoce igual rango a tratados y leyes y por tanto, concede prioridad a leyes posteriores

nacionales, ya que “cabe compartir la tesis de que la ley ulterior al tratado, inconciliable con éste, supone su derogación”<sup>45</sup>.

Los postulados de una reciente sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay del 16 de diciembre de 2011, N° 4765 – “XX c/Ministerio de Economía y Finanzas y Otro - Cobro de Pesos - Casación y Excepción de Inconstitucionalidad Art. 585 de la Ley No. 17.296” van en plena sintonía con esta postura, que no se ha modificado, siquiera jurisprudencialmente, desde la vigencia de la constitución uruguaya.

En dicho fallo, el máximo tribunal uruguayo expresó que la Constitución no contiene una solución expresa respecto a la jerarquía de los tratados en general, y en particular los referidos a la integración, sin perjuicio del caso especial de los tratados cuya materia sea la de los derechos humanos que cuentan con un trato especial conforme al art. 72 de la Carta. Tampoco contiene, la Carta referencia alguna a un eventual ordenamiento jurídico derivado de uno supranacional (Derecho Comunitario o normas dictadas en consecuencia de los tratados de integración). En consecuencia, la Constitución no permite el acceso de la República a soluciones de supranacionalidad que impliquen traspaso de competencias a órganos supraestatales, cuando dichas atribuciones estén asignadas por la Carta a órganos constitucionales.

En definitiva, la Corte concluyó que siendo la Ley N° 17.296 posterior a la ratificación del Tratado de Asunción (Ley N° 16.196) y del Protocolo de Ouro Preto (Ley N° 16.172), estos han quedado derogados en lo que -supuestamente- la contravienen por su propio texto y por esa circunstancia, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder al país en el orden internacional por violación de las normas ratificadas.

Cabe señalar, finalmente, que el texto constitucional uruguayo en su artículo 72 dispone que: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la constitución no excluye los otros que sean inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.” En consecuencia, un sector importante de la doctrina interpreta que los tratados internacionales que reconocen estos derechos y garantías tendrían igual rango que la Constitución.

### **3.5. El caso de Venezuela<sup>46</sup>**

---

<sup>45</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Uruguay del 20 de junio de 1990, en *Justicia Uruguaya*, vol. 102, 1991-1, p. 109. También disponible en [www.impo.com.uy](http://www.impo.com.uy).

<sup>46</sup> Tras la suspensión de Paraguay, en la Cumbre de Mendoza, el 29 de junio de 2012 fue

El Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en vigor, alude a la integración regional cuando define la naturaleza y justificación del Estado en estos términos:

...con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que (...) promueva la cooperación pacífica entre las naciones e *impulse y consolide la integración latinoamericana* de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional, el desarme nuclear, el equilibrio ecológico y los bienes jurídicos ambientales como patrimonio común e irrenunciable de la humanidad... (El destacado nos pertenece).

A su turno, prescribe en su artículo 153 que:

La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región (...) Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna<sup>47</sup>.

---

aprobada por los Estados Partes la “Declaración sobre la Incorporación de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR”. Venezuela depositó su instrumento de ratificación al Protocolo de Adhesión al MERCOSUR el 13 de julio de 2012. Finalmente, por Decisión N° 27/12, el Consejo Mercado Común decidió que: “A partir del 12 de agosto de 2012, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el MERCOSUR, de acuerdo al artículo 2° del Tratado de Asunción y en los términos del Protocolo de Adhesión.” Brasilia, 30 de julio de 2012.

<sup>47</sup> El artículo 153 se complementa con las siguientes normas constitucionales:

Artículo 154: “Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional.”

Artículo 217: “La oportunidad en que deba ser promulgada la ley aprobatoria de un tratado, de un acuerdo o de un convenio internacional, quedará a la discreción del Ejecutivo nacional, de acuerdo con los usos internacionales y la conveniencia de la República.”

Artículo 236: “Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República:



El texto de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 explica que, en procura de crear una Comunidad de Naciones, “se permite la suscripción y ratificación de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, en el marco de procesos de integración que tengan carácter supranacional”.

En cambio, la norma constitucional anterior se limitaba a proclamar, de modo meramente programático, que: “La República favorecerá la integración económica latinoamericana. A este fin procurará coordinar recursos y esfuerzos para fomentar el desarrollo económico y aumentar el bienestar y seguridad comunes” (Constitución venezolana de 1961, artículo 108).

Del artículo 153 destacan tres consecuencias fundamentales para los procesos de integración en los que sea parte Venezuela:

i) Se admite en el orden constitucional interno, la posibilidad de que Venezuela participe en procesos de integración que contemplen la creación de órganos supranacionales, y la atribución a éstos, del ejercicio de competencias cuya titularidad es atribuida por el propio Texto Constitucional a los órganos nacionales del Poder Público; ii) Se acoge con rango constitucional, el principio de aplicación directa del Derecho comunitario, lo cual quiere decir que las normas dictadas por la organización supranacional (Derecho comunitario derivado), previa atribución al efecto, tienen incidencia directa e inmediata en la esfera jurídica de los Estados parte y en la de sus ciudadanos, sin perjuicio de que el propio ordenamiento comunitario establezca la necesaria intervención de los órganos nacionales, a los efectos de su ejecución o de su desarrollo interno; y, iii) Se recibe, también con jerarquía constitucional, el principio de aplicación preferente del Derecho comunitario, según el cual, en caso de conflicto entre una norma del Derecho interno y otra del Derecho comunitario, la norma interna queda desplazada por la comunitaria, que se aplica preferentemente, siempre que la competencia para dictarla esté atribuida a la organización supranacional<sup>48</sup>.

Por último, cabe señalar que el artículo 23 de la Constitución de 1999, de manera explícita, dota de jerarquía o rango constitucional a los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos:

---

(...) 4º. Dirigir las relaciones exteriores de la República y celebrar y ratificar los tratados, convenios o acuerdos internacionales.”

48 Cfr. ANTELA GARRIDO Ricardo. “Los acuerdos internacionales de integración frente al principio de supremacía constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*, Ediciones FUNEDA, Caracas, Venezuela, 2010.

Los tratados, pactos y convenciones internacionales relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

#### **4. Incorporación del Derecho Derivado a la normativa interna de los Estados Parte<sup>49</sup>**

Tal como hemos podido advertir, las únicas Constituciones que mencionan la jerarquía de las normas de derecho derivado de un proceso de integración son la de la República Argentina y la de la República de Venezuela. Las otras cartas magnas no hacen alusión alguna.

Sin embargo, según anticipamos, la aplicación del artículo 75 inc. 24 de nuestra Constitución no resulta pertinente en el caso de las Decisiones, Resoluciones y Directivas del MERCOSUR, en tanto no constituye un organismo de integración supraestatal, sino meramente intergubernamental. En similar situación se encuentra el artículo 153 de la Constitución venezolana.

Por ende, tenemos que recurrir a las disposiciones sobre el alcance y vigencia de tales normas contenidas en el Derecho Constitutivo de nuestro bloque.

En este sentido, el Protocolo de Ouro Preto (art. 42 POP) establece que las normas del MERCOSUR una vez aprobadas, cuando sea necesario, deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, siendo vinculantes para los Estados Miembros. No obstante, no establece plazos perentorios para tal incorporación y la misma se lleva a cabo de acuerdo al procedimiento establecido por cada país<sup>50</sup>. En

---

<sup>49</sup> En este apartado nos referiremos, salvo mención expresa, a las normas de derecho derivado del MERCOSUR, es decir, aquellas, emanadas por sus órganos. En tanto el derecho constitutivo, conformado por instrumentos internacionales, bajo la forma de tratados, celebrados entre los Estados partes en el marco del Tratado de Asunción, se rige para su entrada en vigor por las disposiciones pertinentes del Derecho de los Tratados. De todos modos, cabe señalar una particularidad del complejo sistema de fuentes del MERCOSUR. Un número importante de Decisiones del CMC contienen como anexo tratados internacionales. Estos instrumentos son fuente autónoma de derecho internacional y están sometidos a sus propias cláusulas de vigencia, y, en su caso, a las prescripciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Sin embargo, como parte integrante de la Decisión, es decir derecho derivado del esquema, están, a su vez, sujetos al procedimiento de incorporación y vigencia simultánea del art. 40 POP.

<sup>50</sup> Los trámites o procedimientos internos para la incorporación de las normas MERCOSUR pueden diferir entre los Estados miembros, ya que depende de la distribución

consecuencia la falta de incorporación en alguno de los Estados partes, conlleva un clima de inseguridad jurídica y falta de efectividad puesto que en estas circunstancias los operadores económicos quedan sujetos a diversas reglas según el Estado en cuestión haya o no internalizado las normas del MERCOSUR. A ello se suma una interpretación divergente en cuanto al procedimiento de vigencia simultánea (art. 40 POP), que exige que los cuatro países hayan incorporado una norma MERCOSUR antes de entrar en vigor.

Cabe recordar que el procedimiento de vigencia simultánea se lleva a cabo a través de los siguientes pasos: 1) la incorporación por cada país a su derecho interno y la comunicación de ese hecho a la Secretaría MERCOSUR, 2) la notificación de ello por parte de la Secretaría a todos los países y 3) la vigencia simultánea a los 30 días de la notificación de la Secretaría.

En efecto, y aún cuando, tal como nos recuerda Pallarés, incorporar al derecho interno las normas derivadas de los órganos del MERCOSUR de manera oportuna y eficaz es un deber jurídico de los Estados miembros en virtud de la obligación de cumplir un tratado de buena fe (principio de derecho consuetudinario y art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969)<sup>51</sup>, en la experiencia vivida desde la conformación del MERCOSUR, se vislumbra un alto porcentaje de reglas no incorporadas a los ordenamientos jurídicos internos.

En estas condiciones, las normas MERCOSUR no incorporadas sólo obligarían a los Gobiernos, en virtud del carácter intergubernamental de sus órganos, no así a los particulares, pues tal como podemos apreciar las reglas de nuestro espacio integrado no gozan ni de aplicabilidad inmediata<sup>52</sup> ni de efecto directo<sup>53</sup>.

---

de competencias de los poderes y organismos de cada uno de ellos. Es así como una misma norma MERCOSUR en un país puede requerir el dictado de una ley, en otro, de un decreto o bien de una disposición o resolución ministerial. Asimismo queda librado a cada Estado la determinación del órgano competente que deberá cumplir con la obligación de internalizar la norma. En este sentido, el acta de la XI Reunión del CMC de Fortaleza, 16 y 17 de diciembre de 1996, dispone que "... Teniendo en cuenta que los referidos procedimientos de internalización de las normas no son los mismos en los cuatro Estados partes, cada país deberá, en el plano nacional, adoptar los mecanismos que consideren pertinentes."

51 Cfr. PALLARÉS Beatriz. "El derecho frente a la integración latinoamericana", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* N° 12, Diario Jurídico el Dial: [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Ed Albremática, fecha de publicación: 29 de julio de 2005, p. 8.

52 La aplicabilidad inmediata implica la incorporación automática de las normas comunitarias a los ordenamientos internos estatales sin necesidad de ningún acto de recepción, incorporación o transposición a tal fin. La entrada en vigencia se produce según las previsiones del propio sistema comunitario (publicación en el diario oficial de las Comunidades Europeas).

53 El efecto directo hace referencia a la posibilidad de regular la actividad de los particulares

Sin embargo, durante la vida institucional del MERCOSUR, se han producido una serie de avances significativos en materia de incorporación de normas. Entre ellos merecen ser señalados:

- La Resolución N° 08/93 del Grupo Mercado Común encomendó a la Secretaría Administrativa que efectúe un relevamiento trimestral de la puesta en vigencia y aplicación de las Decisiones del CMC y de las Resoluciones del GMC, en el orden interno de los Estados partes.

- La Resolución N° 20/93 dispuso que en toda ley, decreto, reglamento, o acto jurídico de naturaleza similar de los gobiernos centrales, estaduales, provinciales, departamentales, municipales, empresas del Estado, etc. de cada Estado parte, en que se haga referencia a normas técnicas, se considerará la Norma MERCOSUR correspondiente, como equivalente a las normas referidas.

- A su turno, la Resolución N° 91/93 estableció que las Decisiones del CMC y las Resoluciones del GMC incluirán una disposición en la que se identifique con respecto a cada Estado parte, las autoridades competentes encargadas de adoptar las normas o medidas necesarias para asegurar su implementación; y la modalidad de la norma o medida que debe adoptar la repartición indicada, y cuando sea pertinente, la fecha de entrada en vigor.

- Por Resolución N° 22/98, el Grupo Mercado Común resolvió instar a los Estados partes a realizar los máximos esfuerzos para la incorporación de las normativa MERCOSUR no incorporada al ordenamiento nacional por razones de carácter administrativo; y solicitar a la Comisión Parlamentaria Conjunta que arbitre los medios para que los Poderes Legislativos Nacionales den consideración prioritaria a los distintos proyectos en trámite parlamentario de normativa MERCOSUR

---

directamente, implica que el derecho comunitario confiere derechos e impone obligaciones a los ciudadanos, a los Estados Miembros y a las instituciones, y que aquéllos pueden exigir su cumplimiento y observancia ante los tribunales internos, sin necesidad de incorporación previa a los derechos nacionales. Este principio fue sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la causa "Van Gend & Loos" (Asunto 26/62) en los siguientes términos: "(...) que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico (...) cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho Comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados Miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos(...) que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones". En sentido similar el tribunal de Luxemburgo en el caso "Simmenthal" (Asunto 106/77) afirmó que "las normas de derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y a lo largo de todo su periodo de validez".

aprobada, que requiere incorporación por vía legislativa.

- En la Resolución N° 23/98 se estableció que las normas que requieren sólo decisiones administrativas nacionales para su internalización, deben incluir un plazo expreso para completar tal proceso y cuando fuera posible, se deben identificar las agencias nacionales involucradas y los pasos necesarios.

- Por Decisión N° 03/99, el Consejo del Mercado Común decidió solicitar a la entonces Comisión Parlamentaria Conjunta que, por su intermedio, sean efectuadas todas las gestiones necesarias junto con los Poderes Legislativos de los Estados partes, a fin de acelerar los procedimientos internos necesarios para la incorporación de normativa MERCOSUR que requiera aprobación legislativa.

- Asimismo, la Decisión N° 23/00 dispuso la obligación de los Estados partes de notificar a la Secretaría Administrativa del MERCOSUR, la incorporación de las normas del mismo a sus ordenamientos jurídicos nacionales, y estableció las normas que no necesitarían incorporación: las que traten asuntos vinculados al funcionamiento interno del MERCOSUR, y cuando el contenido de la norma MERCOSUR ya estuviera contemplado en términos idénticos en la legislación nacional<sup>54</sup>. Además brinda precisiones respecto a los plazos para incorporar y los procedimientos a seguir en tanto en su art. 7 expresa que:

En los casos en que las Decisiones, Resoluciones y Directivas incluyan una fecha o plazo para su incorporación, esas cláusulas revisten carácter obligatorio para los Estados partes y deben ser incorporadas en las fechas o plazos establecidos, a efectos de poder cumplirse con el procedimiento de vigencia simultánea determinado por el Art. 40 del Protocolo de Ouro Preto.

- La Decisión 20/02 del 6 de diciembre de 2002 dispuso la realización de consultas internas en los países miembros de todo proyecto de norma MERCOSUR, con el objetivo de confirmar su conveniencia técnica y jurídica y establecer los procedimientos y el

---

<sup>54</sup> Cabe señalar que para un sector de la doctrina cuando el art. 42 POP condiciona el deber de incorporación de los actos del MERCOSUR a “cuando sea necesario”, es dable sostener la incorporación inmediata de dichos actos en los ordenamientos internos de los Estados miembros si sus respectivos sistemas constitucionales lo permiten, como es el caso de Argentina, Paraguay y Uruguay. Cfr. PALLARÉS Beatriz. “La incorporación de las normas MERCOSUR a los derechos internos y la seguridad jurídica”, en CIURO CALDANI Miguel Ángel, LATUCCA Ada y RUIZ DÍAZ LABRANO Roberto (coords). *Economía globalizada y MERCOSUR*, Ed. Ciudad Argentina, 1998, p. 63 y ss.

plazo necesarios para su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos (art. 1). Es decir, crea una suerte de “cuarentena” en la que ingresan los proyectos de normas MERCOSUR hasta que estén dadas las condiciones que aseguren su incorporación a los derechos internos<sup>55</sup>. Además estableció la obligación de incorporar las normas emanadas de los órganos decisorios del esquema en su texto integral para lograr uniformidad. E insta a los Estados partes a procurar la centralización en un único órgano interno del procesamiento de los trámites necesarios para la incorporación por vía administrativa y a solicitar la colaboración de la Comisión Parlamentaria Conjunta (hoy Parlamento MERCOSUR) del cuando la incorporación deba realizarse por la vía legislativa.

- A través del Acuerdo Interinstitucional entre el Consejo del Mercado Común y la Comisión Parlamentaria Conjunta (hoy Parlamento MERCOSUR) suscripto en octubre de 2003, el CMC se comprometió a consultar a la CPC en todas aquellas materias que requieran aprobación legislativa para su incorporación a los ordenamientos internos de los Estados partes. Mientras tanto, la CPC asumió la responsabilidad de impulsar la labor de internalización de la normativa MERCOSUR, en especial, de aquella cuya adopción por el CMC sea el resultado de un consenso con la propia CPC.

- La Decisión del Consejo Mercado Común N° 22/04 del 7 de julio de 2004 dispuso que a los efectos de la vigencia y aplicación por los Estados partes de las Normas MERCOSUR que no requieran aprobación legislativa, se adoptará un procedimiento teniendo en cuenta ciertos lineamientos que constan en su anexo con arreglo al respectivo ordenamiento jurídico interno<sup>56</sup>. Y los Estados asumen la obligación

---

<sup>55</sup> Cfr PENA Celina y ROZEMBERG Ricardo. “MERCOSUR: ¿Una experiencia de desarrollo institucional sustentable?”, Documento presentado en la Segunda Conferencia Anual de la Red de Estudios Europa - América Latina sobre Integración y Comercio, Florencia, 29 y 30 de octubre de 2004. Disponible en [www.focal.ca/pdf/mercosur\\_s.pdf](http://www.focal.ca/pdf/mercosur_s.pdf)

<sup>56</sup> Según el Anexo de LINEAMIENTOS PARA EL PROCEDIMIENTO DE ENTRADA EN VIGOR DE LAS NORMAS MERCOSUR QUE NO REQUIEREN TRATAMIENTO LEGISLATIVO, ese procedimiento deberá prever la realización de las consultas internas y los análisis de consistencia jurídica establecidos en la Decisión CMC 20/02, con anterioridad a la adopción de las Normas MERCOSUR. Asimismo, dispone que una vez aprobadas por los órganos del MERCOSUR y recibida por el Ministerio de Relaciones Exteriores la copia certificada por la Secretaría del MERCOSUR, las Normas MERCOSUR deberán publicarse, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado Parte, en los respectivos diarios oficiales cuarenta (40) días antes de la fecha prevista en ellas para su entrada en vigencia. La publicación de las Normas MERCOSUR en los diarios oficiales implicará la incorporación de la norma al orden jurídico nacional, conforme al Artículo 40 del Protocolo de Ouro Preto. A los efectos de la publicidad de las Normas MERCOSUR cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para crear una sección o título especial en su respectivo diario oficial.

Finalmente establece que las Normas MERCOSUR comprendidas en dicho procedimiento dejarán sin efecto, a partir de su entrada en vigencia, a las normas nacionales de igual o menor jerarquía que se les opongan, de conformidad con los procedimientos internos de cada Estado Parte.



de iniciar o complementar la implementación de tal procedimiento en un plazo de noventa días. Además se estipula que a partir de la fecha en que sea adoptado tal procedimiento, todas las normas MERCOSUR, deberán incluir la fecha de su entrada en vigor.

- El artículo 4 inc. 12 del Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR dispone que con el fin de acelerar los procedimientos internos correspondientes de entrada en vigor de las normas en los Estados Parte, el Parlamento elabora dictámenes sobre todos los proyectos de normas del MERCOSUR que requieran aprobación legislativa en uno o varios Estados Parte, en un plazo de noventa días (90) de efectuada la consulta. Dichos proyectos deberán ser enviados al Parlamento por el órgano decisorio del MERCOSUR, antes de su aprobación. Si el proyecto de norma del MERCOSUR es aprobado por el órgano decisorio, de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento, la norma deberá ser remitida por cada Poder Ejecutivo nacional al Parlamento del respectivo Estado Parte, dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días, contados a partir de dicha aprobación. En caso que la norma aprobada no estuviera en conformidad con el dictamen del Parlamento, o si éste no se hubiere expedido en el plazo mencionado, la misma seguirá su trámite ordinario de incorporación. Asimismo, los Parlamentos nacionales, según los procedimientos internos correspondientes, deberán adoptar las medidas necesarias para la instrumentación o creación de un procedimiento preferencial para la consideración de las normas del MERCOSUR que hayan sido adoptadas de conformidad con los términos del dictamen del Parlamento. El plazo máximo de duración del procedimiento previsto, será de hasta ciento ochenta (180) días corridos, contados a partir del ingreso de la norma al respectivo Parlamento nacional. Si dentro del plazo de ese procedimiento preferencial el Parlamento del Estado Parte rechaza la norma, ésta deberá ser reenviada al Poder Ejecutivo para que la presente a la reconsideración del órgano correspondiente del MERCOSUR.

## **5. A modo de colofón**

A más de veinte años de la creación del MERCOSUR, existen aún serios obstáculos para la elaboración, incorporación, puesta en vigor y eficacia de las normas MERCOSUR, ya sean éstas de derecho constitutivo o derivado. En efecto, la ausencia de aplicabilidad inmediata y efecto directo de las normas emanadas de los órganos del esquema, así como las asimetrías constitucionales en cuanto al tratamiento de las relaciones derecho interno - derecho internacional son serios impedimentos para la consolidación del proceso de integración.



Evidentemente, es necesario conciliar los intereses de los Estados partes, en cuanto a la relación derecho interno - derecho internacional, a fin de limar las asimetrías constitucionales, teniendo en cuenta que para profundizar el proceso de integración es imprescindible cierta delegación de competencias.

Asimismo, la revisión y perfeccionamiento de la estructura institucional en general y del mecanismo de incorporación de normas en particular es una tarea urgente que deben enfrentar seriamente los Estados Miembros, si su verdadera voluntad política aboga por el fortalecimiento del esquema. En tal sentido, es de toda necesidad, la adopción de un mecanismo ágil de incorporación de normas MERCOSUR.

Finalmente, nuevos aires soplan en los países del sur, por ello habrá que convenir que entre otras falencias aquí evidenciadas, resulta esencial que una vez en vigor, la normativa del bloque sea invocada y aplicada por nuestros jueces nacionales para que realmente el MERCOSUR y por ende el Derecho del MERCOSUR, sea una realidad tangible para los habitantes y ciudadanos de nuestro espacio integrado.

## **Referencias bibliográficas**

ALTERINI Atilio A. (1995) “La supremacía jurídica del MERCOSUR”, en *Revista La Ley (Buenos Aires)*, del 15/12/1995 y en LL 1995-E, 848.

ALTERINI Atilio A. (dir) (1994) *El sistema jurídico en el MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

ANTELA GARRIDO Ricardo (2010) “Los acuerdos internacionales de integración frente al principio de supremacía constitucional”, en *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo. Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Caracas: Ediciones FUNEDA.

ARNAUD Vicente G. (1996) *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los Procesos de integración regional*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.

BARBOZA Julio (1999) *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Editorial Zavalía.

BARREIRA Enrique (2008) “Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del MERCOSUR”, en LEITA, Francisco y NEGRO, Sandra C. (coord), *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley,

p. 39 a 48.

BARROSO Fernando (1995) “La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en *Revista El Derecho* del 10 de julio de 1995.

BASALDÚA Ricardo X. (1997) “En torno al derecho de la integración”, en *Revista de Estudios Aduaneros* (10), p. 89.

BASALDÚA Ricardo X. (1999) *MERCOSUR y Derecho de la integración*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

BERMÚDEZ ABREU Yoselyn y NÚÑEZ Rosa Virginia (2008) “El proceso de integración venezolano: perspectiva constitucional, teórica e histórica”, en *Aldea Mundo - Revista sobre Fronteras e Integración*, 12(24), pp. 17-24.

BIDART CAMPOS Germán J. (1995) *Los tratados de integración: derecho comunitario versus derecho interno: primacía o no de la Constitución*. Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

BIDART CAMPOS German (1998) “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución y los derechos humanos”, en ABREGÚ Martín, COURTIS Christian (comp) *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª ed. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto.

BIDART CAMPOS German (1998) *Manual de Constitución Reformada. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

BIOCCA, CÁRDENAS y BASZ (1997) *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Universidad.

BIOCCA Stella Maris (2001) *Claves político-jurídicas para la integración latinoamericana*. Buenos Aires: Ed. Zavalía.

CASSAGNE Juan Carlos “El mercado común del sur, problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación”, en *ED* 145-875.

CIENFUEGOS MATEOS Manuel (2001) “La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del MERCOSUR”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (3), [online] disponible <[www.reei.org](http://www.reei.org)> [consultado en agosto de 2004].

CIURO CALDANI Miguel Ángel (coord) (1996) *Del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

CUETO RUA Julio César (1993), “Un paso adelante en el desarrollo de la justicia arbitral en la Argentina, comentario al fallo “Fibraca”, *JA IV*, 472.

CZAR de ZALDUENDO Susana (2008) “Panorama actual del MERCOSUR: ¿meseta o pendiente abajo?”, en LEITA Francisco y NEGRO Sandra C. (coord) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, ps.13 a 26.

CZAR de ZALDUENDO Susana (2003) “La institucionalización en los acuerdos regionales: el caso del MERCOSUR”, en BASEVI Giorgio, DONATO Vicente y O’CONNELL Arturo, (comp.) *Efectos reales de la integración regional en la Unión Europea y el MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. de la Universidad de Bologna, p. 109.

CZAR de ZALDUENDO Susana (1998) *Las instituciones, las normas y la solución de controversias en los procesos de integración regional*, ponencia presentada ante el 2º Congreso de Economía, 21 al 23 de abril de 1998.

DALLA VIA Alberto R. “*El Mercosur, la integración, el derecho y la Constitución*”, en *ED* 145-959;

DREYZIN de KLOR Adriana y FERNÁNDEZ ARROYO Diego (2005) “Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos. El caso del MERCOSUR”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial* [online] disponible <[www.eldial.com](http://www.eldial.com)> [consultado en abril de 2005].

DREYZIN de KLOR Adriana (1996) “Hacia el ordenamiento jurídico del MERCOSUR”, en *Revista La Ley*, 15 de junio de 1996.

DREYZIN de KLOR Adriana (1996) “Las fuentes jurídicas del MERCOSUR”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (11).

EKMEKDJIAN Miguel Ángel (1996) *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

EKMEKDJIAN Miguel (1999) *Manual de la Constitución Argentina*.

Buenos Aires: Ed. Depalma.

ESTRELLA FARIA José Ângelo (1993) *O Mercosul: Princípios, finalidade e alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Ministério de Relações Exteriores.

FARINELLA Favio (1999) “Mercosur: en dirección opuesta (Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal - Brasil)”, en *Microjuris*, 1-ene-1999, Cita: MJ-DOC-924-AR | MJD924.

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara Lidia (2006) “El MERCOSUR: una mirada al futuro”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (18), *Diario Jurídico elDial* [online] disponible <www.eldial.com> [consultado en mayo de 2006].

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara y colaboradores, *Derecho Internacional Privado y de la Integración*. ISBN 987-03-0336-6, ps. 37- 47. 583 páginas, Colección de Análisis Jurisprudencial, Ed. La Ley, Buenos Aires, primera edición: 2004. Última edición: diciembre 2011

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L. y SCOTTI Luciana B. (2005) “Armonización legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (16), *Diario Jurídico elDial* [online] disponible <www.eldial.com> [consultado en diciembre de 2006].

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara y BASZ Victoria (1995) “El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional”, en *La Ley* 1995-E, 1127.

FERNÁNDEZ ARROYO Diego (coord) (2003) *El derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Zavalía.

FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos (2000) “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, *Iberoamérica ante los procesos de integración*. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE, pp. 151-192.

GIL DOMÍNGUEZ Andrés (1997) *En busca de una interpretación constitucional. Nuevos enfoques sobre la reforma de 1994*. Editorial Ediar.

GROS ESPIELL Héctor (1991) “El Tratado de Asunción y algunas

cuestiones jurídicas que plantea” en *Revista de Informação Legislativa*, Julio-septiembre, pp. 203 y ss.

GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1995) “El Derecho Internacional en la Constitución Nacional”, en BIDART CAMPOS Germán J., SANDLER Héctor R. (coord) *Estudios sobre la reforma constitucional de 1994*. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Ed Depalma.

GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1999) “Jerarquía normativa y derecho de la integración” en *La Ley: Suplemento de Derecho Constitucional*, 22 de octubre de 1999.

HALPERÍN Marcelo (1994) “Acerca de las fuentes del MERCOSUR”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (4), p. 444.

KLEIN VIEIRA Luciane y GOMES CHIAPPINI Carolina “Análise do Sistema de Aplicação da normas emanadas dos Órgãos do Mercosul nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados partes”, en *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, Programa Derecho Internacional [online] disponible <[www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar)>.

LEITA Francisco y NEGRO Sandra C. (coord) (2008) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA, La Ley.

MATA DIZ Jamile Bergamaschine (2005) “El Sistema de Internalización de normas en el Mercosur: la supranacionalidad plena y la vigencia simultánea”, en *Revista Ius et Praxis*, 11 (2): 227 - 260.

MIDÓN Mario (1997) “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del MERCOSUR”, en *LL* 1997-B, 1049.

MIDÓN Mario (1998) *Derecho de la Integración*. Santa Fe: Ed. Rubinzal Culzoni.

MONCAYO Guillermo R. (2000) “MERCOSUR. Orden normativo y realidad”, en ARMAS BAREA C. A., et al (ed) *Liber Amicorum “In Memoriam” of Judge José María Ruda*. Países Bajos: Kluwer Law International, p. 595.

MONCAYO Guillermo R. (1998) “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en ABREGÚ Martín, COURTIS Christian, (comp) *La aplicación de los tratados de derechos*

*humanos por los tribunales locales*, 2ª ed. Buenos Aires : Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Editores del Puerto.

MONCAYO Guillermo, VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1997) *Derecho Internacional Publico, Tomo I*. Editorial Zavalía.

OLIVAR JIMENEZ Martha Lucía (2009) “El derecho del MERCOSUR y el derecho internacional. La lucha por independencia”, en *Microjuris*, 21-ago-2009, Cita: MJ-DOC-4358-AR | MJD4358.

OPERTTI BADÁN Didier (2002), “Reflexiones sobre el MERCOSUR”, en *Grupo de Reflexão prospectiva do MERCOSUR*. Brasilia: Ministério de Relações Exteriores, SubSecretaría de Assuntos de Integração Econômica e de Comércio Exterior, BID, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, pp. 13-25.

PALLARÉS Beatriz (2005) “El derecho frente a la integración latinoamericana”, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración (12)*, *Diario Jurídico elDial* [online] disponible <www.eldial.com> [consultado en agosto de 2005].

PALLARÉS Beatriz “La incorporación de las normas de MERCOSUR a los Derechos internos y la seguridad jurídica”, en CIURO CALDANI Miguel Ángel, LATUCCA Ada y RUIZ DÍAZ LABRANO Roberto (coords) *Economía Globalizada y MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.

PASTORI Alejandro (2001) “Una fuente potencial de conflictos jurídicos: la mala praxis en materia de incorporación de la normativa MERCOSUR”, en *Revista de la Universidad de la República de Uruguay*, (20), junio-diciembre 2001, pp. 103-112.





# QUID IURIS? A UNIÃO EUROPEIA E O NOVO LOCUS STANDI DOS DIREITOS HUMANOS: A CONSTRUÇÃO DA EFETIVIDADE DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, A REFORMA DE LISBOA E O ARTIGO 6º, TUE

## QUID IURIS? LA UNIÓN EUROPEA Y EL NUEVO LOCUS STANDI DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONSTRUCCIÓN DE LA EFECTIVIDAD DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LA REFORMA DE LISBOA Y EL ARTÍCULO 6º, TUE

*Sergio Maia Tavares\**

---

**Resumo:** *Este trabalho desenvolve teórica e historicamente a efetividade dos direitos humanos fundamentais, em sua formulação contemporânea, dentro do quadro da União Européia. Mais precisamente, pela Carta de Direitos Fundamentais da UE, elevada ao nível de Direito Europeu originário pelo Tratado de Lisboa, com a redação conferida ao artigo 6º do Tratado da União Européia. O objetivo é demonstrar como a UE, em decorrência do Tratado de Lisboa, apresentou um marco já histórico indispensável.*

**Resumen:** *Ese trabajo desarrolla teórica e históricamente la efectividad de los derechos humanos fundamentales, en su formulación contemporánea, dentro del cuadro de la Unión Europea. Mas precisamente, por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, arribada al nivel de Derecho originario por el Tratado de Lisboa, con la redacción que le conferí al artículo 6º del Tratado de la Unión Europea. El objetivo es demostrar como la UE, en razón del Tratado de Lisboa, presentó un marco ya histórico indispensable.*

**Palavras-chave:** *Direitos fundamentais na União Europeia,*

---

\* Membro do Laboratório de Estudos em Direito Constitucional Latino-Americano, na linha de Direito Constitucional Internacional e Comparado, da Faculdade de Direito - Universidade Federal Fluminense (PPGDC), onde é pesquisador com atenção ao Direito do Mercosul e à integração. Estudou em período sanduíche na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao abrigo do programa de mobilidade mantido entre as instituições, dedicando-se com ênfase à investigação do Direito da União Europeia. Ex-bolsista da Fundação Casa de Rui Barbosa. Certificado pelo Módulo Europeu do Programa Jean Monnet, Comissão Europeia/ FGV Direito Rio.

*Efetividade dos Direitos Humanos, Tratado de Lisboa e Carta dos Direitos Fundamentais da UE, Normativa do Direito da UE*

**Palabras clave:** *Derechos fundamentales en la Unión Europea, Efectividad de los Derechos Humanos, Tratado de Lisboa e Carta de Derechos Fundamentales de la UE, Derecho de la UE*

---

## 1. Introdução

Diante da complexidade do sofisticado arcabouço teórico-filosófico, histórico, político, prático dos direitos humanos, uma questão ressalta insistentemente, a saber, a da sua efetividade, ou da aplicação efetiva. Por outros termos, há sempre indagações a respeito da realização, da concretização de um universo que se introduz irresistível, porém que colide, para seu desfavor, contra o imaginário de que os direitos humanos habitam uma órbita obscura, distante, inatingível em que: ocorrem debates acadêmico-ideológicos, são proclamadas Declarações, são assumidos compromissos internacionais, é criada uma agenda de ação e, ainda assim, sua existência segue interrogada, senão até invisível aos olhares mais desatentos, sendo urgente, na expressão de Michel Miaille, no âmbito da hermenêutica normativa, mas que nos serve com exatidão, “fazer aparecer o invisível” (MIAILLE, 1989, p. 21).

Desde logo, note-se que, neste exato instante, os direitos humanos estão “acontecendo”, mesmo em uma escala que pode ser ampliada. O fato é que é possível compor as mais longas árias tendo como acorde fundamental as conquistas e contribuições dos direitos dos homens (bem entendidos como *seres humanos*), por exemplo, a garantia das liberdades fundamentais, dos direitos civis, ambos nascidos no século XVIII no contexto da primeira onda revolucionária; a luta por um direito penal menos virulento mundo a fora; a igualdade de gêneros; o respeito pela diversidade cultural, incluindo as janelas controversas da autodeterminação e da intervenção; até os direitos sociais e difusos, como do ambiente...

Enfim, o catálogo dos chamados direitos humanos transcendem sua própria ontologia (perpassam a Teoria do Direito, a Teoria das Relações Internacionais, a História do Pensamento e da Filosofia), com conseqüências notáveis, dentre as quais, largo escopo garantístico, tanto quanto malogradas, como diluição de sua natureza e, ato contínuo, perda de imperatividade. Por isso, as mencionadas interrogações, embora imbuídas de caráter material, ou mesmo utilitarista, alusivo

aos funcionalismos ou pragmatismos, sob risco de incorrer em uma simplificação nociva, não estão desprovidas de valor. Alertam para o fenômeno, conquanto inverossímil, presente naquele imaginário, de que os direitos humanos possivelmente não circulam no trajeto cotidiano comum.

Aparece-nos, pois, neste (anti)-clímax, o objeto que será desenvolvido.

13 de dezembro de 2007, Mosteiro dos Jerónimos, Lisboa, Portugal. Nessa data foi assinado, em sede da União Européia, o Tratado reformador que leva o nome da capital lusitana e que projetou o maior avanço dos direitos humanos desde o fim da década de 1940, com a Organização das Nações Unidas, além de promover grandes alterações institucionais na União. Entretanto, antes das ratificações nacionais e de sua entrada em vigor, em dezembro de 2009, a história reservou alguns percalços, destacadamente, a rejeição, à partida, da República da Irlanda, via referendo, seguindo disposição constitucional, o que foi revertido, pouco depois, por uma larga aprovação nos mesmos moldes.

Com isso, consagrou-se a evolução, há pouco anunciada. Os direitos humanos, no bloco internacional mais proeminente que já existiu, de uma vez por todas, passaram a habitar diariamente a vida comum, isto é, tornaram-se mais acessíveis à aproximadamente 500 milhões de cidadãos através do atual artigo 6º do Tratado da União Européia.

A equiparação da Carta de Direitos Fundamentais, documento normativo de direitos humanos da União Européia, aos Tratados, que cumpriu ao Tratado de Lisboa levar a cabo naquele dispositivo, foi decisiva. A carta possui o “mesmo valor jurídico que os Tratados”, diz o referido artigo. É norma comunitária - que, além de primar sobre direito nacional, passou a ocupar o auge topográfico do direito europeu. Migrou, pois, para o nível de Direito Comunitário originário, de modo que vincula os Estados-membros prontamente, com fulcro no Primado. É documento imperativo da União e vigora nos ordenamentos jurídicos nacionais. Não se trata de um compromisso futuro ou de uma norma programática e, ainda, diferentemente de todas as cláusulas de direitos humanos, em esfera nacional ou internacional, tem, sim, força normativa peculiar, que lhe distingue única e originalmente e que define o *locus standi* dos direitos fundamentais no século XXI, dando-lhes novo patamar histórico. Quando o judiciário de qualquer dos estados-membros da União Européia depara-se com um conflito

entre determinada lei nacional, ou princípio (regra)<sup>1</sup> ou construção jurisprudencial de um país integrante do Bloco, e uma lei, ou princípio ou construção jurisprudencial, europeia<sup>2</sup>, deverá prevalecer o Direito da União<sup>3</sup>, de acordo com o princípio do Primado, mais adiante detalhado com profundidade, porém a reter, imediatamente, que em caso de antinomia, prepondera a norma nascida na esfera da União.

De fato, é o *princípio* de uma nova era!, cujos desafios também existem e cujo conteúdo será abordado. O fato é que a União Europeia, e nenhuma outra organização internacional, ostenta o título exclusivo de, no século XXI, inovadoramente na história, conferir imperatividade aos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, não restritos as fronteiras de um Estado. É o primeiro passo de uma marcha internacional inevitável em direção ao respeito definitivo dos direitos humanos.

## 2. Breves notas históricas da Teoria dos Direitos Fundamentais

A primeira nota teórica a delinear, consoante à temática elaborada e presente a este ensaio, trata das denominações direitos *fundamentais* e direitos *humanos*. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, *in verbis*, “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (...); direitos fundamentais são os direitos do homem, juridico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente” (CANOTILHO, 1998, p.359).

Nessa perspectiva, apenas tem sentido trazer à baila no seio da proposição dos avanços e desafios dos direitos humanos no século XXI, um escrito que respeite o fator temporal do tema, o que só é possível na chave dos Direitos Fundamentais, que, em verdade, “são os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades” (COMPARATO,

---

1 Para aprofundamento da matéria referente à normatividade dos princípios, ver: *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, de Humberto Ávila; e *El concepto y La validez Del Derecho*, de Robert Alexy.

2 Aqui incluídos regulamentos, diretivas (especialmente através do efeito direto), decisões dos tribunais comunitários/europeus, leis adotadas por Processo Legislativo Ordinário, oriundas do Parlamento Europeu, da Comissão, enfim, todo arcabouço que compõe a legislação da União. Excluídos pareceres e recomendações, já que não são vinculativos.

3 Não mais será utilizada a expressão “direito comunitário” ou “lei comunitária”, haja vista as alterações institucionais levadas a curso pelo Tratado de Lisboa, que extinguiu a Comunidade Europeia ao promover o fim das estruturas em pilares (herança do Tratado de Nice), e a Comunidade fazia parte do I Pilar, e unificá-la à União Europeia. O Tratado de Lisboa manteve apenas dois Tratados, que absorveram os demais em conteúdo, e articulou-os: o Tratado da União Europeia e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Com isso, já não há de se falar em “direito comunitário”, uma vez que não há mais “Comunidade”, mas, sim, adotamos “direito europeu” ou equivalentes. Temos em conta, por exemplo, a mudança no título do antigo “Manual de Direito Comunitário” para “Manual de Direito Europeu”, de João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos.

2001, p.56).

A partir do rigor do apontamento, é inescusável passar ao exame material do assunto.

Inevitavelmente, ao se falar em história e teoria dos Direitos Fundamentais, haverá referências e passagens dedicadas às páginas já puídas pelo (saudável) uso das ondas revolucionárias, à divisão esquemática das *gerações dos direitos*, mas apregoada por diversos autores, à repetição exaustiva da fórmula clássica do nascimento e evolução das conquistas civis, políticas, sociais, trabalhistas, difusas, começando no Estado Moderno Liberal, passando pelos Estados Socialistas e Comunistas, até o Estado Contemporâneo (pós-Moderno, neoconstitucional, pós-positivista, construtivista). Por outro lado, critica Jorge Miranda, “o termo geração (...) afigura-se enganador por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, uma substituindo-s às outras – quando, pelo contrário, o que se verifica (...) é o enriquecimento crescente em resposta às novas exigências das pessoas e das sociedades” (MIRANDA, 2000, p.22). E, continua, “nem se trata de um mero somatório, mas sim de uma interpretação mútua, com a conseqüente necessidade de harmonia e concordância prática” (idem).

Em muitos países, como na América Latina, por exemplo, não houve o seqüenciamento de direitos devido às suas próprias conjunturas, mas estiveram ligados a um movimento simultâneo, em que as *gerações* formaram um amálgama que ainda tenta se estabelecer socialmente e imperar juridicamente.

*Summaria causa*, uma vez que nosso foco não reside nessa especificidade, evitaremos a listagem mecânica de documentos, datas e eventos, em lugar disso, comporemos somente um prelúdio. Em primeiro momento são compreendidas as liberdades civis e políticas, o direito à propriedade e à isonomia, conforme o estandarte da Revolução Francesa. A seguir, é altura dos direitos trabalhistas, previdenciários, de educação e da justiça social, exemplificados com a socialização do Estado em fins do século XIX e início do século XX. Em meados desse século, no pós 2ª Guerra mundial, surge a 3ª geração de direito à paz, prosperidade, ao meio ambiente, enfim, ao patrimônio mundial. Hoje, já se fala na 4ª, na 5ª e até na 6ª geração relativamente à educação, à informação, à democracia, à felicidade.

Nesse diapasão consagrado, são recorrentes as alusões em torno da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, da Declaração

Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>4</sup> até a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sem embargo, é preciso indicar outros contributos de uma espiral sem fim, haja vista as confluências históricas e heranças culturais do amálgama social em que o direito se insere. A título de ilustração, temos: universalidade moral da Grécia antiga, que terá influenciado a idéia de direito natural, incluindo a concepção do pensamento moral-religioso cristão da Igreja Católica (nítido em Tomás de Aquino e sua releitura escolástica de Aristóteles), que, por sua vez, culminará no Direito Natural, *a priori* do absolutismo, e no jusnaturalismo liberal, *a posteriori*.

É particularmente interessante, a partir desta marca, observar a marcha do pensamento dentro da Teoria dos Direitos Fundamentais. Seu ponto de partida, anteriormente indicado, não poderia ser outro, senão o jusnaturalismo.

### 2.1. A origem liberal dos direitos fundamentais

O jusnaturalismo é reconhecidamente uma corrente de pensamento jurídico das mais amplas já existentes. Variou da vertente divina ao racionalismo dos séculos XVII e XVIII; passou dos filósofos gregos aos escolásticos; de Grotius a Kant e de Constant a Thomas Jefferson; e ainda encontrou eco em fins do século XX com Del Vecchio e Stammeler. Sem falar em Montesquieu, Rousseau, Sieyès, e Voltaire, em certa medida; Hume, Adam Smith, Stuart Mill, Benjamin Franklin e os pais fundadores e os federalistas dos Estados Unidos da América... Em que pese essa miríade, no intuito de demarcar o escopo do trabalho, alguns cortes quedam-se compulsórios.

Contudo, é inescapável situar, ao menos panoramicamente, o ciclo jusnaturalista, que, pelo movimento de racionalização da ciência, em que está inserida a ciência jurídica, e do direito natural e do alargamento internacional do seu escopo, *criou os pressupostos* que permitiram a edificação desse complexo sopesado.

“O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse” (GROTIUS apud CASSIRER, 1994, p.323) é o mote da revolução secularizadora que a ciência (jurídica) acompanhou a partir do século XVII, pioneiramente enunciado por Hugo Grotius. O intelectual holandês foi o responsável pela ruptura de laicização do Direito. Ele é

---

4 Registre-se, tangencialmente, a polêmica envolvendo Boutmy e Jellinek acerca da repercussão e abrangência das declarações inglesas (Bill of Rights), americanas e francesas. Nos dois primeiros casos, diz Boutmy, dirigiam-se a uma classe privilegiada, enquanto os franceses “escreveram para ensinar o mundo” (BOUTMY, 1907).

o marco que põem fim à fase do direito divino do jusnaturalismo e cria a concepção moderna de direito natural, que, por sua vez, ensejará a afirmação dos direitos fundamentais individuais, isto é, o primeiro ideal - que já evoluiu - de direitos humanos por intermédio das conhecidas revoluções liberais.

Os direitos inalienáveis do homem, segundo Grotius, não provinham de essência religiosa. A lei natural permanece como fundamento jurídico superior, porém com novos baldrames: a natureza humana. Esse fundamento jurídico último é passível de modificação, posto que é uma forma histórica, elemento cultural e a fonte da lei é a sociedade. Logo, a justiça mede-se na proporção da capacidade humana de exercício da sociabilidade.

Grotius opõe esse conceito não exclusivamente à religião; já é conhecida a dissensão que dirige também ao Estado hobbesiano centralizador através do relevo que dá à necessidade de definir a esfera jurídica em face do Estado, de acordo com a sociedade, ou melhor, com a sociabilidade. Dessa maneira, o Direito tem condições de se conservar leal à idéia de justiça lançada por Grotius.

É esse raciocínio que permeia a raiz das Grandes Declarações de Direitos Humanos modernas e consagra no direito positivo os princípios do Direito Natural, isto é, especificamente do jusnaturalismo racionalista, o que não deixa de refletir certo paradoxo, em conta o par antitético positivismo x direito natural. É inegável reconhecer, todavia, a necessidade e a urgência de, naquela altura, se escrever em pedra os valores que se buscava consolidar e o meio textual foi decisivo para essa difusão, muito porque era exatamente direcionada contra as elites letradas.

É com Immanuel Kant que o dilema entre o direito que a vontade cria e o que a razão conhece nasce com contornos visíveis. A concepção revolucionária do kantismo, tal como Copérnico para o heliocentrismo, da teoria do conhecimento voltada para o sujeito e não para o objeto do conhecimento promove a maior evolução filosófica até então. Essa evolução afeta em cheio o Direito e afasta definitivamente motivos religiosos - a razão toma o lugar de único paradigma metafísico credível - como fundamento científico e o ser humano passa a ser o centro da filosofia, de modo que em torno de sua existência orbitavam todas as demais coisas e permitirá que o indivíduo seja titular de direitos e possa reagir contra abusos de outros indivíduos ou do Estado. Outros pensadores, adiante, vão se aproveitar dessa revolução para transformá-la em individualismo, distorcendo a intenção original e



preponderando com suas *novas* teses. É natural a percepção da guinada ao individualismo, em detrimento ao organicismo, e a substituição da sociedade (coletividade) como ente supremo pelo particular. A estréia da epistemologia de tradição anti-aristotélica é patente nessa nova cultura filosófica, posto que a existência do indivíduo é anterior ao surgimento da sociedade.

Nesse complexo consistiu a racionalização do jusnaturalismo de que foram legatários incalculáveis intelectuais. Os direitos humanos, isto é, a primeira idéia (ou ideal) - já não falamos em *geração* - de direitos fundamentais, a saber, individuais<sup>5</sup>, levantava no horizonte.

Embora haja um traço divisor de fases entre os autores, todos se ligam pela ruptura de suas teorias com o arquétipo divino do Direito Natural e substituem a metafísica religiosa pela razão, que será simultaneamente o fundamento e o limite da criação jurídica, já demonstrada por meio do dilema entre o direito que a razão conhece e o direito que a vontade cria.

Com isso, expõe-se claramente a fundação dos direitos humanos (naturais) inalienáveis, mesmo que no escopo reduzido da propriedade, da segurança (liberdade) e da vida em termos genéricos, que permitem intitular seu criador, John Locke, de *founding father* dos direitos fundamentais individuais para as democracias modernas<sup>6</sup>. Tanto que, igualmente, preocupou-se em consolidar um expediente sólido na eventualidade de os poderes políticos do Estado ameaçarem concentrar-se e abalar os direitos civis - a esta situação nomeou “estado de guerra” e

---

5 A substituição da expressão “civis e políticos” por “individuais” se justifica porque a primeira pode ocultar ou, ao menos, dificultar a visualização apurada do perfil dos anseios do liberalismo moderno-clássico, a seguir confirmado e explicitado por Benjamin Constant. No fim, os estandartes de igualdade e solidariedade revolucionários do mesmo período não prevaleceram tampouco o universalismo que almejava, mesmo que sua conquista formal em diplomas normativos tenha sido importante. A Revolução Americana (Declaração de Independência e Constituição), por exemplo, não respondeu aos direitos civis inter-étnicos, apenas conseguidos na segunda metade do século XX.

6 Esse primeiro conjunto de direitos fundamentais, os individuais, exprimiu postulados que obrigaram ao Estado criar um sistema de não interferência na vida pessoal do cidadão e indispensáveis a todos os seres humanos, diante da sua pretensão universalista, que pode ser questionada como a partir dos requisitos de renda para o exercício do direito político do sufrágio, isto é, o direito de votar dependia de certo grau de riqueza. De fato, a universalidade foi apenas pretensa.

Ainda, diferentemente do que fazem crer alguns, o sistema de não interferência e de garantia das liberdades individuais não significa a mera abstenção do Estado. Como os direitos fundamentais coletivos, ou sociais, embora de naturezas diferentes, também é preciso que o Estado dispense prestações positivas, não o pagamento de um benefício, mas, nomeadamente, a criação e manutenção de um sistema de defesa, de uma estrutura política a que tenha acesso o cidadão, ou melhor, qualquer ser humano para fazer valer seus direitos individuais feridos e a que faça jus: é o Poder Judiciário (SARLET, 2004, p. 280).

o instrumento para obstá-lo, “direito de resistência”.

O rigor científico exige asseverar uma vez mais, pontualmente, o paradoxo que o momento da consagração dos direitos naturais traz intrinsecamente, qual seja, a sua positivação, sua passagem a elemento textual. Tendo em vista que o direito natural (também humano) não carece de ser expresso, essa virada, embora não as escrituras em si, mas a mobilização de uma nova escola do pensamento, terá o efeito, tempos depois, de mitificar a lei como porção preponderante, sinônima e criadora única de Direito – uma completa inversão da ontologia, da metodologia e da epistemologia jurídicas assistidas anteriormente.

Aspecto capital da gênese primeira dos direitos fundamentais reside no individualismo liberal, de que será expoente Benjamin Constant, tanto para o conceito de direito quanto para percepções do regime democrático.

Constant identifica em seu *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes* duas formas distintas de liberdade, uma relacionada aos povos antigos e outra atinente às nações modernas.

Os antigos exerciam sua liberdade através das decisões coletivas, soberanas e diretas nos assuntos públicos para deliberar sobre leis, julgamentos, administração política, guerra e paz, orçamento e gastos estatais...

Assim, a vida de um cidadão era pautada pela atuação nos foros públicos; não havia idéia de esfera privada, de modo que toda ação individual estava submetida à vigilância e à autoridade do todo, conforme a Teoria Orgânica. Não havia independência individual, diz Constant. Não se podia escolher religião, o marido não podia visitar livremente sua esposa, os instrumentos musicais não podiam ser reparados sem autorização, lista o escritor. A estrutura social assentava-se em valores estranhos à modernidade. Nas palavras dele, remetendo a Condorcet, os antigos desconheciam qualquer noção de direitos individuais.

Ao passo que nas democracias modernas liberdade seria o direito de ser regido tão somente pelas leis, de expressar sua opinião individual, de escolher seu trabalho, de decidir o funcionamento do governo por representação, em última análise, é o direito de se escolher o que se quer fazer.

Com isso, contudo, o indivíduo moderno, independente na vida privada, tem sua soberania restrita; e o cidadão antigo, plenamente

soberano nos assuntos públicos, é escravo na esfera privada.

Portanto, a liberdade moderna corresponde ao exercício pacífico da independência privada e individual, contrastante com a participação ativa e constante do poder coletivo da Antigüidade. “A independência individual é a primeira das necessidades modernas. Conseqüentemente, não se deve nunca pedir seu sacrifício para estabelecer a liberdade política” (CONSTANT, 1985, p.19). O filósofo compreende que a verdadeira liberdade do seu tempo é individual, enquanto a liberdade política é a condição *sine qua non* de sua garantia. “(...) Pedir aos povos de hoje para sacrificar (...) a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a conseqüência de que, feito isso, a segunda não tardará a lhe ser arrebatada” (ibidem, p.21).

Dentre as manifestações da exacerbação desse individualismo, aparece o sistema representativo - também chamado de política ou democracia deliberativa -, uma forma de organização por meio de que a nação transfere a alguns aquilo que não deseja realizar. Constant advoga que se trata de outorga, de entrega, de procuração dada a uns poucos pelo povo, que quer a defesa dos seus interesses, mas não dispõe de tempo para fazê-la. Ou seja, é uma terceirização, cujas implicações e dilemas são há muito estudados<sup>7</sup>. Afinal, deram origem ao modelo de Estado democrático de Direito em voga até estes dias.

O risco, já alertava o intelectual, é o da renúncia fácil ao direito de participar do poder político em razão da busca de interesses particulares, em detrimento da atuação pública, que coloca em causa o senso de pertencimento e coletividade. A atividade pública cabe e pertence a todos. Tomando por empréstimo passagem conclusiva da conferência de Benjamin Constant, “A liberdade política, submetendo a todos os cidadãos, sem exceção, o exame e o estudo de seus interesses mais sagrados, engrandece o espírito, enobrece os pensamentos, estabelece entre eles uma espécie de igualdade intelectual que faz a glória e o poder de um povo” (ibidem, p.24). Entende, ainda, que a sociedade, em verdade a humanidade, deve aprender a combinar as duas formas de liberdade. A coisa pública, incorporada pelo Estado, deve consagrar a influência dos cidadãos sobre ele, estimulando o desejo e a faculdade de participar do exercício do poder, não o restringindo ao voto. O individualismo,

---

<sup>7</sup> Apenas algumas indicações: *Três modelos normativos de Democracia; A inclusão do Outro: estudos de teoria política; e Política Deliberativa: um conceito procedimental de democracia, de Jürgen Habermas; O direito dos Povos; Political Liberalism; Uma teoria da Justiça; e Justiça e Democracia de John Rawls; The morality of freedom, de Joseph Raz; Vivendo plenamente a lei: a lei do amor e o amor pela lei, de Zenon Bankowski; Teoria Geral da Política – a filosofia política e as lições dos clássicos, de Norberto Bobbio.*

legado das Revoluções Liberais, embora preponderante a partir da modernidade, não poderia perpetuar-se e, com efeito, sofreu abalos, a começar pela onda revolucionária já em 1848 - resposta à tentativa do movimento restaurador de 1815 -, quando Louis Blanc, e depois Auguste Blanqui, liderou a proclamação da Segunda República francesa, que pretendia ainda o sufrágio universal, além dos direitos fundamentais sociais, golpeando a monarquia restaurada. Naquele mesmo ano, foi publicado o *Manifesto Comunista*, de Karl Marx. O individualismo estava em falência e novas possibilidades eram aventadas. Outra insinuação que acusou o esgotamento do puro liberalismo e do arquétipo estatal que o representava foram as Revoluções Socialistas do início do século XX, cujas proposições, entretanto, igualmente colapsaram.

## 2.2. Outras tradições de direitos fundamentais

Na passagem do século XIX para o século XX, a Europa vivia em convulsões sociais. A industrialização em marcha, que foi marcada pela exploração da mão de obra, oferecia condições insalubres de trabalho, extensas jornadas de trabalho sem descanso, baixa remuneração. O agravamento das disparidades deu azo à reivindicação de uma nova ordem de direitos, de justiça social. O padrão de Estado liberal, abster-se de agir para favorecer o individualismo, a livre iniciativa e seus direitos, já não respondia às demandas que falhou em reconhecer. Era momento de o Estado passar a interferir na vida cotidiana, a fim de suprimir as desventuras estruturais da sociedade, provendo-lhe suas necessidades. A esfera pública deveria começar a operar sua máquina positivamente para a população. Quando a abstenção e o descaso tornaram-se insustentáveis, o Estado foi forçado a atuar, criando novos direitos, por um lado pelas pressões sociais; por outro, a partir de uma nova compreensão jurídica.

O constitucionalismo social encontra abrigo em três frentes capitais: a Constituição Soviética de 1918, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição mexicana de 1917. Por certo, cada uma delas é o resultado de uma série de acontecimentos que lhes são peculiares, pois os países tinham em comum a crise e, à exceção do México, o envolvimento direto na Primeira Guerra Mundial.

O Texto Magno soviético reconheceu os trabalhadores como governantes e proclamou a ditadura do proletariado; igualou em direitos operários e camponeses, apresentou normas programáticas com fins de extinguir as classes sociais, a exploração do homem e promover o socialismo em todos os países, conforme o artigo 3º, que também eliminou a propriedade privada e declarou toda terra como de

propriedade do povo. Estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, a tolerância étnica e a equidade entre nacionais e estrangeiros, segundo o artigo 22.

Enquanto a Carta mexicana desmercantilizou o trabalho, igualou trabalhadores e empresários nas suas relações, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho. Também relativizou a propriedade privada, favorecendo a familiar, indicou como princípio fundamental da educação a solidariedade internacional, na redação do artigo 3º. Previu o direito a serviços públicos de saúde, à moradia digna, equiparou homens e mulheres, limitou a jornada de trabalho, proibiu que menores de 14 anos fossem empregados, concedeu um dia de descanso a cada seis trabalhados, conferiu um salário mínimo a ser pago e criou seguros sociais de desemprego e aposentadoria.

A Constituição republicana de Weimar, por sua vez, influenciada pela doutrina de Hermann Heller, crivou como direitos fundamentais, além das liberdades civis e políticas, direitos econômicos e sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência. Garantiu o acesso à justiça de estrangeiros no seu idioma, obrigou o Estado a prover educação fundamental e complementar até os 18 anos, limitou a liberdade comercial à preservação da existência digna, em seu artigo 151 e instituiu a função social da propriedade. Regulou o trabalho assalariado, ao mesmo tempo em que desenvolveu política de pleno emprego.

Direta ou indiretamente, esses processos reverberam até hoje em textos normativos. Em 1961, foi editada a Carta Social Européia e, em 1989, a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. A grande expressão, contudo, está no título IV da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, nomeado “solidariedade”, que versa a respeito dos direitos trabalhistas no espaço do bloco. O artigo 29 dispõe, por exemplo, sobre o direito de acesso ao emprego, já o artigo 30 protege o trabalhador do despedimento sem justa causa, enquanto o artigo 31 prevê condições de trabalho justas e equitativas. O artigo 35 dá a todas as pessoas o direito à prevenção em matéria de saúde. O artigo 32 proíbe o trabalho infantil e o artigo 34 reconhece o direito às prestações de segurança social, como licenças, aposentadoria, seguro desemprego. Esse mesmo dispositivo, somado às liberdades de circulação e estabelecimento, conferem a um cidadão europeu que gozem de direitos sociais, mesmo em país diverso de que é originário.

A ruptura subsequente a destruição e as hecatombes da Segunda Guerra Mundial, entre Auschwitz e Hiroshima, todos os valores, culturas, pensamentos jurídicos, filosofias foram postos à prova e tiveram que

ser integralmente repensados. “A Europa não é mais do que um vasto campo de ruínas: exausta espiritualmente, dividida por ódios indizíveis, profundamente endividada e economicamente destruída” (MOTA DE CAMPOS, 2010, p. 31). Todos os modelos anteriores, instantaneamente, ficaram defasados. Não havia esperança em nada que o ser humano tivesse criado. Nada preparou a humanidade para aqueles horrores. Nenhuma ciência ou religião conseguiria prever aqueles anos de 1939-1945. Era hora de re-fundar a humanidade.

Novas escolas do pensamento buscaram compreender a realidade, a partir de outros pressupostos. A contemporaneidade trouxe à baila o cosmopolitismo revisitado, o construtivismo, o comunitarismo, o juspublicismo pós-positivista, o neoconstitucionalismo, este peremptório com o fim da Guerra Fria e a queda do Estado social.

Os princípios foram resgatados como regra de direito, ao lado das normas, a fim de conceber um modelo que depurasse os defeitos que fizeram desmoronar o Estado liberal e o Estado social, em benefício da organização jurídico-política da sociedade, pautada por valores de unidade solidária, de ética e justiça<sup>8</sup>, consubstanciados na paz, no meio-ambiente, no desenvolvimento, no patrimônio comum da humanidade.

Os direitos difusos consagraram a indissociabilidade entre direitos individuais e coletivos e confirmaram a inalienabilidade dos direitos humanos, além de terem promovido a derradeira internacionalização<sup>9</sup> de proteção dos direitos fundamentais.

Segundo ensina Paulo Bonavides, a “globalização política, que ora se desenvolve, (...) radica-se na teoria dos direitos fundamentais. [...] Na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração,

---

8 Valiosa lição proferiu o Tribunal Constitucional alemão quando da apreciação sobre a perda da nacionalidade dos judeus emigrados em razão de uma lei aprovada pelo regime nazista. Consideraram os juízes que o referido diploma normativo não correspondia a parâmetros de validade e princípios mínimos de justiça e do Direito. Com isso, a Corte não só rechaçou a equação direito = lei, como também entendeu nula ab initio a legislação por não atender a critérios valorativos inatos. Concluiu, portanto, que os judeus que fugiram da Alemanha nazista, em verdade, jamais perderam sua nacionalidade.

9 Alguns exemplos de Tratados: Convenção sobre os Direitos da mulher, de 1952, Declaração sobre a eliminação da discriminação contra a mulher, 1967, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 1965, Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 1948, Convenção de Genebra, de 1949, Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis ou Degradantes, de 1984, Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, de 1974, Declaração Universal sobre a Erradicação da Fome e da Desnutrição, de 1974, Declaração sobre o uso do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e no Benefício da Humanidade, de 1976, Convenção sobre o Direito do Mar, de 1982, que confirma o princípio do patrimônio comum da humanidade, Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1959, Convenção sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Lesa Humanidade, de 1968.



que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social” (BONAVIDES, 2003, p. 571). E enumera, esclarecendo: “São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta<sup>10</sup> do futuro (...) para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência” (idem).

O autor, em tempo, entende que a democracia globalizada há de ser direta, na medida em que o homem configura a existência moral da cidadania, que converge os interesses do sistema. A fiscalização do cumprimento dos direitos fundamentais, neste estágio, compete ao cidadão, dono legítimo e imediato deles, cuja responsabilidade não é individual, tampouco apenas coletiva, porém comunitariamente humana.

A integração europeia, motivada pela existência de problemas políticos, econômicos, sociais e humanos comuns entre os Estados, está intimamente ligada a esse movimento. Seu gene original econômico da Reconstrução pós-guerra, com o Programa de Recuperação Europeia, o Plano Monnet e a Autoridade Internacional para o Ruhr, que foi substituída pela Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, pelo Tratado de Paris, em 1951, o Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia e a Organização para a Cooperação Econômica, hoje para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, na verdade, revelou-se também social, tendo por objetivos manter a estabilidade financeira, aquecer a oferta de emprego, enfim, elevar a qualidade de vida.

O Movimento Europeu, pela ação do Comitê para a Europa Unida, desdobrada na OECE e OCDE, na União da Europa Ocidental, órgão de defesa estratégica, e no Conselho da Europa, à parte a divergência entre a corrente federalista-integracionista e a pragmática-cooperativista, intentava atender às necessidades europeias comuns, que foram explicitadas pelo artigo 1º da Convenção de Londres, de 1949, a saber, “realizar uma união mais estreita entre os seus membros a fim de salvaguardar e promover os ideais e os princípios que são patrimônio comum, e de favorecer o respectivo progresso econômico e social”.

Essa concretização começou a se verificar inequivocamente com a proposta do governo francês, representado por Robert Schuman, então Ministro das Relações Exteriores, sob sugestão de Jean Monnet, de criar uma alta autoridade comum para cuidar da produção conjunta de carvão e aço da França e da Alemanha, em que poderiam participar outros países

---

<sup>10</sup> De certo modo, é o conceito apresentado por Karl Popper.



européus. Esse documento ficou conhecido como Declaração Schuman e continha três vetores: econômico, de reorganização da siderurgia e das indústrias de base; político, de eliminação de causas de novos conflitos; e unificador, de integrar a Europa, superando a cooperação.

A proposta francesa foi prontamente acolhida pela Alemanha, via seu Chanceler, Konrad Adenauer, bem como pela Itália, pela Bélgica, por Luxemburgo e pela Holanda. Os seis países sentaram-se, então, à mesa de negociações e em 18 de abril de 1951 assinaram o Tratado de Paris, que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço. Estava semeada a união entre países europeus e aqueles seis Estados são os fundadores.

O Tratado previa a transferência de determinadas competências dos Estados para a Alta Autoridade da Comunidade para agir sobre eles e sobre empresas nacionais ligadas ao carvão e ao aço; a produção legislativa própria e sobreposição de ordens jurídicas; poder das instituições comunitárias promoverem revisões nos tratados; submissão dos Estados-membros à legislação originariamente comunitária; e controle jurisdicional estrito do cumprimento das obrigações assumidas em sede da CECA. Além disso, o preâmbulo afirmava o objetivo de, a partir da comunidade econômica, criar os fundamentos de uma comunidade mais profunda e nortear um destino partilhado.

Ao longo do tempo, a cooperação, de fato, passou à integração e congregou novos desígnios, demonstrando todas as dimensões, ou ideais, de direitos fundamentais. Foram assinados os Tratados de Roma, em 1957, que criaram a Comunidade Econômica Européia, CEE, e a Comunidade Européia de Energia Atômica, CEEA ou Euratom, aproveitando da estrutura institucional apenas a Assembléia, hoje Parlamento Europeu, e o Tribunal de Justiça. O Conselho, espaço de representação dos governos dos Estados-membros, ganha centralidade no processo decisório e a antiga Alta Autoridade transforma-se em Comissão. Com isso, havia três Comunidades, organizações internacionais distintas, responsáveis pelo processo de integração regional. Em 8 de abril de 1965, foi assinado o Tratado de Fusão<sup>11</sup>, em Bruxelas, entrando em vigor em 1º de julho de 1967, e constituiu uma Comissão e um Conselho único para as três Comunidades, com vistas a

---

<sup>11</sup> A integração não passou imune a crises políticas, como a “crise da cadeira vazia”, protesto da França de Charles de Gaulle. O presidente francês defendia uma estrutura confederada, mantida uma Europa dos Estados, em que o Estado nacional é incontornável para os interesses europeus, de modo que quando estavam em causa interesses muito relevantes, a França pressionou para que a medida só fosse tomada em caso de consenso. Quando este fosse impossível, a decisão deveria ficar em suspenso. Foi o acordo de Luxemburgo, que teve fim por ocasião da sucessão do poder na França.

administrar, operar e gerir seu funcionamento.

Hoje, o mundo permanece em plena procura por um desenho político-institucional equilibrado, que reúna a preservação da livre iniciativa, dos direitos individuais, sem solapar a unidade coletiva, favorecendo vínculos humanos; que trate de idéias ou ideais de direitos fundamentais como gênese do sistema jurídico-normativo, que exerça a racionalidade prática da democracia, que deixou “de ser apenas forma de governo, de Estado, de república, de convivência humana e social, de regime, ou de sistema político, para subir a um grau superlativo de princípio, de valor e de normatividade, derivado de sua proclamação e reconhecimento como direito da quarta geração” (BONAVIDES, 2006, p.17). Uma democracia pós-liberal, pós-social, pós-pós-positivista – uma democracia valorativa, aberta e plural.

A União Européia tem se aproximado com precisão desse tipo ideal, desse novo conceito de democracia.

A União Européia é a própria síntese desse princípio equilibrado, uma fórmula que reúne todas as dimensões de direitos humanos e mantém-se receptiva a futuras inclusões, após substituir heranças anacrônicas de uma ou outra tradição de direitos fundamentais pelas positivas da que sucedeu, acrescentando e aperfeiçoando, em lugar de excluindo. Já é, nesse fim de primeira década do século XXI, a grande contribuição anunciada em matéria de direitos humanos e fundamentais do que se pretende ideal de *acordo com a presente etapa da realidade mundial*. É o exemplo para porções do globo que ainda atravessam suas moléstias e suplícios.

O caminho dessa evolução com recorrentes revisões positivas nos Tratados, que culmina com a elevação da Carta de Direitos Fundamentais a direito comunitário-europeu originário, tem como propulsor um novo critério de nacionalidade (já que o cidadão faz jus a esses direitos mesmo em Estado-membro diverso do que nasceu), ainda que decorrente, será exposto adiante.

### **3. Evolução europeia: novos Tratados e o processo de formação da Carta**

Visitada a gênese da integração europeia e seus valores e princípios fundantes, segue-se o “período de sedimentação” (GORJÃO-HENRIQUES, 2008, p. 44), cujo expoente é o Ato Único Europeu, de 1986. O objetivo central do AUE era a conclusão do mercado interno, de difícil execução devido ao processo de tomada de decisão no Conselho,

que requeria unanimidade para deliberar sobre harmonização legislativa. Chegou-se à situação de a Comissão elaborar o famoso Livro Branco, idealizado por Jacques Delors, então presidente, que identifica 279 atos legislativos imprescindíveis para efetivação do mercado interno comum.

Com isso, a conferência que conduziu ao AUE dispunha de dupla finalidade. Primeiro, manifestar-se pela criação de Política Externa e Segurança Comum e, segundo, alterar o Tratado da CEE quanto ao processo decisório no Conselho, às competências da Comissão, às atribuições do Parlamento e do alargamento de competência das Comunidades.

O Ato Único apresentou como objetivo fundamental a criação de uma União Européia, resultado da iniciativa do deputado italiano Altiero Spinelli, agrupou a cooperação em matéria de política externa, conforme a Declaração Solene de Stuttgart, planeada por Hans Dietrich Genscher e Emilio Colombo, ministros das Relações Exteriores da Alemanha e da Itália, respectivamente, e promoveu a revisão institucional dos tratados.

Foi, em 1992, com o Tratado de Maastricht, instituída a União Européia, na letra do seu artigo 1º, fundada nas Comunidades, sem substituí-las ou absorvê-las. O Tratado da União Européia, como foi nomeado e até hoje, lançou a integração política do bloco e sustentou-a na estrutura dos três pilares: as Comunidades, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a cooperação policial e de assuntos internos.

Esse sistema preservou que as tomadas de decisões coubessem, quase sempre, aos Estados-membros, em um esquema de “intergovernamentalidade” (ibidem, p.57), não seguindo ainda os princípios e regras do sistema jurídico comunitário.

Outrossim, o Tratado apontou como propósito o respeito pela identidade nacional e pelos direitos fundamentais do ser humano, tomando por base o então grande expediente, de maior aceitação na Europa, da Convenção Européia dos Direitos do Homem<sup>12</sup>, que fora assinado em 1950, sob a égide do Conselho da Europa<sup>13</sup>, e que criou

---

12 Garante marcadamente os direitos fundamentais individuais: o direito à vida, proíbe o trabalho escravo, assegura a liberdade e a segurança, o acesso à justiça, a presunção de inocência, o *nullum crime, nulla poena sine lege*, a *privacidade*, as *liberdades de expressão, opinião, associação e reunião*. Cria o Tribunal e a Comissão de Direitos Humanos, além de um Comitê, guardião da CEDH.

13 Organização internacional independente da União Européia, composta por 47 países, incluindo, contudo, os 27 da UE, com sede em Estrasburgo, na França. Não deve ser confundido com o Conselho Europeu, tampouco com o Conselho da União Européia, que são instituições próprias da UE.

o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A CEDH, citada no Tratado de Lisboa, apesar de não integrar originariamente<sup>14</sup> o catálogo de documentos da União Européia, de certa forma, semeia a Carta de Direitos Fundamentais.

A fragilidade dessa proteção estava no fato de que não era objeto de tutela jurisdicional comunitária.

Maastricht alterou a designação da CEE para CE, retirando a imagem puramente econômica da integração, embora seja igualmente responsável pela elevação desse processo ao determinar a união econômica e monetária, inequívoca com a adoção do Euro, moeda única, e do Banco Central Europeu, anos mais tarde.

Já ao Tratado de Amsterdã de 1997 cumpriu revogar o Tratado de Fusão e a Convenção de 1957, cuja substância foi recepcionada pelo novo texto, preservando, ademais, os atos jurídicos celebrados no curso de sua vigência. Ficou estipulado, na esfera dos direitos fundamentais, o respeito à igualdade entre homens e mulheres e a não discriminação. É impulsionada a livre circulação de pessoas por meio da flexibilização tocante a vistos, ao asilo e à (i)migração.

Desenvolveu a lista de direitos civis de que os cidadãos europeus podem se beneficiar, fez referência expressa à Carta Social Européia, de 1961 e à Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, introduziu política estratégica comum de emprego, consolidou a política ambiental através da noção de desenvolvimento sustentável, esclareceu a proteção dos consumidores, garantiu acesso no idioma do cidadão aos documentos produzidos pelas instituições européias e apelou para simplificação lingüística da redação legislativa, a fim de uma compreensão mais ampla.

Sem embargo, no entanto, a questão de maior relevância neste estudo deve-se a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, entre 1999 e 2000. Na seqüência de uma decisão<sup>15</sup> do Conselho Europeu de Colônia, os direitos fundamentais vigentes na União deveriam ser compilados em uma Carta, um texto único, para adquirir maior visibilidade e proeminência. O Conselho Europeu atribuiu a redação do projeto da Carta a uma Convenção, composta por 62 membros, representantes das instituições européias e dos

---

14 Note-se que o malogrado Tratado de Roma de 2004, que intentava promulgar a Constituição Européia *stricto sensu*, aderiu a CEDH, mas sua origem não remonta à CEE ou à UE.

15 Anexo IV e pontos 44 e 45 das Conclusões da Presidência.

governos dos Estados-membros, cujo trabalho deveria estar concluído até dezembro de 2000 no Conselho de Nice para que fosse solenemente proclamado.

A pluralidade da Convenção contribuiu para que o texto respeitasse diferentes sistemas jurídicos e valores. Baseou-se nos Tratados Comunitários e internacionais<sup>16</sup>, nas tradições constitucionais dos Estados-membros e em posicionamentos do Parlamento Europeu.

Em outubro de 2000, o Conselho de Biarritz deu seu acordo unânime ao projeto, que seguiu para o Parlamento e à Comissão. O primeiro aprovou-o em 14 de novembro do mesmo ano. A segunda, em 6 de dezembro.

No dia seguinte, Nicole Fontaine, presidente do Parlamento Europeu, Jacques Chirac, presidente do Conselho e Romano Prodi, presidente da Comissão proclamaram solenemente a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia<sup>17</sup>.

### **3.1. Histórico e conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais e a deficiência universal quanto à efetividade**

Na esteira da construção identitária e da cidadania europeia -como ficou claro, subsequente à nacional-, era preciso, além de reconhecer o *status* de unidade dos povos, estabelecer juridicamente a síntese dos valores comuns dos Estados-membros, assentados nos diplomas anteriormente aludidos e representados na Convenção.

Pela primeira vez, reunidos em um único texto normativo, embora não vinculativo no primeiro momento, estavam os direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos, econômicos, difusos, *democráticos*.

Tendo detalhado as etapas que levaram à proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia e desdobrado os meandros político-jurídicos da identidade<sup>18</sup> do cidadão europeu através das *grandes liberdades* (circulação de pessoas, estabelecimento e [prestação de] serviços, capitais e mercadorias) e suas relações com os atos típicos e as instituições do bloco, complementarmente resta examinar cada título do insigne documento com devida nota preliminar.

---

<sup>16</sup> Vide nota 12.

<sup>17</sup> A Carta inclui direitos não contemplados pela CEDH, que, como já dito, é marcada pela tutela dos direitos fundamentais individuais, como sociais, ambientais, de desenvolvimento, de proteção da democracia como princípio, à informação, à cultura...

<sup>18</sup> São indispensáveis estudos culturais, antropológicos, sociais, psicológicos, etc. para completo domínio da idéia de pertencimento.

Algo semeada pela CEDH<sup>19</sup>, na medida das limitações já exploradas, mas de inspiração histórica inegável, tanto quanto os próprios Tratados e Constituições nacionais, iguais elementos dessa construção, a Carta sofreu evoluções.

Após sua proclamação durante a vigência do Conselho Europeu de Nice, havia na Carta natureza declaratória, e não vinculativamente constitutiva. Sua composição foi preciosa, mas os direitos, embora por ela reconhecidos, não obrigavam à União no que respeita à imperatividade, a força normativa, da aplicação prática e concreta<sup>20</sup>.

Com isso em mente, analisemos o processo C-465/07, Elgafadi e Elgafadi contra Staatssecretaris van Justitie, sobre refúgio, em que o advogado-geral Miguel Poiares Maduro apresentou, em 9 de setembro de 2008, no Ponto 21 de suas Conclusões Fundamentadas o seguinte: “ainda que a Carta não possa constituir, em si mesma, uma base jurídica suficiente para criar na esfera jurídica dos particulares direitos directamente invocáveis, não está, no entanto, desprovida de qualquer efeito enquanto critério de interpretação dos instrumentos de protecção dos direitos mencionados”<sup>21</sup>.

Em que pese o esforço do advogado-geral de não desprover a Carta de valor normativo, fica admitido que ela não constitui direitos auto-aplicáveis.

Definitivamente, afirmou o mesmo magistrado<sup>22</sup> no Ponto 48 de suas Conclusões Fundamentadas do processo C-305/05, em 14 de dezembro de 2006, que “como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de afirmar, (...) a Carta não constitua um instrumento jurídico vinculativo”<sup>23</sup>.

Conclui-se sem margem de dúvida que o problema da efetividade dos Direitos Humanos, conforme indicado no intróito deste, mesmo

---

<sup>19</sup> Em particular, a jurisprudência consolidada pelo Tribunal de Estrasburgo no âmbito dos Direitos Fundamentais, conforme salientou Miguel Poiares Maduro, então advogado-geral do Tribunal de Justiça europeu, em Luxemburgo, nos Pontos 22 e 23 das suas Conclusões no processo C-465/07, Elgafadi e Elgafadi contra Staatssecretaris van Justitie, sobre refúgio.

<sup>20</sup> Esse diagnóstico, superado pela União Europeia a partir do Tratado de Lisboa, mantém-se nos direitos humanos reconhecidos pela Organização das Nações Unidas, por exemplo, considerada evidentemente sua natureza jurídica nitidamente diferente à da UE.

<sup>21</sup> Disponível em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-465/07>. Acesso em 12 de outubro de 2010.

<sup>22</sup> Assim o é considerado dentro do próprio esquema do contencioso da UE.

<sup>23</sup> O excerto citado na passagem foi retirado do Acórdão de 27 de Junho de 2006, Parlamento/Conselho (C 540/03, Colect., p. I 5769, n.º 38). Disponível em <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-305/05>. Acessado em 12 de outubro de 2010.

depois de todo o percurso trilhado ainda não tinha sido superado.

O Título I, Dignidade, da Carta, protetor da inviolabilidade da vida e da integridade humana, que proíbe a manipulação da biologia e da medicina com fins eugênicos, a tortura, penas degradantes, a escravidão, não era vinculante.

O Título II, das Liberdades, garantidor da segurança, do respeito à vida privada e familiar, da preservação de dados pessoais, do livre pensamento, livre consciência, expressão, opinião, religião e informação, reunião e associação, das artes e das ciências; do direito à educação, ao trabalho, ao asilo, à proteção em caso de expulsão ou extradição... Nada era juridicamente obrigatório.

A Igualdade, do Título III, perante a lei, a não discriminação, a diversidade cultural, religiosa e lingüística, a isonomia entre homens e mulheres, os direitos da criança, dos idosos, das pessoas portadoras de deficiência não eram imperativos jurídicos.

O mesmo com a Solidariedade, de que trata o Título IV, dos acessos a serviço de empregos, das condições para despedimento e de desenvolvimento do labor, a proibição do trabalho infantil, o direito à segurança e assistência sociais, a proteção da saúde e do meio ambiente.

Em nada era diferente o regime do Título V<sup>24</sup>, da Cidadania, de eger e ser eleito no Parlamento Europeu e nas eleições municipais, quando residindo em Estado-membro que não o seu originário, o direito a uma boa administração, de acesso aos documentos de todas as entidades da UE, o direito de petição às autoridades europeias, proteção diplomática e consular por parte de qualquer Estado-membro quando estiver em país não pertencente à União.

Igual situação passava o Título VI, da Justiça, segundo o qual o cidadão europeu tem direito à tribunal imparcial, a presunção de inocência, a legalidade e proporcionalidade dos delitos e das penas, a vedação de ser julgado mais de uma vez pelo mesmo crime. A repetição se mantém no Título VII, das disposições gerais e interpretação da Carta.

Em sede do sistema jurídico e jurisdicional eurocomunitário nenhum deles era imediatamente aplicável, como urgem os direitos humanos, já que todos são fundamentais.

---

<sup>24</sup> Embora a liberdade de circulação e permanência esteja contida nesse Título, como também fazia parte dos Tratados, era vinculante e não cabe nessa seqüência.



Naquela altura, não existia no mundo, em qualquer parte, tal concepção. No entanto, no limiar do século XXI, grandes mudanças implodiriam tal paradigma.

#### **4. Tratado de Lisboa, a União Européia e suas inovações decisivas no século XXI para a história e ideais dos Direitos Humanos**

Quando os líderes políticos dos 27 Estados-membros viajaram a Lisboa para assinar o Tratado reformador da União Européia, eles tinham o desejo de deixar para trás a crise institucional gerada pelo insucesso do projeto constitucional, a intenção de aquecer o bloco mais proeminente do planeta e a vontade, aliada a pretensão política, de aproximar o cidadão<sup>25</sup> das instituições européias, demonstrando que a atuação comunitária ligava-se diretamente à vida prosaica.

Assim, o Tratado de Lisboa simplificou o funcionamento da União Européia, ao fundir as Comunidades nela, extinguiu a estrutura dos 3 pilares, uniu todos os tratados anteriores em apenas 2 articulados entre si (Tratado da União Européia e Tratado sobre o Funcionamento da União Européia), diminuindo o número de atos da União, o que cristalizou sua ação; democratizou a organização, uma vez que aumentou os poderes do Parlamento Europeu, único órgão de legitimidade democrática em que se vota diretamente, que, por exemplo, passou a indicar o presidente da Comissão e as leis passam a ser adotadas segundo o Processo Legislativo Ordinário, antiga co-decisão, em que o Parlamento é força constante e dota-lhes de maior valor jurídico que os demais atos comunitários. Lisboa também possibilitou a iniciativa popular de deflagrar o processo legislativo e atribuiu aos parlamentos nacionais o poder de fiscalizar a ação da União e permitiu partidos políticos em nível europeu com filiações individuais; criou novos cargos, mudou a maneira de tomada de decisão e redistribuiu o peso de cada país nos foros deliberativos.

Independentemente de todo esse arcabouço e demais mudanças, o fundamental a reter vem a seguir. Consagrou o artigo 2º do Tratado da União Européia o respeito aos direitos fundamentais como valor do bloco e conferiu ao TJUE a fiscalização de violações de direitos fundamentais por parte das instituições e outras entidades da União e dos Estados-membros<sup>26</sup>.

---

25 Para conhecer o conceito de cidadão europeu, ver artigos do 18 ao 25 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia, na redação conferida pelo Tratado de Lisboa.

26 Diz o artigo 51, número 1 da Carta dos Direitos Fundamentais que o Estado-membro só é destinatário quando aplica direito comunitário. Contudo, como já se aludiu e será referendado adiante, pelo princípio do Primado, o direito nacional não pode agredir o direito europeu.

À frente da assinatura do Tratado de Lisboa, a Carta de Direitos Fundamentais foi novamente em sessão solene proclamada em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, pelos então presidentes do Parlamento Europeu, Hans-Gert Pöttering, da Comissão Europeia, José Manuel Durão Barroso, e do Conselho da União Europeia, o primeiro-ministro português, José Sócrates. A Carta foi integrada ao Tratado na qualidade de anexo.

Mais, o artigo 6º do Tratado da União Europeia na nova redação *elevou seu valor jurídico ao mesmo do dos tratados*, criando um “sistema eurocomunitário de tutela dos direitos fundamentais” (DUARTE, 2010, p.38).

Finalmente, a União Europeia, e o mundo, dispunham de um catálogo próprio auto-aplicável e imperativo de direitos humanos<sup>27</sup>.

A União Europeia, por meio do Tratado de Lisboa, elevou a Carta a um *locus standi* inédito para os direitos humanos, jamais verificado anteriormente. Com isso, a poderosa Carta, agora de força obrigatória, verdadeira síntese de todos os ideais de direitos humanos e fundamentais revelados até a atualidade, torna-se seu maior ícone na história da existência humana. Subiu a Direito Comunitário Originário e vincula a todos os participantes da integração europeia, assegurando direitos imediatos a aproximadamente 500 milhões de cidadãos, sem embargo de suas nacionalidades pátrias, que fazem jus a eles mesmo estando fora das fronteiras do seu país, se dentro das largas fronteiras da União.

Desse modo, a elevação a Direito Comunitário Originário significa que incidem sobre a Carta, nessa qualidade e em termos de efetividade - o princípio do primado, a aplicabilidade direta, o efeito direto, o princípio da efetividade ou efeito útil<sup>28</sup> e torna-se parâmetro de validade para todos os atos da União.

Quando, em 1964, o TJUE foi chamado a pronunciar-se no curso de um reenvio prejudicial de interpretação, isto é, uma questão interpretativa sobre a aplicação de norma comunitária, o princípio do

---

27 Indício contundente da força jurídica e do impacto da nova posição da Carta aparece nos pedidos de três Estados-membros, Reino Unido, Polônia e República Tcheca, de adiar a aplicação desse instrumento normativo, ao abrigo do Protocolo 30 relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polônia e ao Reino Unido. O Conselho Europeu de Bruxelas aprovou protocolo extensivo desse estatuto à República Tcheca em outubro de 2009.

28 Sem prejuízo dos demais, como especialidade, subsidiariedade, transversalidade, proporcionalidade, uniformidade de aplicação, interpretação conforme. Contudo para efeito da concretização dos direitos fundamentais, atemo-nos aos que foram enumerados.

primado<sup>29</sup> entrava em construção.

Observe-se que tal pedra angular do sistema europeu foi elaborada jurisprudencialmente, graças à atuação do Tribunal de Justiça.

Um juiz italiano de Milão remeteu o processo 6/64, Flaminio Costa c. ENEL, ao TJUE, em que se pretendia atacar a lei italiana de nacionalização da energia elétrica, tida como incompatível à luz do Tratado de Roma. O governo da Itália contestou a admissibilidade da questão prejudicial, tendo em vista que a função do magistrado italiano era aplicar a lei nacional.

No clássico Acórdão, o TJ manifestou-se, asseverando que “diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais. Efetivamente, ao instituírem uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de instituições próprias, de personalidade, de capacidade jurídica, de capacidade de representação internacional e, mais especialmente, de poderes reais resultantes de uma limitação de competências ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade, estes limitaram, ainda que em domínios restritos, os seus direitos soberanos e criaram, assim, um corpo de normas aplicável aos seus nacionais e a si próprios” (GORJÃO-HENRIQUES, 2008, p. 319). Adiante, afirmou a confirmação do primado do direito comunitário e que um Estado não pode unilateralmente anular seus efeitos.

E concluiu dizendo que a obrigação de garantir a plena eficácia do direito comunitário não é apenas dos órgãos jurisdicionais, mas também do legislador nacional, que tem sua autonomia afetada, “na medida em que os Estados membros tenham atribuído à Comunidade poderes normativos (...) eles não têm mais o poder de adotar disposições autônomas nesse domínio” (ibidem, p. 321).

Sendo assim, os juízes nacionais, obrigados e encarregados da aplicação, mesmo e especialmente em face da ordem pátria, das disposições do direito europeu, tornaram-se dele juízes também. Os tribunais nacionais ganharam a característica de serem *tribunais comuns de direito da União*.

---

<sup>29</sup> Algo semelhante à Supremacia da Constituição para o direito interno. Nesse sentido, o Ac. Costa/ENEL aproxima-se do caso *Madison v. Marbury*, que fundou a idéia do controle de constitucionalidade e de primazia, superioridade, constitucional no ordenamento jurídico.

Afirmou o Tribunal ainda que a força executiva do direito comunitário não poderia variar de um Estado para outro ao sabor das legislações internas, haja vista o perigo em que seriam colocadas as finalidades dos tratados. “O primado da regra comunitária se manifesta em relação a todas as normas nacionais, quaisquer que elas sejam” (MOTA DE CAMPOS, 2010, p.394), incluindo as constituições. Embora não tenha poder para revogar, excluir a norma nacional do ordenamento, o primado torna inaplicáveis todas as disposições nacionais contrárias ao sistema europeu, independentemente de terem origem legislativa, jurídica ou judiciária ou administrativa ou executiva.

Complementarmente, no Ac. Simmenthal, do ano de 1978, o Tribunal novamente estabeleceu um princípio fundante da ordem europeia, a aplicabilidade direta<sup>30</sup>. Julgando sobre a incompatibilidade de norma comunitária com lei nacional posterior a ela, entendeu o TJ que as regras do direito europeu devem manifestar a integralidade dos seus efeitos de modo uniforme em todos os Estados-membros, desde sua entrada em vigor e durante toda sua vigência<sup>31</sup>. Com isso, as disposições diretamente aplicáveis tanto exigem a inaplicabilidade de qualquer oposição normativa da legislação nacional como também impediram a produção de novos atos nacionais que sejam incompatíveis com as normas comunitárias, dada sua integração, em nível superior, no sistema de direito dos Estados-membros. O direito europeu, que está situado dentro da pirâmide normativa de cada Estado membro, ocupa seu topo<sup>32</sup>.

Consequentemente, fixou o Acórdão, os juizes nacionais têm por obrigação de competência que aplicar integralmente o direito comunitário, afastando norma de origem nacional com ele conflitante, posterior ou anterior.

Distinto é o efeito direto que, na perspectiva tradicional, transmite a idéia de que as normas comunitárias podem ser invocadas pelo cidadão

---

30 Aplicabilidade direta é característica marcante do ato normativo comunitário intitulado “Regulamento”, porém não lhe é exclusivo, cabendo em Direito Comunitário originário, como já decidiu o TJUE.

31 Mesmo as diretivas, que são obrigatórias somente quanto ao resultado, quando estas não derem margem decisória ao Estado ou Estados a que se dirigem, de modo que a transposição é escusada e a diretiva imediatamente aplicável, pois a autoridade pública não poderia beneficiar-se do seu próprio descumprimento.

32 Interessantes foram as posições tomadas pelo Bundesverfassungsgericht, o Tribunal Constitucional Alemão, e pela Corte Costituzionale, o Tribunal Constitucional Italiano, entendendo que a então restrita salvaguarda dos direitos fundamentais pelo Direito Comunitário (ao menos na comparação com a proteção que era dada por esses países) poderia ameaçar a identidade das suas juridicidades, herdeiras da sensibilidade do pós-2ª Guerra Mundial, de modo que queriam mais proteção dos direitos humanos na esfera europeia. Ver Ac. de 29 de maio de 1974 do BVerfG.

em juízo nacional, contra o Estado (efeito direto vertical) ou contra outro indivíduo (efeito direto horizontal)<sup>33</sup>. Haverá efeito direto quando a norma eurocomunitária impuser obrigação ou reconhecer direito, de modo claro, preciso e incondicionado, conforme entendimento jurisprudencial do TJUE. Ou, ainda, quando a norma comunitária expressamente fizer sua previsão<sup>34</sup>.

Em 1963, no julgamento do processo Van Gend en Loos (Ac. Van Gend & Loos c. Administração Fiscal Holandesa), o Tribunal de Justiça europeu compreendeu que os particulares poderiam invocar contra o Estado as normas comunitárias que se apresentassem claras, precisas e incondicionadas, tanto de direito originário, ou seja, os Tratados, como de direito derivado, os atos típicos da União<sup>35</sup>.

“O efeito direto é o estágio normal de saúde da norma comunitária: só a sua ausência deve causar preocupação e exige a intervenção dos médicos do Direito” (PESCATORE apud DUARTE, 1996, p. 312).

Os Estados-membros, por fim, em virtude do artigo 4º do Tratado da União Européia ficam necessariamente impelidos a garantir a execução das obrigações decorrentes dos tratados ou resultantes dos atos das instituições da União, além de concorrer, convergir para realização dos seus objetivos.

Essa idéia de plena eficácia, que leva o nome de *princípio da efetividade*, em outras traduções efeito útil ou até uniformidade,

---

33 Em relação às diretivas, só é cabível efeito direto vertical, visto que seus destinatários só podem ser os Estados-membros.

34 Diz o professor Miguel Gorjão-Henriques, da Escola de Coimbra, “é o caso, paradigmático, da previsão do efeito direto do número 3 do artigo 81 num regulamento comunitário, o Regulamento (CE) número 1/2003” (GORJÃO-HENRIQUES, 2008, p. 316). Importa pontuar a divergência doutrinária portuguesa que há na distinção entre efeito direto e aplicabilidade direta. Os professores João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos atribuem ao efeito direto o grau de qualidade pertencente à aplicabilidade direta; enquanto o professor Gorjão-Henriques, embaixado, entre outros, por Rui Moura Ramos e Maria Luísa Duarte, entende que aplicabilidade direta é tão somente uma marca distintiva dos regulamentos e nenhum outro ato comunitário típico, mas não deixa de expressar sua relação íntima com o efeito direto, nas suas origens.

35 As circunstâncias do caso são instigantes à parte: tratou-se de um importador holandês, de quem foi cobrado direito aduaneiro superior ao que incidia sobre seu produto à data de início de vigência do Tratado CEE. Com base no antigo artigo 12, agora 30 do TFUE, reclamou à autoridade holandesa competente na matéria, e que exerce jurisdição (por isso pode reenviar ao TJUE) a Tarief Commissie, que formulou questão prejudicial ao TJUE. A questão era se o antigo artigo 12 produzia efeito direto e, por consequência, os litigantes, com base nele, poderiam fazer valer direitos individuais perante juiz nacional, a quem cumpre salvaguardá-los. No curso do reenvio prejudicial, vários estados se valeram do artigo 23 da corte e apresentaram suas observações particulares. No fim, ficou clara a decisão do TJUE, que foi além e ampliou a incidência. As fundamentações do Acórdão e o raciocínio de que se valeu o TJUE para guiar-se são de valiosa leitura.

funcionaliza todos os demais princípios. O princípio da efetividade significa que os Estados-membros devem sempre, em todas as situações, garantir a plena aplicação do direito europeu, da União Européia, quer adequando suas legislações, quer adotando prescrições jurídicas consoantes ao sistema do bloco, que propicie aos seus cidadãos conhecer e postular direitos junto ao órgão jurisdicional, não obrigatoriamente um tribunal ou corte, admissível; ou, eventualmente, por meio de qualquer expediente que promova essa harmonização, depuração em favor da ordem comum europeia, a qual aderiu e com que concordou, mantida sua soberania, já que a União opera no limite da especialidade e da subsidiariedade.

Nessa diminuta sinopse dos princípios, de que se podem deprender muitos desenvolvimentos, cujo detalhamento teórico, histórico, jurisprudencial... é inesgotável, resta demonstrada a relação entre direito europeu e direitos nacionais, que retrata o objetivo.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, portanto, fica respaldada - e, assim, também, sua existência, aplicação, eficácia, efetividade, utilidade, presença cotidiana - pelo Primado, pela aplicabilidade direta, pelo efeito direto e pelo princípio da efetividade. Não pode um Estado alegar lei nacional ou apoiar-se em sua Constituição para descumprir a Carta; pelo contrário, deverá adaptar-se a ela. Se houver conflito ou antinomia prévia à adaptação, prevalece todo o Direito Europeu (e a Carta), devendo se tornar, em sede de tribunal nacional ou do TJUE, que vinculará a corte nacional, inaplicável a lei nacional, sem, no entanto, revogá-la.

Não há dúvida de que impera sobre os ordenamentos nacionais e mesmo dentro da hierarquia normativa da União localiza-se no altiplano topográfico do Direito Europeu originário<sup>36</sup>, consagrando a democracia nos termos aqui referendados. *A Carta é, para fins valorativos, Tratado.*

Contudo, os Estados também transgridem a lei. Podem descumprir os atos típicos da União e, na mesma medida, ferir os Tratados. Para ocasionais violações, estão submetidos os Estados-membros à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Européia.

Se for descumprido, em menor grau que seja, preceito da

---

<sup>36</sup> As normas de Direito Europeu derivado, os atos típicos - Regulamentos, Decisões, Diretivas, Pareceres, Recomendações -, assim, também ficam condicionados à validade que os Tratados (e a Carta) lhes impõem. Não apenas as leis nacionais estão sujeitas ao controle jurisdicional europeu quando contrariam o Direito Europeu originário, mas também os atos típicos da União e/ou de alguma/qualquer de suas instituições ou órgãos. São, igualmente, alvos de terem suas aplicações afastadas no controle de juridicidade.

Carta dos Direitos Fundamentais, não importando se ocorreu por lei, decisão, sentença ou acórdão, ato administrativo ou outro, são cabíveis determinadas ações, ou melhor, expedientes, instrumentos processuais.

Em primeiro lugar, pode o cidadão recorrer com fulcro nos Tratados, dentro do próprio país, a um tribunal nacional, que é juízo comum de direito europeu, para denunciar o desrespeito. Variará em cada tradição jurídica a ação ou recurso, apelação, de ilegalidade cabível<sup>37</sup>.

Na jurisdição europeia do TJUE, em face de descumprimento de preceito da Carta dos Direitos Fundamentais, dada que esta equivale a Tratado, é proponível Ação de Incumprimento<sup>38</sup>, também referida como Ação por Incumprimento, que é o único expediente no Direito Europeu voltado ao controle das autoridades nacionais<sup>39</sup>. A competência para julgar é do Tribunal de Justiça da União Européia<sup>40</sup> *em sentido estrito*. O TJUE divide-se em duas classes, o Tribunal em sentido estrito e o Tribunal Geral, que ainda acolhe o Tribunal da Função Pública<sup>41</sup>. Sempre que um Estado é parte de uma ação, esta é de competência do TJUE em sentido estrito, que, de alguma maneira, exerce o papel de corte máxima dentro do TJUE<sup>42</sup>, ou seja, da jurisdição da União.

---

37 Grosso modo, a mero título ilustrativo, pode-se visualizar um paralelo, aproveitando o caso brasileiro. Quando uma lei atenta contra a Constituição, desde que respeitados seus requisitos, cabe Ação Direta de Inconstitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal (ou Representação de Inconstitucionalidade, se a irregularidade for contra Constituição estadual, proposta junto ao Tribunal de Justiça estadual) por uma parte legitimada. Ou em via de recurso, se couber, de que pode ser proponente um particular.

No caso europeu, há de se verificar no país violador do Direito da União qual expediente processual admite o indivíduo como parte para postular sua pretensão *in concreto* ou para apreciação do pleito *in abstracto*, quando possível.

38 Optou-se por manter a forma original do português lusitano, em lugar de “descumprimento”, devido à identidade europeia de Portugal, já que falamos de justiça europeia.

39 Há outros instrumentos de controle jurisdicional do Direito Europeu, que regulam a atuação da União e das instituições e órgãos. São eles: Recurso de Anulação, Exceção de ilegalidade, Ação para Cumprimento. Há ainda o Reenvio Prejudicial, cuja natureza é de cooperação jurisdicional, que abarca duas modalidades - de validade e de interpretação. Além das Medidas Provisórias, das ações de responsabilidade civil extracontratual e das cláusulas ou medidas de salvaguarda.

40 Sua função precípua é interpretar o Direito Europeu, mas a instituição guardiã dos Tratados é a Comissão Européia.

41 Julga litígios envolvendo a UE e seus funcionários.

42 É importante assinalar que o TJUE não é grau recursal dos tribunais nacionais. Não exerce controle sobre os tribunais nacionais, que são tribunais comuns de direito europeu, exceto quando os vinculam em alguns casos de reenvio prejudicial. A consulta via reenvio prejudicial ocorre obrigatoriamente quando do tribunal nacional não houver mais recurso para outro. Mas, se o juiz nacional que não esteja obrigado a reenviar, opta por fazê-lo, ficará vinculado ao posicionamento do TJUE. O Tratado diz que qualquer órgão jurisdicional, não necessariamente um tribunal, pode reenviar. O reenvio suspende o processo até que o TJUE se manifeste. Há duas espécies de reenvio prejudicial, de validade (somente sobre direito europeu derivado, pois verifica a validade dos atos típicos segundo a parametricidade



A jurisdição do TJUE é de atribuição, pois prevista pelos Tratados; é obrigatória a todo Estado que faz parte ou venha a integrar a União Europeia, marca distintiva em relação a outras cortes internacionais; é exclusiva para assuntos comunitários; e é definitiva, já que não cabem recursos ordinários, apenas extraordinários (“rescisórios”), que são reapreciações.

A finalidade da Ação por Incumprimento é reagir contra uma ação<sup>43</sup> ou omissão<sup>44</sup> do Estado, que tinha o dever legal de agir, geradora de uma violação de obrigação por força dos Tratados, na letra do artigo 258 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, através da sua condenação. Ou seja, “incumprimento” pode ser a violação de direito europeu originário, dos próprios Tratados; ou de direito europeu derivado, quando os Tratados estabelecerem obrigação aos atos típicos, por exemplo.

O desrespeito a um preceito da Carta dos Direitos Fundamentais enquadra-se na primeira hipótese.

Os legitimados a propor a Ação são a Comissão e os próprios Estados-membros. O cidadão tem acesso a ela por meio do formulário de reclamação<sup>45</sup> que pode enviar à Comissão, reclamando a situação e solicitando que a instituição atue. A Comissão é livre para atender ao pedido ou não, sua decisão é absolutamente discricionária.

A Ação por Incumprimento divide-se em duas etapas: pré-contenciosa<sup>46</sup> e contenciosa. A primeira corre perante a Comissão Europeia e segue as seguintes etapas. A Comissão emite carta de notificação ao Estado, que fica obrigado a apresentar suas explicações. Se a Comissão não se satisfizer, formula um parecer fundamentado, que não é vinculativo, contendo a identificação do descumprimento, propostas de medidas para eliminá-lo e fixação do prazo para sua eliminação. A seguir, segundo o princípio da oportunidade, a Comissão pode, ou não, passar a propositura da ação. Se ficar satisfeita e não emitir o parecer, em até 3 meses, um Estado-membro, que tenha reportado o

---

do direito europeu originário e de interpretação (sobre atos típicos - derivado - e tratados - originário -). Sobre o tema, ver caso CILFIT e Acórdão Foto-Frost.

43 Quando um Estado-membro adota um ato jurídico contrário à norma comunitária ou executa ações materiais ou práticas violadoras do direito europeu (tratamento desigual da administração pública, ou da polícia, em razão de nacionalidade), por exemplo.

44 Quando um Estado-membro recusa-se, implícita ou explicitamente, a adotar medidas comunitárias.

45 Disponível no site e em todos os escritórios e representações da União Europeia, em particular da Comissão.

46 Mesmo quando o autor é um Estado-membro, a fase pré-contenciosa acontece junto à Comissão.

descumprimento, por exemplo, pode por conta própria propor a ação no TJUE.

A fase pré-contenciosa existe para que o Estado tenha a oportunidade de corrigir seu descumprimento antes do litígio, para permitir que o Estado se defenda e para definir o objeto do litígio.

Na fase contenciosa, se o TJUE não entender haver descumprimento, nada acontece. Mas, se fica comprovado que o governo de um país ordenou sua autoridade policial de fronteira e aeroportos a não permitir a entrada de cidadãos de origem de um determinado outro Estado-membro; ou que não concedeu a um trabalhador, nacional do seu país ou de Estado-membro, certo auxílio desemprego a que fazia jus; ou promulgou uma lei que aumente drasticamente o nível de emissão de uma substância tóxica na atmosfera ou em um rio; todas em flagrante arrepio da Carta, o Acórdão do TJUE será declaratório do descumprimento<sup>47</sup>, não anula qualquer ato jurídico (legislativo, administrativo, etc) do Estado questionado.

O acórdão não prevê prazo para adoção das medidas necessárias a sua execução, entretanto, o TJUE fixou que devem ser iniciadas de imediato e estar concluídas em breve prazo, sob pena de nova Ação por Incumprimento a ser instaurada por violação do artigo 260, número 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia.

Portanto, caso o Estado não cumpra o acórdão, permanecendo em “incumprimento”, abre-se ensejo à nova ação, que só pode ser intentada pela Comissão, com todas as fases e tramitação iguais. Porém, nessa nova Ação, a Comissão pode pedir ao TJUE que condene o Estado ao pagamento de uma sanção pecuniária, fixa ou progressiva. Essa cobrança monetária foi uma inovação do Tratado de Lisboa, visto que antes dele, ao fim da primeira Ação por Incumprimento, nada poderia ser feito<sup>48</sup>.

“O aspecto decisivo da efetividade de proteção dos direitos reside na existência de um tribunal, dotado de jurisdição obrigatória e que possa ser acionado por iniciativa direta dos titulares dos direitos alegadamente violados como acontece no sistema eurocomunitário,

---

<sup>47</sup> Também será declaratório, e não constitutivo, por óbvio, se não for comprovado o incumprimento.

<sup>48</sup> Os Estados buscam algumas defesas recorrentes, que ficaram conhecidas como defesas típicas. Entre elas, atribuir a outro órgão estatal a culpa, alegar situações de ordem interna que impediram o cumprimento, inexistência de intenção de transgredir, ausência de prejuízo ou dano, falta de cumprimento por parte de outro Estado... todas foram rechaçadas pelo TJUE. Se um Estado alegar que o “incumprimento” se deve a uma disposição constitucional, o TJUE já consolidou que o Direito Europeu é superior e, mais, que a ele só cabem causas comunitárias, logo não “enxerga” direitos nacionais ou sequer Constituições.

com o Tribunal de Justiça da União Européia”<sup>49</sup> (DUARTE, 2010, p.93).

## 5. Conclusão

A UE escreveu a história. Ou, minimamente, começou a escrever a história dos direitos fundamentais e humanos no século XXI, mudando seu curso na História para sempre.

Direitos, inclusive os fundamentais, não são intrínsecos ou dados. São conquistados, revelados e traduzem a forma de pensar de uma determinada corrente do pensamento, que logrou, em algum momento, evidência política e implementou as suas teses, de acordo com os contextos históricos e na medida da sua limitação. Por isso, sua expressão positiva que confere máxima normatividade, imperatividade e *vinculatividade*, no que se convencionou chamar de constitucionalismo europeu devido aos valores, princípios, organização institucional, liberdades e garantias, ainda que sem uma constituição propriamente, é tão relevante. É o conjunto, a reunião de Estados mais importante, influente e avançada que já existiu no mundo colocando os direitos humanos em um patamar em que nunca haviam estado antes. Em termos conceituais ontológicos e de efetividade. Agora estão e de modo categórico. A internacionalização dos direitos fundamentais está no auge. A fase da constitucionalização já é pouco ambiciosa.

Evidentemente, há largas porções do planeta, e por menor que fossem, já seriam demasiado grande, que sofrem com a fome e ainda precisam aprender a andar em matéria de direitos humanos. E é preciso levar, apresentar e afirmar, sem autoritarismos, a quem mais sente falta os direitos humanos como concebidos hoje, na sua dimensão contemporânea.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia é a síntese da mais atualizada da marcha dos direitos humanos. Pós fim aos paradigmas exclusivamente liberais, individualistas, sociais, coletivos, difusos, de propriedade, pós-modernos, (pós-) pós-positivistas e assentou todos, harmonicamente, com o apoio de um sistema institucionalizado, a União Européia, cuja base fundante deixou de ser o mercado comum e, com o Tratado de Lisboa, passou, de vez, a ser o ser humano. Fazer isso, construindo unidade, com respeito às culturas e às identidades particulares é um grande exemplo. Não apenas de legitimação democrática, mas da própria democracia entendida

---

<sup>49</sup> “E no sistema europeu com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem” (idem), em sede da CEDH.

como valor superlativo, muito além de sistema político<sup>50</sup>. A idéia e a imagem do “homem” titular dos direitos humanos nunca estiveram tão sofisticadas. É substância, mais do que matéria, é essência e existência.

“Todas as demandas, na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio da dignidade humana” (SARLET, 2001, p.54), que é refletido em diversas facetas da vida cotidiana (de fácil percepção, não teórico-filosófica e que fulminam a falsa dicotomia entre teoria e prática), como: previdência social, a livre circulação de mercadorias e de pessoas, lazer, cultura, educação, acesso a saúde de excelência, qualidade de vida, qualidade ambiental, condições saudáveis, liberdade, diversidade, respeito... Estão todos, rigorosamente todos, presentes, previstos e protegidos nos artigos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, do sistema institucional eurocomunitário, da União Européia como um todo, resultado de uma longa construção histórica que teve sua parcela de episódios tenebrosos até que se chegasse neste ponto.

O problema dos direitos fundamentais e humanos é de natureza política, de proteção; nem tanto filosófico, de fundamento. Foram e são obstáculos políticos os protocolos que exigiram Reino Unido, Polônia e República Tcheca de não aplicar a Carta. É o mesmo problema da polêmica recente envolvendo a expulsão da população cigana da França, prontamente criticada pela Comissão Européia. Ou ainda da proibição francesa do uso em lugares públicos de véu islâmico para as mulheres que professam essa fé, em que é preciso equilibrar a igualdade de gênero, que foi a justificativa, e a liberdade religiosa. É o embate entre os artigos 21, 22 e 23 da Carta, com a ressalva de não utilizar os direitos humanos, ou algum direito fundamental, contrapondo a outro, a fim de esconder uma motivação política reprovável.

O Direito está mais conectado ao valor do que ao texto. Por isso, outro grande acerto da Carta foi a manutenção da possibilidade de reconhecimento de novos direitos, não expressamente codificados - e é instigante que seja um texto a fazer isso -, como prescreve o artigo 6º, n. 3 do Tratado da União Européia, com a formulação dada pelo Tratado de Lisboa. Era esse o espírito da Carta, era isso que almejava: extensividade.

---

<sup>50</sup> E que é capaz, nesse sentido democrático, de prezar pelo princípio do não-retrocesso social em detrimento à reserva do possível, uma invenção utilitarista e que esconde a falência do Estado (mal) administrado por maus governantes. E que entende inadmissível o mínimo existencial como piso da dignidade humana porque não é suficiente. Não há parâmetro válido para sua determinação.

“Embora dotada de uma Carta, a União continuará, como antes, obrigada a respeitar o “*bloco de fundamentalidade*” traduzido em princípios gerais de direito que tutelam direitos previstos na CEDH<sup>51</sup> ou resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados membros. (...) Assim, se garante um nível mais elevado de proteção, porque adaptável às exigências concretas de tutela. (...) Preserva-se a identidade genética do sistema eurocomunitário de direitos fundamentais (...). O Tratado de Lisboa avançou no sentido da codificação dos direitos sem, contudo, limitar o método pretoriano de garantia dos direitos” (DUARTE, 2010, p. 40).

A União Européia começou a revolucionar a base filosófica da democracia, desde a modernidade, que não é mais o individualismo.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia é, portanto, o grande texto, com a elevação a um *locus standi* merecido há muito, promovida pelo Tratado de Lisboa, no século XXI, da história dos direitos humanos. Quando estes forem estudados, a Carta será um marco indispensável de normatividade e de aplicação.

## Referências bibliográficas

ALEXY Robert (2004) *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

\_\_\_\_\_ (2008) *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.

ARAGÃO Maria Alexandra de Sousa (2002) *Direito Comunitário do Ambiente*. Coimbra: Almedina.

ÁVILA Humberto (2009) *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª. Ed. São Paulo: Malheiros.

BACHOFF Otto (1994) *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina.

BANKOWSKI Zenon (2007) *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier.

BOBBIO Norberto (2004) *A era dos direitos*. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier.

---

<sup>51</sup> O artigo 6º, número 2 do TUE, embora em condições rígidas, prevê a possibilidade de a União Européia aderir à Convenção Européia dos Direitos do Homem, o que viabiliza a concretização de um processo de mais de 30 anos de aproximação.

- \_\_\_\_\_ (2006) *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone.
- \_\_\_\_\_ (2005) *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense.
- BONAVIDES Paulo (2006) *Constitucionalismo social e democracia participativa*. Madrid: Universidade Autónoma de Madrid.
- \_\_\_\_\_ (2003) *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- BOUTMY Emile (1907) *La déclaration des droit de l'homme et M. Jellinek, in Études politiques*. Paris: s/e.
- BULL Hedley (1985) *Justice in international relations*. Waterloo: University of Waterloo Press.
- CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto (2001) *Direito das organizações internacionais*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey.
- \_\_\_\_\_ (2006) *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey.
- CANOTILHO José Joaquim Gomes (1998) *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina.
- \_\_\_\_\_ (2008) *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina.
- CASTELLS Manuel (1998) *The power of identity*. Oxford: Basil Blackwell.
- CHATELET François (1994) *História das idéias políticas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- COMPARATO Fabio Konder (2001) *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- CONSTANT Benjamin (1985) “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos” In: *Filosofia Política 2*: Porto Alegre: L&PM.
- DUARTE Maria Luísa (1996) *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Européia e os Estados-membros*. Lisboa: Universidade de Lisboa.
- \_\_\_\_\_ (2010) *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina.
- FINLEY M.I. (1988) *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro:

Graal.

GORJÃO-HENRIQUES Miguel (2008) *Direito comunitário*. 5ª. Ed. Coimbra: Almedina.

GROTIUS Hugo (2004) *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: UNIJUÍ.

HASS Ernst (1958) *The uniting of Europe: political, social and economic forces*. Stanford: Stanford University Press.

HABERLE Peter (1991) *Efectividad de los derechos fundamentales em el Estado constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*. Madrid: s/e.

\_\_\_\_\_ (2002) *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HABERMAS Jürgen (2004) *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola.

\_\_\_\_\_ (2003) *Direito e democracia*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HAESBAERT Rogério (org) (2001) *Globalização e fragmentação no mundo contemporâneo*. Niterói: Eduff.

HAZARD Paul (1991) *El pensamiento europeo em el siglo XVIII*. Madrid: Alianza.

HELLER Hermann (1968) *Teoria do estado*. São Paulo: Mestre Jou.

HERMET Guy (1996) *História das nações e do nacionalismo na Europa*. Lisboa: Estampa.

HESSE Konrad (1991) *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

HOBSBAWM Eric (2007) *A era das Revoluções*. 21ª Ed. São Paulo: Paz e Terra.

JACKSON Robert e SORENSEN Georg (2007) *Introdução às relações internacionais*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

KANT Immanuel (1994) *Crítica da razão pura*. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.



\_\_\_\_\_ (1997) *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Ediouro.

\_\_\_\_\_ (1995) *Crítica da razão prática*. Lisboa: Edições 70.

KELSEN Hans (2006) *Teoria pura do direito*. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_ (2003) *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes.

\_\_\_\_\_ (2000) *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes.

KEOHANE Robert (1993) *International theory and the realist challenge after the Cold War*, in D.A. Baldwin (ed.).

\_\_\_\_\_ e NYE Joseph (1971) *Transnational relations and World Politics*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

LASSALE Ferdinand (2009) *A essência da constituição*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOCKE John (1999) *Ensaio sobre o entendimento humano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

MADURO Miguel Poiares (2006). *A constituição plural – constitucionalismo e União Européia*. Cascais: Principia.

MARTINS Ana Maria Guerra (2004) *Curso de direito constitucional da União Européia*. Coimbra: Almedina.

MAZZUOLI Valério de Oliveira (2011) *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO Celso D. de Albuquerque (1996) *Direito internacional da integração*. Rio de Janeiro: Renovar.

MIAILLE Michel (1989) *Introdução crítica ao direito*. 2ª Ed. Lisboa: Estampa.

MIRANDA Jorge (2000) *Manual de direito constitucional*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

MOTA DE CAMPOS João e MOTA DE CAMPOS João Luiz (2010) *Manual de direito europeu*. 6ª. Ed. Coimbra: Coimbra Editora.

PIOVESAN Flávia (2006) *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva.

RAMOS Rui Moura (2003) *Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_ (1999) *Das comunidades à União Européia: estudos de direito comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.

SARLET Ingo (2001) *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SAVIGNY Friedrich Karl Von (2001) *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp.

SCHMITT Carl (1992) *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza.

SILVA Miguel Moura (2008) *Direito da Concorrência, uma introdução jurisprudencial*. Coimbra: Almedina.

SKINNER Quentin (1996) *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Cia das Letras.

WATSON Adam (2004) *A evolução da sociedade internacional*. Brasília: UNB.

WEBER Max (2004) *Estudos políticos – Rússia 1905 e 1917*. Rio de Janeiro: Azougue.

\_\_\_\_\_ (2009) *Economia e Sociedade*. Brasília: UNB.

WEISS Carlos (1999) *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros.

WENDT Alexander (1999) *Social Theory of international politics*. s/l:Cambridge University Press.



# DIREITOS HUMANOS NO MARCO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO REGIONAL NO MERCOSUL\*

## DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN REGIONAL EN EL MERCOSUR

*Victor Abramovich\*\**

---

**Resumo:** O respeito aos direitos humanos é hoje uma condição indispensável do processo de integração. O conceito não se distancia da noção de limite aos abusos da autoridade pública, mas incorpora uma dimensão mais complexa. Na atualidade, as demandas por direitos são muito mais complexas: não se exige do Estado somente o respeito aos direitos, mas ações efetivas para garantir seu exercício. Na criação do IPPDH marca-se a ênfase das iniciativas dos Estados, e em particular dos governos, para garantir o exercício de direitos. A participação social é a chave da legitimidade das políticas sobre direitos humanos do MERCOSUL e também da reafirmação desta fase do processo de integração do MERCOSUL, pensado como a construção de uma incipiente comunidade política regional.

**Resumen:** El respeto a los derechos humanos hoy es una condición indispensable del proceso de integración. El concepto no pierde la noción de límite a los abusos de la autoridad pública, sino que incorpora una dimensión más compleja. En la actualidad las demandas por derechos son mucho más complejas: no se demanda al Estado solamente el respeto de los derechos, sino acciones efectivas para garantizar el ejercicio de esos derechos. Con la creación del IPPDH se evidencia el énfasis en las iniciativas de los Estados, y en particular de los gobiernos, para garantizar el ejercicio de los derechos. La participación social es clave para la legitimidad de las

---

\* Publicado em espanhol na revista “Democracia y Derechos”, Red Universitaria sobre Derechos Humanos y Democratización para América Latina. Año 1, Nº 1. Julho de 2012. Buenos Aires, Argentina.

\*\* Advogado (UBA). Magister em Direito e Estudos Internacionais (LLM) na Escola de Direito de Washington (American University). Secretário Executivo do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do MERCOSUL -IPPDH-. Foi o Vice-presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), e Relator sobre direitos das mulheres e direitos dos povos indígenas. Foi Diretor Executivo do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS). É professor da Facultad de Direito da UBA e Diretor da Maestria em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Universidade Nacional de Lanús (UNLA). Escreveu diversos livros e artigos sobre direitos humanos, particularmente sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

*políticas sobre derechos humanos del MERCOSUR. También lo es para afirmar esta fase del proceso de integración del MERCOSUR, pensado como la construcción de una incipiente comunidad política regional.*

***Palavras-chave:*** *Direitos Humanos, Políticas Públicas, MERCOSUL*

***Palabras clave:*** *Derechos Humanos, Políticas Públicas, MERCOSUR*

---

No ano de 2009, os Estados que integram o MERCOSUL decidiram criar o Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) como uma instancia de cooperação técnica, pesquisa aplicada e apoio à coordenação de políticas públicas em direitos humanos na região e como um espaço para aportar ideias sobre os direitos humanos percebidos como um dos eixos fundamentais do processo de integração regional. O novo Instituto tem sua sede na cidade de Buenos Aires e espera-se que, no devido momento, funcione -junto a outras organizações— nas instalações da antiga *Escuela Mecánica de la Armada* (ESMA), que tem se convertido em um espaço de memória, verdade e justiça relacionado ao terrorismo de Estado de que padeceu a Argentina entre meados da década de 70 e o princípio da década de 80 do século XX.

A orientação política dos governos ao criar esta nova instituição no MERCOSUL tem importante significado porque marca a existência de um passado comum entre os Estados do espaço integrado, de uma história comum de violações massivas e sistemáticas que deve ser enfrentada e que, ao mesmo tempo, projeta compromissos para o presente e para o futuro. Trata-se de um passado comum que, ao mesmo tempo, ajuda a definir culturalmente “em contraposição com o terror de Estado” a repulsa a todas as formas de autoritarismo, de opressão, de perseguição, de violência estatal, de avassalamento da dignidade humana. Contribui à formação de uma consciência regional orientada ao respeito de um patamar mínimo de direitos fundamentais que devem ser sempre resguardados e à afirmação de regras e princípios éticos básicos para articular a convivência social em democracia. De tudo isso, tem-se que a questão do respeito aos direitos humanos tem sido ponto central das transições em nossos países e hoje em dia está intimamente ligada à ideia de democracia dos sul-americanos.

Trata-se também de um elemento central para pensar o processo de construção de cidadania e de direitos regionalmente, ou seja, os direitos que os Estados membros do MERCOSUL reconhecem a favor dos cidadãos dos demais países que conformam o processo

de integração e os direitos humanos que reconhecem os países da organização regional de maneira geral, independente da nacionalidade das pessoas. Nesse sentido, vários documentos do MERCOSUL - em particular o Protocolo de Assunção de 2005 — reconhecem o gozo efetivo dos direitos humanos como condição indispensável do processo de integração.

A memória desse passado de violência e violação de direitos que compartilhamos é importante também para pensar a construção social de identidades regionais que acompanhem essa idéia de cidadania: identidades que constituem a expressão de nossos povos, identidades que funcionam como base para que o MERCOSUL seja concebido não só como um mercado comum, mas também como uma incipiente comunidade política. Memórias, identidades e cidadania são alguns elementos decisivos para pensar na conformação gradual de uma comunidade política regional e os direitos humanos são um fator, em nossa opinião, muito relevante nessa construção coletiva.

A segunda orientação política chave dos governos ao criar o IPPDH consiste no fato de os Estados membros do MERCOSUL conceberam este órgão não só como um instituto de direitos humanos, mas como um instituto de políticas públicas em direitos humanos. Isso ressalta a ênfase nas iniciativas dos Estados, e em particular dos governos, na garantia do exercício dos direitos. Na experiência histórica de nossos países, os direitos humanos têm sido percebidos de forma fundamentalmente vinculada à resistência às ditaduras e aos debates de transição; estão pensados como limites ao funcionamento do Estado; respondem à preocupação sobre como limitar os abusos do poder estatal. Essa ideia está vinculada a uma noção tradicional liberal dos direitos como limite ao exercício abusivo de poder dos Estados. Trata-se de uma visão clássica dos direitos humanos que – de algum modo — foi construída sob o paradigma liberal dos direitos, que concebia aos direitos humanos como um limite à ação estatal, como um tipo de decálogo de proibições.

Entretanto, na atualidade, as demandas por direitos são muito mais complexas: não se demanda do Estado somente o respeito aos direitos, mas ações efetivas para garantir o exercício desses direitos. Especialmente quando essas demandas se originam de setores que se encontram em situação de desigualdade estrutural, que sofrem violência ou discriminação de índole social, étnica, racial ou de gênero. Esta situação implica uma releitura de todos os direitos humanos e sua consideração sob outro enfoque mais próximo da noção dos direitos sociais.

Nesse sentido, reconhecemos atualmente que os direitos humanos possuem uma dimensão coletiva além de sua dimensão individual. Também reconhecemos que a expectativa sobre o papel do Estado é muito mais exigente: dos Estados são demandadas ações, estratégias e políticas. Os instrumentos jurídicos internacionais e as normas constitucionais nacionais obrigam a proteger determinados setores sociais, restabelecer equilíbrios e assegurar condições de igualdade social que não assegura o mercado. O conceito não perde a noção de limite aos abusos da autoridade pública, mas incorpora uma dimensão mais complexa. Essa transformação está relacionada com as mudanças que se dão nas distintas demandas de igualdade estrutural. O que implica uma mudança também na concepção do papel do Estado: não basta que os Estados respeitem os direitos, eles devem também garanti-los. Para garantir direitos fundamentais se fazem necessárias instituições públicas que definam políticas, estratégias de intervenção pública e capacidade técnica e política de realizá-las.

Se hoje pensamos a região em termos de possibilidade de desenvolvimento de políticas públicas adequadas em resposta a essas demandas, os desafios que aparecem são enormes em razão das pendências nos processos de consolidação de nossas democracias. Se, por um lado, foram registrados avanços muito importantes relacionados à institucionalidade pública e social em sistemas judiciais, em sistemas eleitorais e nos canais de participação política, persistem dívidas sociais ainda significativas. Por isso é muito importante que as áreas governamentais que trabalham com os direitos humanos, além de se fortalecerem a si próprias, possam entrar em diálogo com outras áreas do governo que programam políticas específicas, nas quais se envolvem direitos.

Pensemos, por exemplo, nas discussões sobre políticas sociais, políticas judiciais, políticas carcerárias. Na área das políticas sociais, fala-se de uma abordagem de direitos como forma de se conceberem as políticas sociais baseada na cidadania e nos títulos de exigibilidade que se reconhecem aos destinatários dos serviços e benefícios sociais. As políticas judiciais têm como um eixo prioritário o acesso à justiça e a definição desta idéia baseada em desenvolvimentos realizados no âmbito dos direitos humanos. As políticas carcerárias devem seguir como marco orientador da proteção da integridade física e evitar a tortura e o tratamento desumano e degradante, de modo que seria inconcebível pensar em políticas carcerárias sem que se considerem os direitos humanos como um ponto de partida. Isto é, os direitos humanos podem ser pensados como um campo específico de política pública e também como uma abordagem que tem que ser incorporada



aos distintos âmbitos que definem as políticas governamentais.

Sem dúvida, a questão das políticas públicas se coloca no núcleo da discussão. Dessa perspectiva extrai-se que o IPPDH não deve ser concebido como uma instância de supervisão ou fiscalização, mas basicamente como instância de pesquisa aplicada, de cooperação técnica com os governos e de coordenação de políticas regionais.

A terceira definição política importante dos governos seria pensar uma agenda de direitos humanos para MERCOSUL vinculada a políticas de memória, verdade e justiça - a exemplo da comissão de violações sistemáticas - e também aberta aos desafios em matéria de direitos humanos que enfrentam os sistemas democráticos nos quatro países da região. É importante marcar que os países do MERCOSUL contam com ativo institucional relevante em termos de organismos governamentais especializados que pensam e desenvolvem políticas em direitos humanos, tais como políticas de memória, políticas reparatórias e programas nacionais de direitos humanos.

Na última reunião do Conselho de Representantes Governamentais do Instituto, foram aprovados quatro eixos prioritários para trabalho futuro da instituição, os quais, por sua vez, constituem os eixos principais do MERCOSUL no campo dos direitos humanos. O primeiro eixo consiste em aprimorar os esforços de coordenação nas políticas de memória, verdade e justiça. Apesar de que cada país avança em seu próprio ritmo, em seu próprio contexto, trata-se de um debate central nos quatro.

Hoje esse é um tema central na Argentina, onde tem havido avanços históricos e importantes em termos de julgamento de crimes de lesa humanidade perante tribunais nacionais com aplicação de leis nacionais. O número de casos julgados e de pessoas condenadas também é um dado mundialmente inédito. Os objetivos consistem em orientar esses processos judiciais, acompanhar a instalação da comissão da verdade no Brasil e manter o funcionamento de uma instância de coordenação de informações e arquivos relacionados à Operação Condor, à qual o IPPDH prestará assistência técnica.

Entre as iniciativas realizadas pelo IPPDH em matéria de memória, verdade, justiça e reparação por graves violações destacam-se, por um lado, a elaboração do documento sobre “Princípios para as políticas públicas em matéria de locais de memória” (IPPDH, 2012a). O documento, em sua versão em espanhol e português, contém 29 princípios destinados a guiar as políticas que se programem em

diferentes países da região em matéria de criação, preservação e gestão de locais onde se cometeram graves violações aos direitos humanos, onde se resistiu ou se enfrentaram essas violações, o que deve ser utilizado para recuperar, repensar, e transmitir processos traumáticos e/ou para homenagear e reparar as vítimas. Do mesmo modo, os Presidentes do MERCOSUL consideraram este documento um “guia orientador para as políticas públicas na matéria”. O documento foi apresentado em diversos seminários e encontros internacionais.

Por outro lado, tendo em vista o mandato de prestar assistência técnica ao “Grupo Técnico de obtenção de dados, informações e relevamento de arquivos das Coordenações Repressivas do Cone Sul e em particular da Operação Condor”, que funciona no âmbito da Comissão Permanente de Memória, Verdade e Justiça da RAADDHH, o IPPDH desenvolveu, entre outras iniciativas, uma pesquisa sobre arquivos públicos vinculados a graves violações aos direitos humanos cometidas no marco das coordenações repressivas da região. Especificamente, elaborou-se um guia de arquivos e fundos documentais relacionados com este tema na Argentina, no Brasil, no Chile, no Paraguai, e no Uruguai, no qual se descreve brevemente o conteúdo desses documentos. Também relata as condições de preservação e níveis de acesso, especificando em cada caso se existem restrições de caráter normativo ou fático.

Até o momento, o guia apresenta 109 fundos documentais guardados em diversas instituições de produção, custódia ou arquivo, em um período que abarca desde princípios dos anos sessenta até a atualidade, com preeminência dos períodos ditatoriais. Tratam-se de documentos produzidos fundamentalmente pelos organismos públicos, em particular de defesa, segurança e inteligência. Inclui, ainda, documentação produzida por outras entidades públicas que desenvolveram pesquisas judiciais ou administrativas tendentes a esclarecer o acontecido nesse período. Também apresenta documentação produzida ou depositada em organizações sociais e centros acadêmicos.

O guia, que se confeccionou seguindo padrões internacionais para a descrição de arquivos, constitui um instrumento de pesquisa de documentos úteis para a investigação (judicial e administrativa), estudo, e interpretação do passado recente. Essa ferramenta se encontra disponível online e pode ser acessada pela página do IPPDH.

O segundo eixo são as políticas de prevenção da violência institucional e de segurança cidadã porque se faz coerente, além de trabalhar o legado das ditaduras e as violações, enfrentar os temas da violência estatal ainda hoje vigentes em muitos de nossos

países. Continuam existindo hoje problemas de violência policial, de superlotação, de superpopulação carcerária e faz-se necessário melhorar os mecanismos de controle e prevenção. Além dos avanços no tratamento dos temas vinculados às ditaduras do passado na região, na atualidade enfrentamos violações e conflitos de direitos humanos que não se manifestam em forma isolada, mas que refletem muitas vezes padrões estruturais de violência e de discriminação. Esses conflitos refletem déficits importantes dos sistemas democráticos construídos ao longo destes anos. Estamos nos movimentando, em muitos países, na pesquisa judicial de situações de planificação de desaparecimentos forçados e torturas, mas ainda convivemos com níveis altos de violência policial e carcerária. Não se trata de uma violência planejada pela estrutura centralizada do Estado, mas não se manifesta em fatos esporádicos ou isolados ou que possam se resolver com reparações individuais. É uma violência que está consolidada, de cunho estrutural, que muitas vezes obedece a práticas complexas que não temos conseguido desativar nas instancias democráticas.

Como parte das diretrizes de trabalho em matéria de prevenção da violência Institucional e segurança cidadã, o IPPDH elaborou o documento “Produção e gestão de informação e conhecimento no campo da seguridade cidadã: os casos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai”, resultado do projeto “Segurança, Cidadania e Direitos Humanos no MERCOSUL”, com o apoio do Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) (IPPDH e ACNUDH, 2012).

O estudo se propôs identificar e descrever os tipos de sistemas de informação existentes nas áreas de Justiça, Interior e/ou Segurança nos Estados parte do MERCOSUL, em matéria de violência e criminalidade, indagando em particular sobre os registros produzidos pelas polícias. Pretende-se que este documento contribua para favorecer os debates e reformas institucionais necessárias e para consolidar políticas de segurança cidadã que respeitem os direitos humanos.

O estudo foi apresentado no “Segundo Simpósio de Segurança Pública e Cidadã do MERCOSUL. Desenvolvimento de um campo de formação, pesquisa e políticas públicas”, coorganizado pelo IPPDH e pelo Ministério de Segurança da Argentina, no marco da XXXI Reunião de Ministros do Interior do MERCOSUL e Estados Associados. Além disso, o IPPDH está levando a cabo um Projeto sobre Políticas de Prevenção e Sanção da Tortura no MERCOSUL, impulsionado em conjunto com o Escritório Regional para América do Sul do Alto Comissariado de Nações Unidas para os Direitos Humanos. O projeto

tem como objetivo identificar políticas públicas eficazes na prevenção e sanção da tortura nos países que integram o MERCOSUL (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela).

O terceiro eixo são as políticas de igualdade e não discriminação destinadas tanto a pensar políticas que favoreçam melhores condições de igualdade quanto a recuperar o enfoque de direitos nas políticas e nos serviços sociais do Estado. Nesse sentido, procura-se trabalhar coordenadamente com o Instituto Social do MERCOSUL e com o processo de implementação do Plano Estratégico de Ação Social do MERCOSUL (PEAS). Há um novo modelo de políticas sociais nos países do Cone Sul que de certa forma reflete a ideia de direitos e de cidadania. Esse é um debate central no MERCOSUL.

Dentro da área das políticas sociais, a situação dos migrantes e seus direitos representam um ponto estratégico ligado à discussão do estatuto de cidadania do MERCOSUL, vale dizer, os direitos que serão reconhecidos pelos países do MERCOSUL aos cidadãos dos demais países. Tal ponto exige que se pense em um núcleo básico de direitos reconhecidos para todos, além da nacionalidade, para que a cidadania regional não funcione como um fator excludente de direitos, mas como um valor construído sobre esse âmbito comum. Os países do MERCOSUL têm impulsionado no campo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos uma opinião consultiva sobre direitos das crianças e adolescentes migrantes. De igual maneira, discutem um plano de ações para adequar a legislação e as políticas migratórias nacionais aos padrões do direito internacional dos direitos humanos.

Em tal sentido, durante o ano 2012 o IPPDH finalizou e publicou o documento “A implementação dos Acordos do MERCOSUL relativos à proteção dos direitos de crianças e adolescentes migrantes. Diagnóstico e diretrizes para ação” (IPPDH, 2012b), cujo objetivo principal seria fornecer um diagnóstico preliminar e geral da situação das crianças migrantes no MERCOSUL. Essa questão que necessita avançar com ações concretas no plano regional.

De acordo à análise da informação compilada, foram identificados alguns obstáculos concretos para a efetiva implementação dos acordos regionais vigentes, como a falta de harmonização entre legislações nacionais e multilaterais, déficits nos sistemas de informação e bases de dados de registros e sistematização da informação e a heterogeneidade nas respostas dos organismos governamentais em relação à situação das crianças e adolescentes migrantes. O documento propõe, a título de conclusão, linhas de ação e, por outro lado, oferece valiosos anexos

que sistematizam os organismos e suas funções, assim como o marco normativo a respeito.

Além disso, o IPPDH elaborou no mesmo ano o “Programa de Ações e Atividades para garantir os direitos das crianças e adolescentes migrantes e de seus familiares” (IPPDH, 2012c) no contexto das Diretrizes 3 e 4 do Eixo II do PEAS, o qual foi acompanhado pela publicação elaborada pelo IPPDH. Esta iniciativa se enquadra no mandato conferido ao IPPDH na XX RAADDHH e na IV Reunião da Comissão de Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais do MERCOSUL (CCMASM).

O programa foi apresentado pelo IPPDH e a Iniciativa Niñ@ Sur nas distintas reuniões especializadas que o IPPDH considera que devem participar em sua implementação: RAADDHH, FEM, Reunião do Setor Educativo do MERCOSUL (RME), Reunião de Ministros de Justiça (RMJ), Reunião de Assuntos Consulares, Reuniões de Ministros de Saúde (RMS) e de Desenvolvimento Social (RMADS).

O quarto eixo é o que denominamos infraestrutura em direitos humanos, isto é, como fortalecer uma institucionalidade pública e social para fazer políticas em direitos humanos no MERCOSUL e como melhorar as capacidades técnicas e políticas e a hierarquia institucional dos organismos governamentais que fazem política de direitos humanos em nossos países, além dos que fazem políticas públicas em espaços judiciais e legislativos.

Uma maneira de apoiar esse processo de melhora de capacidades técnicas consiste em ativar redes de pesquisa acadêmica e alianças estratégicas entre universidades, centros de pesquisa, produtores de conhecimento e áreas de gestão pública. Existe, no espaço do MERCOSUL, um incipiente campo acadêmico especializado nessa temática que inclui centros universitários, mestrados, projetos de pesquisa e organizações sociais com experiência e capacidade de produção de informação, que poderiam melhorar sua integração à gestão pública, aos diagnósticos, e à formulação e implementação de políticas. Na medida em que as questões de direitos humanos estão se tornando mais complexas e as violações de direitos respondem a padrões estruturais, as estratégias públicas pensadas a partir da política requerem abordagens complexas, sustentadas em diagnósticos precisos e em respostas teoricamente afinadas.

Nesse contexto, o IPPDH está desenvolvendo os primeiros passos do Projeto “Construindo uma Infraestrutura para a Proteção

e Promoção dos Direitos Humanos no MERCOSUL” financiado pelo Fundo de Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM). Trata-se do primeiro projeto do FOCEM destinado a um Instituto do MERCOSUL e o primeiro em matéria de direitos humanos.

O Projeto tem como finalidade incrementar a eficácia, a adequação e o alcance das políticas para assegurar a plena vigência dos direitos humanos nos países do MERCOSUL. Para isso, o propósito seria fortalecer os âmbitos institucionais da RAADDHH e do IPPDH, por consubstanciarem seus instrumentos para o desenvolvimento de políticas públicas em direitos humanos integradas.

Para atingir estas finalidades, a proposta baseia-se em três componentes:

1. Uma plataforma digital tendente a disponibilizar a vinculação intra e interestatal, e entre as agências governamentais e a sociedade civil que, por sua vez, facilite a participação da sociedade em políticas de direitos humanos.
2. Um espaço virtual destinado a incrementar e integrar os conhecimentos técnicos de funcionários estatais e atores sociais na área de políticas públicas de direitos humanos.
3. Um sistema de informação regional de acesso público que permita difundir: a) informação relativa a instituições públicas e sociais vinculadas aos direitos humanos e b) análise sobre institucionalidade pública em políticas de direitos humanos.

Outra maneira para fortalecer a institucionalidade em direitos humanos no MERCOSUL consiste em ativar a participação social. A experiência histórica da resistência à ditadura e as estratégias de quebra da impunidade em nossos países marcam um elemento central para a definição desta questão: as políticas em direitos humanos são importantes a partir da perspectiva do papel do Estado, mas transcendem o âmbito governamental e devem incorporar o aporte dos movimentos sociais, os movimentos de vítimas, os sindicatos e as organizações sociais. Não é possível pensar hoje no avanço dos processos de justiça na região sem o aporte decisivo das organizações sociais e das redes coordenadas de ativismo social. As organizações sociais têm um papel central na esfera dos direitos e o ativismo põe questões na agenda, converte demandas em questões de política pública e, muitas vezes, envolve também processos de implementação ou de evacuação dessas políticas.

Um ponto que deve ser considerado também no contexto do MERCOSUL consiste em como abrir os canais à participação social nas decisões que se adotam no âmbito da RAADDHH e em outros espaços de decisão na área de direitos humanos. No MERCOSUL existe um ativo institucional valioso para fazer políticas públicas de garantia de direitos: uma sociedade civil organizada, mobilizada, ativa, disposta a controlar e a impugnar, mas também a participar da discussão política, a dialogar e entrar em acordo com os governos, a participar de projetos políticos amplos de transformação e mudança social, em particular, dado o cenário histórico de governos populares e altamente representativos nos países da organização regional. A participação social é a chave para a legitimidade das políticas sobre direitos humanos do MERCOSUL. Ela também é fundamental para afirmar esta fase do processo de integração do MERCOSUL, pensado como a construção de uma incipiente comunidade política regional.

## **Referências bibliográficas**

IPPDH (2012a) *Principios para las políticas públicas en materia de sitios de memoria*. Buenos Aires: IPPDH. [online] disponible en: <<http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/details/59>>.

IPPDH (2012b) *La implementación de los Acuerdos del Mercosur relativos a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes. Diagnóstico y lineamientos para la acción*. Buenos Aires: IPPDH. [online] disponible en: <<http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/Details/20087>>.

IPPDH (2012c) *Programa de Acciones y Actividades para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes y de sus familiares*. Buenos Aires: IPPDH. [online] disponible en: <<http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/details/85>>.

IPPDH y ACNUDH (2012) *Producción y gestión de información y conocimiento en el campo de la seguridad ciudadana: los casos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: IPPDH. [online] disponible en: <<http://www.ippdh.mercosur.int/Documento/details/30087>>.



Versión online finalizada

en agosto de 2013

Versión impresa finalizada

en agosto de 2013

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros — art. 18 Protocolo de Olivos (PO)- y a la Secretaría del Tribunal (ST) — art. 35 CMC/DEC N°37/03, GMC/RES N°66/05 y GMC/RES N°39/10—

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR  
13 de agosto - Aniversario del TPR

---

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros - art.18 Protocolo de Olivos (PO) - e a Secretaria do Tribunal (ST) – art. 35CMC/DEC N° 37/03, GMC/RES N° 66/05 e GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal esté composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL  
13 de agosto - Aniversário do TPR

ISSN 2304-7887 (en línea)  
ISSN 2307-5163 (impreso)

[www.tprmercosur.org](http://www.tprmercosur.org)  
[www.revistastpr.com](http://www.revistastpr.com)

Mariscal López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”

Asunción- República del Paraguay- Teléfono 595 (21) 221411