ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

Ano CV Janeiro/Junho de 2019 Nº 141-145 V. 106

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CV • JANEIRO/JUNHO DE 2019 • Nº 141-145 • V. 106

A Sociedade Brasileira de Direito Internacional reecenta, com o presente número, a publicação de seu Boletim, iniciada em 1915, graças aos esforços do primeiro Presidente da Sociedade, Doutor Amaro Cavalcante.

A Comissão do Boletim espera que este número seja o primeiro de uma nova série, a sair regularmente duas vezes por ano, contando, para isso, com a colaboração de todos quantos queiram incentivar, entre nós, um melhor conhecimento do direito internacional, matéria mais do que nunca atual.

A publicação deste número se deve, em grande parte, à boa vontade do Embaixador Pedro Leão Velloso, Ministro das Relações Exteriores, que, tendo uma exata compreensão do que pode esta publicação significar para o desenvolvimento do estudo do Direito Internacional no Brasil, pôs todo o seu empenho em torná-lo uma realidade. A Comissão do Boletim deixa aqui externados, por isso, seus agradecimentos.

Rio de Janeiro, junho 1945.

The Brazilian Society of International Law resumes, with the present edition, the publication of its Bulletin, originated in 1915, thanks to the efforts of the first President of the Society, Doctor Amaro Cavalcante.

The Bulletin's Commission hopes that this edition be the first of a new series to be issued regularly twice a year, having, for this, the support of all of who wish to encourage, among us, better knowledge of International Law, subject more than ever so up-to-date.

The publication of this edition is due, mainly, to the good will of the Ambassador Pedro Leão Velloso, Minister of foreign affairs, that, having an exact comprehension of what this publication could mean to the development of the study of International Law in Brazil, put all his effort into making it come true. The Bulletin's Commission expresses here, for that, its gratitude.

Rio de Janeiro, June 1945.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL
Fundada em 1914

Presidente de Honra
Rui Barbosa – 1914/1923

Presidentes
Amaro Cavalcanti – 1914/1922
Rodrigo Octavio – 1922/1944
Raul Fernandes – 1944/1966
Haroldo Valladão – 1966/1987
G.E. do Nascimento e Silva – 1987/1997
Antonio Alves Celso Pereira – 1997

Diretores do Boletim
G.E. do Nascimento e Silva – 1945/1948 e 1951/1972
Paulus da Silva Castro – 1949/1950
J.R. Franco da Fonseca – 1973/1978
Antonio Augusto Cançado Trindade – 1980/1997
Wagner Menezes – 2012

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA
DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI

Expediente

Editor Chefe e Diretor/Editor in Chief
Prof. Dr. Wagner Menezes

Conselho Científico Curador/ Honorary Editors:

Adherbal de Meira Mattos (UFPA), Antônio Augusto Cançado Trindade (UnB), Antonio Celso Alves Pereira (UERJ), Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (MRE) (†), Carlos Henrique Cardim (MRE), Carmem Tiburcio (UERJ), Celso Lafer (USP), Claudia Lima Marques (UFRGS), Gilberto Vergne Saboia (MRE), Jacob Dolinger (UERJ) (†), João Clemente Baena Soares (MRE), João Grandino Rodas (USP), José Carlos de Magalhães (USP), Luiz Olavo Baptista (USP) (†), Marilda Rosado de Sá Ribeiro (UERJ), Nadia de Araújo (PUCRJ), Rubens Ricupero (MRE), Vicente Marotta Rangel (USP) (†).

Conselho Editorial/Board of Editors

Augusto Jaeger Junior (UFRGS)
André de Carvalho Ramos (USP)
André Lupi (Univali)
Arturo Oropeza Garcia (Universidade Autonoma do México - México)
Cláudio Finkelstein (PUCSP)
Diego P. Fernández Arroyo (Science Po - França)
Everton Gonçalves – (UFSC)
Florisbal Del Olmo (URI)
George Galindo (UnB)
Guilhermo Palao Moreno (Universidade de Valência – Espanha)
Jorge Fontoura (IRB)
Joost Pauwelyn (Instituto de Altos Estudos de Genebra - Suiça)
Juan Ortega Terol (Universidade Castilla La Mancha – Espanha)
Leonardo Nemer (UFMG)
Laurence Boisson de Chazournes (Universidade de Genebra – Suiça)
Luís Alexandre Carta Winter (PUCPR)
Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
María Blanca Noodt Taquela (Universidade de Buenos Aires - Argentina)
Marcelo Dias Varella (UNICEUB)
Marcelo G. Kohen (Instituto de Altos Estudos de Genebra - Suíça)

Marcio Garcia (IRB)
Marcos Vinicius Torres Pereira (UFRJ)
Maria Tereza Infante (Universidade do Chile-Chile)
Maristela Basso (USP)
Pedro Dallari (IRI -USP)
Roberto Labrano (Universidade de La Republica – Paraguay)
Roberto Luiz Silva (UFMG)
R. Venkata Rao (Universidade da India - India)
Sidney Guerra (UFRJ)
Tarin Mont'Alverne (UFC)
Umberto Celli Jr. (USP)
Valesca Raizer Borges Moschen (UFES)
Vladmir Oliveira da Silveira (UFMS)
Yasuaki Onuma (Universidade de Tokyo)
Wilson Fernández (Universidade de La Republica - Uruguai)

Conselho de Consultores "Ad Hoc" / Board of "Ad Hoc" Consultants

Alberto Cesar Moreira (Argentina)
Alexandria Alexim (Universidade Candido Mendes)
Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian (Mackenzie)
Andreia Costa Vieira (Universidade Católica de Santos)
Angel Horna (Peru)
Adriana Pucci (Argentina)
Aírton Guilherme Berger Filho (UCS)
Alberto do Amaral Jr. (USP)
Alexandre Ricardo Machado (CEETEPS)
Ana Cristina Paulo Pereira (UERJ)
Andrea Costa Vieira (UNISANTOS)
Antônio Marcio da Cunha Guimarães (PUCSP)
Arthur Roberto Capella Giannattasio (Mackenzie)
Arturo Oropeza Garcia (México)
Aziz Saliba (UFMG)
Bárbara Dayana Brasil (Faculdade Mater Dei)
Caio Gracco (USP)
Camilla Capucio (UNA)
Carlos Roberto Husek (PUC-SP)
Carmen Lúcia Sarmento Pimenta (Escola Superior de Guerra)
Carolina de Abreu B. Claro (UnB)
Carolina Merida (Universidade de Rio Verde)
Cássius Guimarães Chai (UFMA)
Cesar Augusto Silva da Silva (UFMS)
Clarissa Brandão Kowarski (UFF)
Clarisse Laupman Ferraz Lima (PUC-SP)
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro (UFU)
Clayton Vinicius Pegoraro de Araujo (USCS)
Daniela Bucci (USCS)
Daniela Menengoti Ribeiro (UNICESUMAR)
David França Ribeiro de Carvalho (MILTON CAMPOS)
Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)
Eliane Maria Octaviano Martins (UNIFIEO)
Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel (UniCEUB)
Elizabeth Accioly (Portugal)

Elizabeth Meirelles (USP)
Ely Caetano Xavier Junior (UFRRJ)
Fabio Aristimunho Vargas (UNOESTE)
Fabio Queiroz Pereira (UFMG)
Fabricio B. Pasquot Polido (UFMG)
Fauzi Hassan Choukr (ABDI)
Fernando Knoerr (UNICURITIBA)
Fernando Pedro Meinero (UNIPAMPA)
Fernando Sergio Tenorio de Amorim (Centro Universitário CESMAC/ PPGD UFPE)
Fernando Xavier (UFRR)
Flavia Leite (UNESP)
Gabriela Vieira Santos e Santos (ABDI)
Geraldo Miniuci Ferreira Junior (USP)
Guilherme Perez Cabral (PUC-Campinas)
Gustavo Vieira (UNILA)
Heloisa Helena de Almeida Portugal (FCGD)
Ilton Garcia da Costa (UENP)
Isis Aparecida Conceição (UNILAB)
Ivette Esis Villarroel (Venezuela)
Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG)
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro (UNILASALLE)
Joana Stelzer (UFSC)
João Francisco de Azevedo Barretto (UFMS)
Jorge Lasmar (PUCMG)
Jorge Marcelino (ABDI)
Joséli Fiorin Gomes (UFSM)
Juliana Fais Feriato (UNICESUMAR)
Juliana Nakayama (UEL)
Leonam Liziero (UFPB)
Leonardo de Camargo Subtil (UCS)
Leticia Virginia Leidens (UFF)
Lídia Maria Ribas (UFMS)
Lívia Gaigher Bósio Campello (UFMS)
Luciane Klein Vieira (UNISINOS)
Luis Carlos dos Santos Lima Sobrinho (UFPB)
Luís Fernando Sgarbossa (UFMS)
Luis Renato Vedovato (UNICAMP)
Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro (ABDI)
Luiz Philipe Ferreira de Oliveira (Faculdade Zumbi dos Palmares)
Maitê Moro (PUCSP)
Manoela Roland (UFJF)
Mara Darcanchy (UNIMAR)
Marcelo Escobar (DAMÁSIO)
Marcelo Negri Soares (UNICESUMAR)
Marcilio Toscano Franca Filho (UFPB)
Marco Antônio Ribeiro Tura (Mackenzie)
Marcos Vinícius Torres Pereira (UFRJ)
Maria Carmelina Londoño (Colômbia)
Maria de Lourdes Albertini Quaglia (PUCMG)
Maria Eugênia Reis Finkelstein (PUC-SP)
Maria Lúcia Navarro Lins Brzezinski (UNILA)
Mariane Morato Stival (UniEvangélica)
Martha Lucia Olivar Jimenez (UFRGS)

Masato Ninomiya (USP)
Mayra Andrade (Universidade José do Rosário Vellano)
Napoleão Casado Filho (DAMÁSIO)
Nelson Speranza Filho (UNIMONTE)
Patrícia Faga Iglecias Lemos (USP)
Patricia Grazziotin Noschang (UPF)
Patricia Ayub da Costa Ligmanovski (UEL)
Paulo Edvandro da Costa Pinto (Escola de Guerra)
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo (UERJ)
Priscila Caneparo (UNICURITIBA)
Ralph Wilde (Inglaterra)
Rafael Prado (Univ. Politécnica da Catalunha)
Rafael Santos Morais (SENAC)
Rafael Zelesco Barretto (Escola de Guerra Naval)
Ranieri Lima Resende (UFRJ)
Raphael Vasconcelos (UERJ)
Renata Alvares Gaspar (UFU)
Renata Mantovani de Lima (ITAUNA)
Renato Braz Oliveira de Seixas (USP)
Rinara Granato Santos (Faculdade de Santos Dumont / Instituto Vianna Júnior)
Roberto Menezes (FMU)
Rodrigo Vieira Costa (UFERSA)
Rui Badaró (ABDI)
Samantha Meyer (UNINOVE)
Silvio Beltramelli Neto (PUC-Campinas)
Tatiana Cardoso Squeff (UFU)
Thalita Leme Franco (ABDI)
Thiago Carvalho Borges (UBA)
Thiago Oliveira Moreira (UFRN)
Thiago Paluma (UFU)
Ulisses Reis (UFERSA)
Vera Lúcia Viegas Liquidato (FDUSP - Campus Ribeirão Preto)
Viviane Séllos Knoerr (UNICURITIBA)
William Paiva Marques Júnior (UFC)
Ynes Silva Félix (UFMS)

ISSN: 0103-8451

BOLETIM

DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

ÓRGÃO OFICIAL DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL – SBDI
ANO CV • JANEIRO/JUNHO DE 2019 • Nº 141-145 • V. 106

Editor Chefe e Diretor/Editor in Chief Prof.
Dr. Wagner Menezes

ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.
Impresso no Brasil

Diretor Editorial
Wagner Menezes

Coordenação Editorial
Paulo Henrique Reis de Oliveira

Projeto Gráfico e Diagramação
Ana Maria Zügel

Capa
Cláudio Furlan

Data de fechamento da edição
10/08/2020

Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Academia Brasileira de Direito Internacional. Ano CV. Janeiro/Junho de 2019, nº 141-145, v. 106
São Paulo: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2020.
307 p.

ISSN:0103-8451

1. Direito internacional. 2. Direito internacional – Periódicos. 3. Direito econômico internacional. 4. Direitos humanos.

---

boletim@direitointernacional.org

Linha Editorial

Missão e Foco

A política editorial do BOLETIM DA SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO INTERNACIONAL (SBDI) tem como missão e foco o aperfeiçoamento do estudo do Direito Internacional, especialmente o aprimoramento da pesquisa acadêmica de alto nível. O BOLETIM DA SBDI é aberto a todos os pesquisadores vinculados às mais diversas instituições do Brasil e do exterior e está consolidado em três eixos temáticos

- Direito Internacional Público;
- Direito Internacional Privado;
- Direito Internacional Econômico e da Integração.

A linha editorial é voltada essencialmente para a veiculação de artigos de excelência que possam dialogar com o que tem sido produzido de mais avançado nas revistas jurídicas de Direito Internacional de outros países. Nesse diapasão, o que se espera é que seja um canal de divulgação no exterior das ideias produzidas a partir das reflexões da academia brasileira, além de um instrumento de diálogo intelectual entre o global e o local.

O BOLETIM DA SBDI preza pela diversidade de autores, de cobertura regional e de tópicos e é considerado um instrumento indispensável para pesquisadores e profissionais envolvidos com o Direito Internacional em quaisquer dos seus âmbitos.

Histórico

O BOLETIM DA SBDI entrou em circulação em 1915, permanecendo por décadas como a principal publicação da área no Brasil. A partir de 2013, a sua edição foi retomada, com a preocupação da observância de todos os parâmetros de avaliação nacional e internacional de periódicos.

Conselho Editorial e Avaliadores-Pareceristas

O Conselho Editorial é formado por pesquisadores, professores e profissionais de instituições nacionais e estrangeiras, com amplo conhecimento e experiência acadêmica. O Editor-Chefe é Wagner Menezes, professor de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP – no Programa de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Presidente da Academia Brasileira de Direito Internacional. É Mestre (PUC-PR), Doutor (USP), Pós-Doutor (Universidade de Pádova-Itália) e Livre-Docente (USP). Acesso ao Currículo Lattes em http://lattes.cnpq.br/4210677711500797. Os avaliadores-pareceristas são professores e pesquisadores de todos os continentes, com conhecimentos específicos para avaliação dos artigos originais e de revisão.

Circulação

Semestral.

Objetivos

O BOLETIM DA SBDI tem por objetivos:

I – Difundir a produção científica, especialmente em matéria de Direito Internacional;
II – Incentivar temas inovadores para o estudo do Direito Internacional;
III – Discutir as lacunas doutrinárias no estudo do Direito Internacional no Brasil;
IV – Amadurecer e aprofundar o debate sobre questões doutrinárias de Direito Internacional;
V – Estudar a construção jurisprudencial pelos tribunais brasileiros e tribunais internacionais em matéria ligada ao Direito Internacional;
VI – Propor um novo pensamento para o estudo e a compreensão do Direito Internacional, com fundamento nas transformações da sociedade internacional contemporânea;
VII – Discutir os temas de Direito Internacional que ainda não são pacíficos na jurisprudência;

VIII – Estudar os mais variados aspectos do entendimento brasileiro sobre o Direito Internacional (Público, Privado e Direito do Comércio, da Integração e Blocos Econômicos);
IX – Debater a legislação contida no ordenamento brasileiro que envolva matéria de Direito Internacional;
X – Estimular a necessária integração com outros pesquisadores do Brasil e do exterior;
XI – Publicar trabalhos científicos de reconhecido interesse no campo do Direito Internacional.

Ineditismo e Exclusividade

Os textos submetidos à publicação devem ser inéditos e não devem estar sob consideração por outro periódico. Os trabalhos enviados para avaliação devem ser originais nos idiomas português, inglês, espanhol ou francês, e devem se enquadrar nas seguintes categorias:

a) *Artigos Originais*: destinam-se à divulgação de resultados de pesquisa original inédita de natureza empírica, experimental ou conceitual;
b) *Artigos de Revisão*: destinam-se a avaliações críticas e ordenadas da literatura sobre um determinado tema. Os artigos desta categoria são geralmente encomendados pelos editores a autores com comprovada experiência no assunto. Revisões não encomendadas são também aceitas, desde que expressem experiência do(s) autor(es) na área e não apenas revisão da literatura;
c) *Resenhas*: textos que possibilitem a leitura crítica e a difusão de obras de destaque lançadas recentemente no mercado editorial;
d) *Traduções*: textos que permitam a difusão em língua portuguesa de produção bibliográfica originalmente escrita em outras línguas e que apresentem grande relevância científica;
e) *Ensaios*: textos em que os autores apresentem sua contribuição original e reflexão teórica acerca dos temas mais relevantes na área de atuação da revista;
f) *Pareceres*;
g) *Análise* sobre decisões dos tribunais internos e internacionais e da jurisprudência internacional.

Sumário

O DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro 1

L'ARBITRE DU MERCOSUR ET L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION
Liziane Paixão Silva Oliveira e *Tarin Cristino Frota Mont'Alverne*..... 19

LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y EL DESAFÍO DE LA PROMOCIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA
Ena Rocío Carnero Arroyo 39

O CASO BATACLAN E O SISTEMA EUROPEU DE COMBATE AO TERRORISMO
Lisandra Ramos Duque Estrada e *Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo* 65

EL ARBITRAJE COMO SERVICIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
José Antonio Moreno Rodríguez 97

A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS
Isabella Almeida de Sá e Benevides e *Marilda Rosado de Sá Ribeiro*..... 115

TRATADOS INTERNACIONAIS E PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO
Antônio Márcio da Cunha Guimarães e *Arianna Stagni Guimarães* 143

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO PELA VISÃO JURÍDICO-ECONÔMICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA CARTA DE DEVERES E DIREITOS ECONÔMICOS DOS ESTADOS
Everton das Neves Gonçalves e *Joana Stelzer* 157

NEW FRONTIERS, NEW ACTORS, NEW RULES: GLOBAL COMMONS, HUMAN RIGHTS, BUSINESS. HOW TO IMPROVE JUDICIAL COOPERATION AND INTERNATIONAL DEVELOPMENT
Cristiana Carletti e *Laura Guercio* 213

A SEGURANÇA INTERNACIONAL E AS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS
Clarisse Laupman 245

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DO PRESO ESTRANGEIRO À ASSISTÊNCIA CONSULAR
Vera Lúcia Viegas Liquidato 261

Autores da Edição

Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Doutor e Mestre em Direito Internacional pela PUC/SP. Professor da Faculdade de Direito da PUC/SP desde 1991 (Bacharelado/Mestrado/ Doutorado). Visiting Professor/Researcher on King's College University of London. Visiting Professor/Researcher na Università Degli Studi di Milano. Advogado e consultor jurídico desde 1986 – OAB/SP: 82.984. Líder do Grupo de Pesquisa da PUC/SP junto ao CNPq – DIGE – Direito Internacional e Globalização Econômica. Autor de obras jurídicas.

Arianna Stagni Guimarães
Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professora Universitária. Visiting Professor/Researcher na Università Degli Studi di Milano. Advogada e consultora jurídica – OAB/SP: 147.460. Autora de obras jurídicas.

Clarisse Laupman
Professora Doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, clflima@pucsp.br.

Cristiana Carletti
Associate Professor of International Law, Roma Tre University.

Ena Rocío Carnero Arroyo
Docente principal de Derecho Internacional y Derecho de Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo. Master en Ciencias Jurídicas. Master en Ciencias: Mención Gestión Ambiental. Doctora en Derecho y Ciencias Políticas. Estudios de postgrado en Derecho Internacional en la Haya-Holanda. Profesora de Teoría del Estado y Sistemas Constitucionales Contemporáneos en la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo. Past presidenta del Comité de Investigacion de la Facultad de Derecho de la UNT. Exbecaria de la OEA, de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, del gobierno ruso, del gobierno holandes, de la AECI, AUIP. Estancias de investigacion en las universidades de Castilla La Mancha y de La Coruña en España. Ponente en Conferencias Nacionales e Internacionales.

Everton das Neves Gonçalves
Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS. Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS. Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no Mercosul pela FURG/RS. Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/SC. Doutor em Direito, na área de Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/MG. Doctor en Derecho, área de Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires – UBA/Bs. As. – Argentina. Professor de Analise Econômica do Direito e de Direito Econômico na UFSC/SC. Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento – CEJEGD do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC/SC. Professor credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC/SC.

Isabella Almeida de Sá e Benevides
Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro
Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, Largo São Francisco. Professor de Direito Internacional no Rio de Janeiro. Advogado. Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI), da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI) e pesquisador do NETI/USP (Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais, da Universidade de São Paulo).

Joana Stelzer
Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora do Núcleo de Extensão em Fair Trade/Comércio Justo (NEFT/UFSC). Professora credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/CCJ/UFSC).

José Antonio Moreno Rodríguez
LL.M. Harvard, 1993. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de Comités de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Miembro del Consejo de Gobierno del UNIDROIT y Presidente del Grupo de Trabajo de Contratos Agrícolas en dicho organismo. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado en relación a los Principios de la Haya sobre Contratos Internacionales. Anterior Presidente de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado. Profesor en varias universidades, entre ellas, Heidelberg y Paris II. www.jmoreno.info.

Laura Guercio
Assistant Professor, University of Perugia.

Lisandra Ramos Duque Estrada
Advogada. Bacharel em Direito pela UERJ. E-mail: lisandra.rde@gmail.com.

Liziane Paixão Silva Oliveira
Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro
Pós-doutora pelo Institut d'Études Politiques de Paris, SciencesPo. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Consultora do Lobo & de Rizzo Advogados. Membro-sócio da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Integrante da Association of International Petroleum Negotiators. Sócia fundadora do Centro de Excelência em Desenvolvimento, Petróleo, Energia e Mineração (CEDPEM). Membro-sócio do Inst. Brasileiro do Petróleo. Membro-sócio da International Law Association (ILA). E-mail: marildarosado@gmail.com.

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo
Professor adjunto de Direito Internacional Público da UERJ. E-mail: borgesmacedo@hotmail.com.

Tarin Cristino Frota Mont'alverne
Doutora em Direito pela Universidade Paris V e Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Paris V, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Vera Lúcia Viegas Liquidato
Pós-doutoranda em Direito pela Università di Bologna (Itália). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1996) e Doutora em Direito Internacional pela mesma Instituição (2003). Escreveu sua tese de doutorado na Universidad de Granada (Espanha), Facultad de Derecho. Foi professora Titular de Direito Internacional Privado: regime estatutário/servidora pública municipal (ingresso mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, com indicação unânime da banca examinadora para vaga única) na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (autarquia municipal). Professora do Curso de Especialização em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP (Campus Ribeirão Preto).

O DIREITO À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Jeancezar Ditzz de Souza Ribeiro

1. Introdução

Discorrer sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é falar sobre a outra ponta da luta pelos direitos humanos. Não bastou o mero reconhecimento jurídico ao se declararem direitos universais, pois "os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados no âmbito nacional ou internacional". Na perspectiva crítica dos Direitos Humanos, "admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso"[1].

Destarte, "quando a crença nos direitos humanos se torna mais difundida, temos de enfrentar o mundo que foi forjado por esse esforço", prosseguindo, nesse sentido, "temos de imaginar o que fazer com os torturadores e os assassinos, como prevenir o seu surgimento no futuro sem deixar de reconhecer, o tempo todo que eles são nós"[2]. Os torturadores não podem ser tolerados, mas ao mesmo tempo não devem ser desumanizados.

Em razão disso, propõe-se aqui a análise da primeira decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a proibição da discriminação por orientação sexual (*homoafetividade*), "à luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva"[3], visto que as profundas marcas

---

[1] HERERA-FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos Direitos Humanos.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 28.

[2] HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos:* uma história. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 28 *et seq.*

[3] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* 7. ed. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 443.

deixadas no tempo sobre perseguições e extermínios de *gays* ainda estão latejando hoje em dia, e demandam esforços para efetivar a proteção dessas minorias sexuais como um grupo social.

Assim, o *leading case Atala Riffo y niñas versus* Chile, é o primeiro caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos concernente à violação aos direitos da diversidade sexual, "inexistindo, portanto, um universo de precedentes a permitir a criação de uma tipologia de casos"[4]. Em outros termos, é o *direito fundamental à livre orientação sexual,* no direito ao respeito, por parte do Estado e de terceiros, "de preferência sexual e afetiva de cada um", não podendo dessa diferença na afetividade ser extraída nenhuma consequência negativa ou restrição de direitos[5].

Portanto, não se pode construir direitos humanos autônomos, ou seja, "sem contato com as realidades 'reais' nas quais vivemos; neutros e conseguidos de uma vez por todas"[6]. Afinal, o que se quer, é estabelecer uma maior participação "democrática-emancipadora"[7], visto que "os problemas sempre afetam os menos favorecidos pelos sistemas de poder, e as convenções de direitos têm uma forte carga de assunção de deveres e responsabilidades"[8].

A liberdade entre os indivíduos e a prosperidade das nações não foram suficientes para garantir o respeito à dignidade humana e ao multiculturalismo. Por vezes, ocorreu o oposto, visto que a "liberdade" serviu, em algumas circunstâncias, para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos; agravar as formas de opressão e instalar diferenças injustas.

A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade estão intimamente relacionadas a um sistema que necessita

---

[4] *Ibidem*, p. 443.
[5] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 487.
[6] HERRERA-FLORES, Joaquín, *Op. cit.,* p. 44.
[7] Herrera-Flores, *op. cit.*, p. 102, vai dizer que "a versão imperialista-colonialista do conhecimento deve ser superada por um tipo de conhecimento democrático-emancipador, cujo objetivo seja a implantação de relações de solidariedade entre nós e os outros".
[8] *Ibidem*, p. 97.

proteger os mais fracos e os desfavorecidos, promovendo as medidas necessárias à transformação da sociedade em uma perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar. Nessa mesma linha de raciocínio, Habermas defende que

> As autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado da sua autonomia política[9].

Estar em pleno gozo de participação dos direitos é usufruir dos meios na hora de garantir o resultado das lutas e dos interesses sociais. Em suma, a construção simbólica da violência e do extermínio de minorias de gênero dialogam com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a proibição da discriminação homoafetiva, conforme se pretende demonstrar.

2. Livres e iguais: a igualdade na era da "Universalidade"[10] *dos Direitos Humanos*[11]

Em primeiro aspecto, é preciso considerar a ascensão do indivíduo como sujeito pleno do Direito Internacional contemporâneo, que trouxe impacto relevante na mudança quanto ao entendimento sobre o princípio da igualdade jurídica formal para algo

---

[9] HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 149.

[10] Segundo a perspectiva crítica, "Direitos humanos" é o diálogo intercultural, o processo de luta pela dignidade. Eles não são um fim em si mesmos, são produtos culturais e, portanto, não podem ser universais, dado que existem muitas formas diferentes de se buscar a dignidade. Cf. HERRERA-FLORES, Joaquín. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos:* os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, *passim.*

[11] RAMOS, André de Carvalho, *ibidem,* p. 473.

mais afirmativo e propositivo, aplicável aos *gays*. Pode-se afirmar que a ascensão do indivíduo como sujeito "é "a mais considerável transformação em relação conceito clássico e estático das relações estritamente interestatais"[12].

Para Ferrajoli, no mesmo sentido, no novo ordenamento jurídico internacional, são de fato sujeitos de Direito Internacional não somente os Estados, mas também os indivíduos e os "povos": os primeiros como titulares, como confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; "os segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1º dos Pactos". Para dimensionar no plano teórico a mudança ocorrida, o quanto teria sido impensável, antes da Carta da ONU, o recurso de um cidadão contra o próprio Estado perante uma jurisdição internacional[13].

Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e contra qualquer incitamento à discriminação. No plano do Direito Internacional, verificou-se um processo de amplo reconhecimento de direitos de igualdade mediante sua incorporação em diversos tratados ou convenções, sejam eles de amplitude universal, como no caso do artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, de acordo com o qual todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei, sejam eles de abrangência regional, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), cujo artigo 24, de modo quase idêntico ao disposto no Pacto

[12] Para Paulo Borba Casella, "a emergência do ser humano como sujeito de direito internacional pós-moderno é a mais considerável transformação em relação ao conceito clássico e estático das relações estritamente estatais. A passagem das relações estatais diretas à institucionalização destas, por meio de 'interpostas pessoas', as organizações internacionais representam avanço considerável rumo à institucionalização do direito internacional." (CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno.* São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 1352).

[13] FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno:* nascimento e crise do Estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45.

de Direitos Civis e Políticos, preceitua que todas as pessoas são iguais perante lei[14].

Por conseguinte, todos têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei. Os tratados de Direitos Humanos, segundo a melhor doutrina, uma vez ratificados pelos Estados, assumem a condição de normas de caráter vinculante, além de preverem cláusulas gerais, em parte também preveem cláusulas especiais de igualdade ou foram complementados por outros documentos destinados a combater as mais diversas modalidades de discriminação, como é o caso das Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e da mulher (1979), bem como, mais recentemente, da Convenção sobre pessoas com deficiência, apenas para citar os exemplos mais conhecidos[15].

Por outro lado, a proibição de qualquer tipo de discriminação arbitrária e contrária à igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indicam como o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério material de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamentos diferenciados com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana[16]. Resulta evidente que não se esgota o papel da dignidade da pessoa humana para a compreensão do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade, o que pode incluir à igualdade de tratamento de minorias sexuais e a proibição de discriminação, por exemplo.

Anterior à criação da Organização das Nações Unidas, o Instituto de Direito Internacional, em sessão de 12 de outubro de 1929, adotou uma Declaração Internacional dos Direitos do Homem que apresenta a igualdade como direito fundamental do ser humano.

---

[14] SARLET, Ingo. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 540 *et. seq.*

[15] SARLET, *ibidem*, p. 540.

[16] GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 61.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948[17], no mesmo sentido, prevê logo nas primeiras linhas do Preâmbulo que todos os homens nascem livres e iguais em dignidades e direitos. No artigo II enumera que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra distinção.

O direito de igualdade perante a lei é expressamente reconhecido no Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 reafirma que todas as pessoas são iguais perante a lei e, por conseguinte, todos têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei[18].

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos o direito à igualdade e não discriminação, acolhidos no Pacto de São José da Costa Rica, têm como fundamento na unidade da natureza do indivíduo e é inseparável de sua dignidade essencial, frente à qual é intolerável toda situação que considere determinado grupo superior diferente ou separado, o que leva a privilegiá-lo no tratamento. Considera que é inadmissível criar diferenças de tratamento entre os indivíduos que não correspondam à sua única e idêntica natureza. E, em função do reconhecimento da igualdade perante a lei, proíbe-se todo tratamento discriminatório[19].

---

[17] Resolução XXX, Ata final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. O Pacto de São José da Costa Rica, no artigo 1.1, amplia o sentido das vedações às distinções. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[18] O Pacto de São José da Costa Rica foi concluído e assinado em São José, em 22 de novembro de 1969. O Brasil aderiu ao Pacto em 25 de setembro de 1992, promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. A entrada em vigor internacional ocorreu em 18 de julho de 1978.

[19] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Condição jurídica e direitos humanos da criança*. Opinião Consultiva 17/02, de 28.08.2002, Série A n. 17, parágrafo 45; *Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização* OC-4/84, de 19.01.1984, Série A n. 4, parágrafo 55; e

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera o direito à igualdade como um princípio do *jus cogens*, ou seja, norma imperativa do Direito Internacional, aplicável a todo Estado. Para a Corte, o princípio da igualdade possui um caráter fundamental para a salvaguarda dos Direitos Humanos, tanto no Direito Internacional como no interno, é um princípio de direito imperativo. Os Estados têm a obrigação de não introduzir em seu ordenamento jurídico qualquer regulamentação discriminatória, de eliminar as regulamentações e as práticas de caráter discriminatório. Devem os Estados estabelecer normas e outras medidas que reconheçam e assegurem a efetiva igualdade diante da lei de todas as pessoas[20].

Há um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio da igualdade. Os Estados estão obrigados a respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades sem nenhuma discriminação. O descumprimento pelo Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e de garantir os direitos humanos, pode gerar a responsabilidade internacional do Estado violador[21].

Em uma perspectiva histórica pode-se afirmar que a igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam expressão política direta pela primeira vez na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

No entanto, adverte Fabio Konder Comparato, que a reinvenção política da democracia foi a fórmula encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais grupos do antigo regime – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. De qualquer modo, não deixa de ser um feito notável da primeira geração dos direitos humanos e da

---

Condição jurídica e direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados. OC 18/03, de 17.09.2003, Série A n. 18, parágrafo 87.

[20] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Yatama vs. Nicarágua*, sentença de 23.06.2005, Série C n. 127, parágrafo 185.

[21] CIDH. *Condição jurídica e direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados.* OC 18/03 de 17.09.2003, Série A, n. 18, parágrafo 85; 95; 96 e 106.

legitimidade democrática. Os contornos atuais do Estado Moderno, por sua vez, caracterizam-se pela valorização do indivíduo[22] e pela conquista dos direitos individuais no plano internacional. Manifesta-se em três setores: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado[23].

O indivíduo é consagrado à categoria de sujeito de Direito Internacional Público, com fundamento na Carta da Organização das Nações Unidas em 1945, os pactos de direitos civis e políticos, de direitos econômicos, sociais e culturais, bem como as convenções estabelecidas para garantir a proteção de direitos específicos, bem como dos Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, nesse ensejo, foi a forma jurídica encontrada pela comunidade internacional de eleger os direitos essenciais para a preservação da dignidade do ser humano. Em sua real dimensão, esse documento deve ser visto como um libelo contra toda e qualquer forma de totalitarismo[24]. O sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos está dividido em dois grandes níveis, o global, cuja competência está a cargo da Organização das Nações Unidas e os chamados sistemas regionais, que se compreendem a partir do componente geográfico-espacial[25].

A proteção de direitos humanos nas Américas, por sua vez, é formada essencialmente por quatro importantes diplomas normativos: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador,

---

[22] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Introdução de Celso Lafer. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, Salamandra Editorial. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981 e 1999.

[23] COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

[24] ALMEIDA, Guilherme. ALMEIDA, Guilherme de Assis. PERRONE-MOISÉS, Claudia (coordenadores). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*: instrumentos básicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

[25] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

relativo aos direitos sociais e econômicos[26]. Um dos órgãos da Convenção Americana de Direitos Humanos é a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, uma instituição judicial autônoma e especializada, não sendo um órgão da OEA, mas da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo previsão do artigo 33 da Convenção. A Corte tem a função de aplicação, de observação dos julgamentos e da condenação dos Estados-membros violadores das regras que compõem a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A Corte tem jurisdição internacional sobre os Estados membros do Pacto de São José da Costa Rica, como o Brasil[27].

Cançado Trindade, ex-juiz presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma que em meados do século XX reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloquente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. E como denominador comum do *direito universal da humanidade* tem sido a atenção especial às condições de vida da população, em especial os grupos vulneráveis necessitados de proteção especial. O que resulta o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo o processo de desenvolvimento das normas de proteção dos Direitos Humanos.

A reconstrução humanista do Direito Internacional em busca de um novo *jus gentium* constituiu um imperativo. A renovação corrente do ordenamento jurídico internacional, sobre bases humanas, vem tomando por fundamento conceitual cânones inteiramente distintos dos do ordenamento meramente interestatal, como o são os da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos

[26] RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.
[27] MENEZES, Wagner. *Tribunais Internacionais:* jurisdição e competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 190.

do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção[28].

Com efeito, continua o atual Juiz da Corte Internacional de Justiça, os grandes desafios de nossos tempos – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica e das discriminações, a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles, e a busca do desenvolvimento humano – têm incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo, tendendo a fazer a abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas e deslocando muitas vezes a ênfase para a noção de solidariedade[29].

Sobre a subjetividade internacional do ser humano, nas palavras de Florisbal de Souza Del'Olmo, o Estado como sujeito do Direito Internacional não é fim, mas sim o meio; e que "subordinar, portanto, o ser humano à boa vontade estatal é ilógico, incongruente e impensável nos dias atuais"[30].

Um dos fundamentos do indivíduo como titular de personalidade jurídica no âmbito internacional é o acesso aos tribunais regionais de direitos humanos, uma possibilidade que está à disposição da pessoa humana. A personalidade internacional do ser humano deve ser admitida como uma realidade, buscando adequar os

---

[28] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Os rumos do Direito Internacional contemporâneo: de um *jus inter gentes* a um novo *jus gentium* no século XXI (2001). *In: O Direito Internacional em um mundo em transformação* (Ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1076.

[29] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade – Discurso proferido pelo Autor na sessão solene da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, por ocasião da outorga da medalha de Honra ao Mérito "Pontes de Miranda", realizada no Rio de Janeiro, em 25 de maio de 2004. *In:* MENEZES, Wagner (Coord.). *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.* Belo Horizonte: Arraes Eds., ago./dez. 2013, v. 1, p. 9.

[30] DEL'OLMO. Florisbal de Souza. A subjetividade do ser humano: algumas reflexões, p. 702. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. PEREIRA, Antônio Celso Alves. *Novas perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo:* estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 689-706.

mecanismos que conduzam a sociedade internacional a uma desejável harmonia e espírito solidário.

O direito à igualdade é uma "exigência de um tratamento sem discriminação odiosa, que assegure a fruição adequada de uma vida digna". É importante ressaltar que o caminho para a afirmação dos direitos humanos, encontra eco no princípio da igualdade. Os grupos sociais mais vulneráveis, por sofrerem permanentemente violação de direitos fundamentais, por exemplo, necessitam de uma proteção especial, segundo o entendimento sobre a Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993. Por essa razão, a tarefa do jurista é impor a igualdade de todos, *gays* ou não[31].

3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição de natureza judicial autônoma e especial, tem a função de aplicar, observar, julgar e condenar os Estados-membros que violam a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dos Estados que declararam a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Tem sede em São José, na Costa Rica, e tem como idiomas de trabalho o inglês e o espanhol[32].

Seja por meio da natureza consultiva ou contenciosa, a Corte Interamericana tem contribuído ao máximo para a proteção dos Direitos Humanos nas Américas, reforçando a necessidade e a importância do Sistema Interamericano: O sistema interamericano tem assumido extraordinária relevância, como especial *locus* para a proteção dos Direitos Humanos. "O sistema interamericano salvou e continua salvando muitas vidas; tem contribuído de forma decisiva para a consolidação do Estado de Direito e das democracias na região"[33]. O sistema interamericano de Direitos Humanos procura combater a impunidade e assegurar às vítimas o direito à esperança de que a justiça seja feita.

---

[31] MÜLLER, Friedrich. Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia, p. 94, *apud* RAMOS, *op. cit.*, 2014, p. 489 *et seq.*
[32] MENEZES, *ibidem*, 2013, p. 188 *et seq*.
[33] PIOVESAN, *ibidem*, 2011, p. 342.

Acredita-se, portanto, que a partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. A soberania do Estado submete-se a regras jurídicas, com a prevalência dos Direitos Humanos. "Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e revitalização, em prol da proteção dos Direitos Humanos"[34]. Cançado Trindade reforça essa ideia ao dizer que "nenhum Estado se encontra eximido de responder, por seus atos e omissões, a denúncias de violações de Direitos Humanos, ante órgãos de supervisão internacional[35].

4. A Proibição da Discriminação por Orientação Sexual

A ideia de proteção das minorias por orientação sexual e identidade de gênero é bastante simples, os direitos fundamentais não admitem exceções. "E se aplicam a todos os seres humanos, em decorrência de sua condição básica da humanidade, inclusive em relação à orientação sexual e à identidade de gênero". Ressalta que, embora incipiente na ordem internacional, os *Princípios de Yogyakarta,* adotados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, propõe normas para aperfeiçoar a proteção de todos, em matéria de orientação sexual e de identidade de gênero[36].

Flávia Piovesan, atual comissária interamericana de Direitos Humanos, ressalta a resolução da Assembleia Geral da OEA, de 7 de junho de 2011, no qual os Estados condenam toda e qualquer

---

[34] *Ibidem,* 2011, p. 92.

[35] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial por um novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade. *In:* MENEZES, Wagner (coord.). *Ibidem*, 2013, p. 84.

[36] CASELLA, Paulo Borba. "A proteção internacional dos direitos das minorias: o caso da minoria por orientação sexual e identidade de gênero", p. 185. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito à diferença*: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013.

discriminação e violência fundada em orientação sexual, encorajando a adoção de políticas públicas de combate à discriminação por orientação sexual e para a proteção de suas vítimas[37].

Assim seguem as propostas de direitos humanos, perseguidas pelo Direito Internacional. Não podendo esquecer que o pensamento crítico demanda a busca permanente da exterioridade em relação ao sistema dominante. Estamos em um período em que as críticas devem se unir para enfrentar as políticas liberais e a mundialização de uma só forma de entender as relações sociais: a neoliberal. Por isso, Herrera (2009) aponta que uma teoria crítica do direito deve se sustentar, então, sobre os pilares do reforço das garantias reconhecidas juridicamente, mas, igualmente, o *empoderamento* dos grupos mais desfavorecidos, lutando por novas formas, mais igualitárias e generalizadoras, de acesso aos bens protegidos pelo direito[38], o que aqui se vislumbra na defesa e na promoção da igualdade de minorias sexuais.

5. O caso Atala Riffo y niñas versus Chile na Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os fatos deste caso estão relacionados com o processo de custódia ou guarda levado aos tribunais chilenos pelo pai das três crianças (*niñas)* contra Karen Atala Riffo, considerando que a orientação sexual da mãe (publicamente lésbica) e de estar com um casal do mesmo sexo iria produzir danos para as três filhas. A este

[37] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 445. Prossegue a autora no sentido de que "*por sua vez, em 3 de novembro de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu uma 'unidade para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bissexuales e intersexuais'. Para a Comissão Interamericana: 'la orientación sexual y la expresión de gênero son componentes fundamentales de la vida privada de las personas. La CIDH há enfatizado que el derecho a la vida privada garantiza esferas de la intimidad que el Estado ni nadie puede invadir, tales como la capacidade para desarrollar la própria personalidade y aspiración y deter su propia identidade, así como campos de actividad de las personas que son propios y autónomos de cada quién, tales como sus decisiones, sus relaciones interpersonales y familiares y su hogar"*.

[38] HERRARA-FLORES, *op. cit*, 2009, p. 59.

respeito, a CIDH teve de decidir, *inter alia*, a responsabilidade internacional do Estado chileno para o alegado tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a Sra. Atala, por causa de sua orientação sexual, no processo judicial resultou na remoção do cuidado e da custódia de suas filhas M., V. e R. Para este efeito, a Corte analisou, entre outros, os argumentos apresentados pelo julgamento da Corte Suprema de Justiça do Chile e da decisão do Tribunal de Menores da guarda provisória[39].

Deste modo, a Corte declarou que **não** desempenha funções de "quarta instância", razão pela qual não caberia à Corte IDH estabelecer se a mãe ou o pai das três meninas poderiam oferecer o melhor lugar para as crianças. A Corte não poderia valorar as provas para decidir sobre a guarda das crianças, aspectos que estão fora do âmbito deste caso.

Na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi declarado o Chile internacionalmente responsável por ter violado: i) o direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24 (igualdade perante a lei), combinado com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e de garantia) da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala Riffo; ii) o direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24 (igualdade perante a lei), combinado com os artigos 19 (direitos) e 1.1. (Obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo das meninas M., V. e R.; iii) o direito à privacidade consagrado no artigo 11.2 (proteção da honra e da dignidade), em conjugação com o artigo 1.1. (Obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo de Karen Atala Riffo; iv) os artigos 11.2 (proteção da honra e da dignidade) e 17,1 (proteção da família) em conjunto com) o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e garantir da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo e meninas M., V. I.; v) o direito de ser ouvido, consagrado no artigo 8.1 (garantias judiciais), conjugado com os

[39] Ficha técnica do Caso Atala Riffo y niñas *versus* Chile. *Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Sentencia de 24 de febrero de 2012* (Fondo, reparaciones y costas). Disponível em: www.corteidh.org.cr. Acesso em: 15 mar. 2015.

artigos 19 (direitos) e 1.1 (obrigação de respeitar e garantir) da Convenção Americana, em prejuízo das meninas M., V. e R., e vi) garantir a equidade consagrado no artigo 8.1 (garantias judiciais), em conjunto com) o artigo 1.1 (obrigação de respeitar e garantir da Convenção Americana, em relação ao processo disciplinar, em detrimento de Karen Atala Riffo.

A Corte reiterou que o artigo 1.1 da Convenção americana de Direitos Humanos é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, e dispõe sobre a obrigação dos Estados-partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e das liberdades reconhecidos na Convenção, sem discriminação alguma. Qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que pode ser considerado discriminatório viola e é incompatível com os direitos previstos na Convenção.

Além disso, em respeito ao direito à igualdade e não discriminação, a Corte estabeleceu que a orientação sexual e a identidade de gênero também são categorias protegidas pela Convenção Americana, ao mencionar, "outra condição social", estabelecida no artigo 1.1 da Convenção. Por isso está vedada qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual da pessoa. Em consequência nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte de autoridades estatais ou por particulares, pode diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa a partir de sua orientação sexual.

Por fim, extraindo um conceito significativo de Cançado Trindade, dizer que a consciência humana desperta para sua importância, é dizer que ela mesma é fonte material última do Direito. Razão pela qual, não se pode afastar que, tratando-se do bem maior da existência humana, não se pode pensar em um direito que se sustenta sem os que controlam seu funcionamento, ou seja, os seres humanos e sua diversidade. "Assim, permitindo que o princípio da tolerância atue, possibilitando, então, a coexistência igualitária de todos e de todas no interior de uma comunidade política"[40].

[40] HABERMAS, *op. cit.*, 2001, p. 161.

6. Conclusão

Por tudo exposto pode-se concluir que, com base nos argumentos desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso analisado, que *a igualdade é inseparável da dignidade essencial de cada pessoal, frente à qual toda situação que, por considerar superior um determinado grupo implique tratá-lo com privilégios. Ou que, por considerá-lo inferior o trate com hostilidade,* ou o trate com discriminação no gozo de direitos reconhecidos.

Não menos atento à proposta de que a ampliação da interpretação da ideia de igualdade, para incluir a igualdade de gênero, bem como a proibição da discriminação, atende a uma lógica internacional de proteção dos direitos humanos, pode-se dizer também que os direitos humanos foram "inventados"[41] e devem continuar suas "(re)invenções"[42], interagindo "relacionalmente"[43] mais a partir do que vêm de baixo, assumindo desde o início uma perspectiva contextual e crítica, emancipadora[44]. Isso porque, ao contrário da visão tradicional do Direito, na qual grande parte das abordagens teóricas buscavam compreender a natureza dos direitos resultando em puras abstrações, em vazias declarações de princípios ou em meras confusões com categorias afins, urge a implementação de uma nova perspectiva, na qual a abordagem dos direitos não deve ser simplificada ou mesmo reduzida sua complexidade, visto que isso poderia implicar sempre na deformação de perigosas consequências para os que sofrem a cada dia as injustiças de uma ordem global baseada na desigualdade e na invisibilidade das causas profundas de seu empobrecimento[45].

Assim, a partir de uma interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos, caracteriza-se o artigo 1º, da proibição de qualquer forma de discriminação, como uma

---

[41] *Cf.* HUNT, Lynn. *Op. cit.,* 2009.
[42] *Cf.* HERRERA-FLORES, Joaquín. *Op. cit.,* 2009.
[43] Expressão apontada por Bourdieu, quando destaca o real relacional. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* São Paulo: Bertrand Brasil, 2004, p. 28.
[44] HERRERA-FLORES, *Op. cit.,* 2009, p. 18.
[45] *Ibidem*, p. 42.

cláusula aberta, de forma que inclui a *homoafetividade*, impondo aos Estados a obrigação de assegurar o exercício desses direitos. Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o princípio da igualdade e da proibição de discriminação sexual ingressou no domínio das chamadas normas imperativas de Direito Internacional geral, *jus cogens*, amparando a ordem pública nacional e internacional que permeia todo ordenamento jurídico. Por fim, a Corte informa que *a falta de consenso no interior dos países sobre o pleno respeito a direitos de minorias sexuais não pode ser considerada como um argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes direitos humanos ou perpetuar ou reproduzir discriminações históricas ou estruturais que estas minorias tenham sofrido.*

L'ARBITRE DU MERCOSUR ET L'APPLICATION DU PRINCIPE DE PRECAUTION

Liziane Paixão Silva Oliveira
Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Introduction

L'inscription de la «défense de l'environnement», de «l'utilisation rationnelle de toutes les ressources naturelles» en vue «d'améliore la qualité de la vie des habitants du Cône Sud» dans le texte même du préambule du Traité constitutif est révélatrice de cette prise en conscience, réaffirmée avec la ratification subséquente de l'Accord cadre relatif à l'environnement du Mercosur (ACEM).

L'affirmation de la protection de l'environnement comme objectif distinct de celui de la libre circulation des marchandises apparaît donc dans ces deux contextes: dans le traité constitutif d'une part, où il permet aux États de légitimer les limitations à la circulation de marchandises et dans l'ACEM d'autre part, où il sert à circonscrire le début d'une politique de protection de l'environnement au sein du bloc. L'article 4 de l'ACEM précise que «le présent Accord a pour objectif le développement et la protection viables de l'environnement grâce à la coordination des dimensions économiques, sociales et écologiques, contribuant ainsi à relever les normes environnementales et à améliorer la qualité de vie des populations»[1].

Ainsi, dans le cadre de l'affaire pneumatiques rechapés II, le Tribunal s'est trouvé confronté à la nécessaire mise en balance de l'obligation de libre échange et du droit de l'environnement. En effet, la partie plaignante (Uruguay) a souligné que «la prohibition imposée par l'Argentine à l'importation de pneumatiques rechapés viole les

[1] MERCOSUR. Accord-cadre relatif à l'environnement du Mercosur. Texte original en français tiré du Recueil des traités, V. 2270, I-40442, Nations Unies.

articles 1º et 5º du Traité d'Asunción en interdisant sans justification la libre circulation de biens dans l'espace du Mercosur»[2] et, de son côté, la partie défenderesse (Argentine) a affirmé que l'exception était centrée sur la protection de la santé et de l'environnement car lorsque les pneumatiques sont stockés à ciel ouvert, ils contribuent à la prolifération de maladies transmises par les moustiques, notamment la dengue, la fièvre jaune et la malaria. De plus, cette accumulation augmente le risque d'incendie dans les décharges publiques et l'on sait que pour chaque pneumatique brûlé, 10 litres de goudron sont libérés pouvant s'infiltrer et contaminer le sol et la nappe phréatique, sans compter les gaz tels que l'oxyde de carbone, les dioxines, les hydrocarbures aromatiques polycycliques et autres substances toxiques et cancérigènes[3]. De ce fait, selon la partie défenderesse, la Loi argentine nº 25.626 était sous-tendue par le principe de protection de l'environnement auquel se réfère le Préambule du Traité d'Asunción et dans l'Accord Cadre sur l'Environnement du Mercosur[4].

Dans le différend relatif aux pneumatiques rechapés II, pour la première fois les tribunaux du Mercosur ont eu l'opportunité de prendre position quant à l'application du très controversé sur la scène internationale principe de précaution[5].

---

[2] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 20.

[3] ODA, Sandra; FERNANDES JÚNIOR, José Leomar. «Borracha de pneus como modificador de cimentos asfálticos para uso em obras de pavimentação», *Acta Scientiarum*, Maringá, vol. 23, nº 6, p. 1589-1599, 2001. RODRIGUES JORGE, Maria et.al. «Aproveitamento de borracha de pneus inservíveis na produção de componentes para construção», in *Congresso Brasileiro de Ciência e Tecnologia em Resíduos e Desenvolvimento Sustentável*, Florianópolis, ICTR, 2004.

[4] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 35 et 38.

[5] Par exemple, sur la scène international (OMC) on peut cite les différends relatif a l'interdiction d`importation de bœuf aux hormones et d'amiante. (OMC, Groupe spécial, Rapport. Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/R) du 18 septembre 2000. OMC, Organe d'appel, Rapport, Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (WT/DS135/AB/R) du 12 mars 2001). Sur le principe de précaution voir BOISSON de Chazounes, Laurence. «Le principe de précaution:

C'est pourquoi, dans un premier temps, il faut analyser l'application du principe de la précaution par les Tribunaux du Mercosur et, puis, dans un deuxième temps, comprendre le renversement et le contenu de la charge de la preuve dans le cadre de la sentence arbitrale retenue par le Tribunal Arbitral *Ad Hoc* du Mercosur (TAHM).

1. Les arbitres et la reconnaissance du principe de précaution dans le Mercosur

S'il est vrai que «l'office du juge reste (…) largement dépendant de sa saisine et des conditions dans lesquelles il est appelé à trancher le litige dont il est saisi»[6], dans l'affaire Pneumatiques rechapés II, les tribunaux du Mercosur ont, pour la première fois, eu l'occasion de statuer sur le principe de précaution. Le TAHM s'est prononcé en faveur de son application et le TPR l'a rejeté dans ce cas précis[7]. Les arbitres ont ainsi eu l'occasion de participer à la reconnaissance et à la consolidation du principe de précaution dans le champ du droit du Mercosur. Ils ont été invités à en fixer les paramètres d'application, à définir les mesures de précaution possibles et acceptables.

---

nature, contenu et limite», in LEBEN, Charles; VERHOEVEN, Joe (dir.). Le principe de précaution: aspects de droit international et communautaire, Paris, 2002; VARELLA, Marcelo Dias. «Différences d'interprétation sur un même sujet: le principe de précaution, la CIJ, L'OMC, et la CJCE», *Revue européenne de droit de l'environnement*, 2004, pp. 19-29. LEBEN, Charles; VERHOEVEN, Joe. *Le principe de précaution aspects de droit international et communautaire*, Paris, LGDJ, 2002. ARBOUR, M. «Le principe de précaution», *Les cahiers de droit*, nº 36, 2002. KOURILSKY, Philippe; VINEY. Geneviève. *Le Príncipe de Précaution*, Paris, Odile Jacob, 2000.

[6] BILLET, Philippe. «Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement» (Rapport de clôture), pp. 371-378, in LECUCQ, Olivier; MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 371.

[7] NEUMAYER, Eric. «Greening the WTO agreements can the treaty establishing the European Community be of guidance?», *journal of World trade*, vol. 35, 2001, pp. 156-159.

Pour le TAHM, l'interdiction d'importation de pneumatiques rechapés sanctionnée par la loi argentine nº 25.626 s'appuyait, entre autres arguments, sur le principe de précaution, au sens d'éviter de possibles dommages sanitaires et environnementaux. De fait, bien que le principe de précaution ne soit pas reconnu de manière expresse dans le Traité d'Asunción ni dans l'Accord cadre sur l'environnement, il intègre le droit du Mercosur de manière indirecte dès lors que, malgré le passage sous silence, la prise en compte du principe de précaution pourrait se justifier de par le renvoi aux principes de la Déclaration de Rio énoncés dans l'ACEM[8,9]. De telles normes à texture ouverte élargissent le pouvoir d'appréciation des arbitres[10].

En conséquence, sur fondement du Principe 15 de la Déclaration de Rio, «des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement»[11]. Dès lors, l'absence de certitude absolue quant à l'existence d'un lien causal entre la durabilité du pneumatique rechapé et l'augmentation de pneumatiques mis au rebut pour la santé

[8] Article 1 e 2 du ACEM (MERCOSUR. Accord-cadre relatif à l'environnement du Mercosur. Texte original en français tiré du Recueil des traités, V. 2270, I-40442, Nations Unies).

[9] Sur l'origine de la technique de précaution dans l'OMC voir RICHIERI HANANIA, Lilian. «Le principe de précaution et son application dans l'OMC», in RUIZ FABRI, Hélène; GRADONI, Lorenzo (dir.). *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection "UMR de droit comparé de Paris", 2010.

[10] DE SANDELER, Nicolas. «Quelles balises pour le juge?», in Colloque organisé par l'Union des Avocats Européens (UAE), Les juges et la protection de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 1998.

[11] Déclaration finale de la Conférence des nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 16 juin 1992, principe 15. Disponible sur: http://www.un. org/french/events/rio92/rio-fp.htm.

et l'environnement ne doit pas faire obstacle à l'adoption de mesures préventives, ni la retarder[12].

Dans cette optique, selon le TAHM, le principe de précaution peut être défini comme un principe imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels, les exigences liées à la protection pouvant prévaloir sur les intérêts économiques[13].

En ce qui concerne les conditions requises pour déclencher l'application du principe de précaution dans le Mercosur, les Tribunaux considèrent qu'il serait applicable dans les cas d'incertitude scientifique et de dommage grave et/ou irréversible[14]. L'opinion du TAHM, dans sa conclusion, est ainsi énoncée : «Le principe de précaution est le corollaire de la constatation de l'incertitude scientifique face au besoin incontestable de la mise en place de politiques environnementales. La précaution détermine que le manque de certitude scientifique ne peut pas nuire à l'objectif de protection de l'environnement.» Ainsi, selon le tribunal, l'incertitude scientifique ne doit pas être «un obstacle à la prise de mesures de précaution», et il va plus loin en soulignant que «les certitudes de l'incertitude scientifique, peuvent, à elles seules, justifier l'adoption de mesures de protection de l'environnement»[15].

---

[12] Par exemple, «les mesures destinées à diminuer le rayonnement des antennes, à les localiser de manière appropriée, voir carrément à les interdire dans certains endroits tels que dans les préaux d'école, constitueraient dans ce cas de figure des mesures de précaution» (FLUCKIGER, Alexandre. «La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution», *Revue européenne des sciences sociales*, Tome XLI, 2003, nº 128, p. 107-127, p. 114). Voir également CAZALA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*, Bruxelles, LJDG Anthémis, 2006.

[13] GUETTIER, Christophe. «Le principe de précaution», p. 591, in AUBY, Jean-Bernard», *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz 2010. p. 595.

[14] Sur cet sujet voir arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du projet Gabacikovo-Nagymaros a relevé que le principe de précaution invoqué par Hongrie est base sur un péril possible ou éventuel (CIJ, *Affaire du projet Gabacikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, Rec. CIJ, p. 42, para. 54).

[15] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l´Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine. Sur l'interprétation de la CJUE voir: ROUZZI, Elisa. «L'application du principe de précaution en droit

C'est donc sur ce fondement, considérant que l'incertitude scientifique doit être intégrée aux politiques environnementales, que le TAHM a établi la légitimité de la loi argentine interdisant l'importation de pneumatiques rechapés[16]. Ceci étant, dans quelles situations, pour le tribunal, l'incertitude scientifique se définit-elle ? Fondé sur le cas en référence, l'absence de certitude scientifique a été démontrée par la dichotomie entre les études scientifiques présentées par les parties en présence.

Le TAHM a en effet considéré que, en définitive, «le principe de précaution détermine que les pouvoirs publics utilisent des critères scientifiques objectifs qui conduisent à l'équilibre entre la prise de décision en vue de résultats à long terme et la satisfaction des besoins à court terme. Il doit y avoir une intégration permanente entre la formulation de politiques environnementales et la recherche scientifique. La science est la collaboratrice essentielle afin de justifier de mesures de protection de l'environnement et sert de fondement au développement de politiques environnementales. (...) Ce qu'on appelle incertitude scientifique doit être pondéré lors de la discussion de mesures et de politiques relatives à l'environnement. Il relève du sens commun que la science n'est pas toujours en mesure de nous donner les preuves nécessaires afin d'évaluer – avec certitude – les effets potentiels ou futurs qu'une activité humaine donnée peut provoquer sur l'environnement»[17].

Autrement dit, les arbitres du Mercosur entendent que même face à l'absence de «preuves scientifiques suffisantes», on ne doit pas inhiber les États parties du Mercosur à agir avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques et les dommages pour

---

de l'Union européenne», in RUIZ FABRI, Hélène; GRADONI, Lorenzo (dir), *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection «UMR de droit comparé de Paris», 2010, p. 531.

[16] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 69.

[17] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 69. Notre traduction du texte original.

l'environnement. C'est ainsi que dans sa décision, le TAHM a établi que le principe de précaution «consiste en l'autorisation à la prise de mesures destinées éviter et prévenir des risques potentiels (incertains)»[18]. L'application du principe de précaution naît de la nécessité d'agir avant que des dommages graves et irréversibles sur l'environnement ne se produisent et justifie, en outre, l'imposition de mesures restrictives ou d'exception face à l'incertitude scientifique[19].

Néanmoins, le TPR, saisi d'un recours de révision, a modifié la décision de la première instance, rejetant l'application du principe de précaution dans l'affaire Pneumatique II. Le TPR s'est hélas contenté d'écarter l'approche du principe de précaution, sans plus d'explications. D'après lui, le principe de précaution doit servir afin d'éviter un risque de préjudice grave et difficilement réparable, ce qui n'a pas été constaté dans le cas des pneumatiques et dès lors, pour cet organe, l'application du principe de précaution serait d'ores et déjà écartée. L'analyse de la sentence de révision nous permet cependant d'aboutir à deux conclusions: la première est que ce tribunal n'a pas souhaité prendre en considération les justificatives environnementales exposées par l'Argentine; la seconde est que bien que rejetant le recours au principe de précaution dans ce cas précis, il a reconnu la possibilité de son application dans le cadre du droit du Mercosur, dans les cas où la mesure de prévention peut permettre éviter un dommage grave et irréparable.

Dans ces circonstances, on peut affirmer que l'affaire Pneumatiques II marque un moment important pour la protection de l'environnement dans le bloc mercosurien car elle a fourni l'occasion aux organes de contrôle de statuer pour la première fois sur la protection de l'environnement, ainsi que sur le principe de précaution.

---

[18] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 70. Notre traduction du texte original.

[19] MARCEAU, Gabrielle. «Le principe de précaution et les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce» (OMC), p. 131-149, in LEBEN, Charles; VERHOEVEN, Joe. *Le principe de précaution aspects de droit international et communautaire*, Paris, LGDJ, 2002.

2. Le principe de précaution et l'administration de la preuve

La sentence arbitrale retenue par le TAHM est innovante en ce qu'elle admet le renversement de la charge de la preuve dans le cadre de l'application du principe de précaution, mais aussi quant à l'appréciation du contenu de la preuve.

2.1. Le renversement de la charge de la preuve

Le Tribunal *ad hoc* du Mercosur constitué afin de juger le cas des produits phytosanitaires a considéré que lorsque la protection de l'environnement se présente comme une exception au libre échange, la charge de la preuve des dommages environnementaux résultant d'une activité ou d'un produit incombe à l'État partie qui les invoque[20]. Le Tribunal Permanent de Révision a également pris position dans ce sens dans l'affaire Pneumatiques II en révélant à son tour que la charge de la preuve à propos d'un moyen de défense fondé sur l'exception de l'article 50 incombe à la partie défenderesse, en l'occurrence l'Argentine[21].

De telles conclusions suivent la «jurisprudence» de l'OMC selon laquelle, par exemple, c'est à la partie invoquant les exceptions énoncées à l'article XX qu'incombe la charge de la preuve; c'est-à-dire que la partie défenderesse prouvera que sa mesure est conforme aux prescriptions de la clause introductive de l'article XX, même après que cette partie ait établi que la mesure relevait de l'un des paragraphes du même article[22]. Dans la récente affaire Brésil, mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, le Groupe

[20] TAHM, sentence arbitrale du 19 avril 2002, affaire relative aux Obstacles à l'entrée de produits phytosanitaires argentins dans le marché brésilien, Argentine c. Brésil.

[21] TPR, sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, para. 10.

[22] OMC, Organe d'appel, *Rapport États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, (WT/DS2/AB/R) du 29 avril 1996, pages 23 et 24.

spécial de l'OMC a conclu que «le Brésil, en tant que partie invoquant une exception prévue à l'article XX, est tenu de prouver, premièrement, que la mesure relève du paragraphe b) de l'article XX et, deuxièmement, que la mesure est appliquée d'une manière qui est compatible avec le texte introductif de l'article XX»[23].

En suivant ce raisonnement, on pourrait dire qu'à la partie s'appuyant sur l'application du principe de précaution afin de justifier l'interdiction de circulation d'un produit donné incombe la charge de la preuve, et ce serait, pour autant, une obligation de l'Argentine dans l'affaire Pneumatiques II. Toutefois, le Tribunal arbitral *ad hoc* constitué pour cette affaire a innové en effectuant un renversement de la charge de la preuve dans le cas de l'application du principe de précaution.

Pour le tribunal, il incombe à l'État qui envisage de développer une activité nocive ou potentiellement dangereuse pour la santé ou l'environnement de prouver que l'activité ne présente pas de risque, plutôt que d'exiger que l'État défendeur fasse la démonstration du risque encouru. Dès lors, s'appuyant sur le principe de précaution, les arbitres ont décidé du renversement de la charge de la preuve, «de sorte qu'il incombe à la partie (Uruguay) prétendant implanter une activité considérée comme nocive ou potentiellement dangereuse pour l'environnement de prouver que celle-ci est sûre et ne représente aucun risque écologique»[24].

De manière générale, on peut trouver qu'il y a une similitude entre la procédure établie par le TAHM sur le renversement de la charge de la preuve et celles suivies lors de certaines décisions individuelles de juges de la CIJ, lors de décisions du Supérieur Tribunal de Justice brésilien (STJ)[25]. Selon le juge Weeramantry à la CIJ, le renversement de la charge de la preuve s'explique du fait que la plupart des informations sur un produit ou une activité sont plus facilement accessible par celui qui développe le produit ou l'activité.

---

[23] OMC, Groupe spécial, *Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, (WT/DS332/R) du 12 juin 2007,* para. 7.38.

[24] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 70, Notre traduction.

[25] En portuguais Superior Tribunal de Justiça.

Pour le Supérieur Tribunal de Justice, l'application du principe de précaution justifie le renversement de la charge de la preuve du fait de transférer au développeur de l'activité potentiellement dangereuse le coût de démontrer la sécurité de l'entreprise[26]. Cette analyse suit le positionnement majoritaire des auteurs qui se prononcent pour le renversement de la charge de la preuve[27]. Pour certains auteurs, toutefois, il est contestable d'exiger de l'entrepreneur de prouver l'absence de risque, soit encore d'apporter une preuve négative[28], car « il ne peut être rationnel de soumettre des personnes à des exigences impossibles à satisfaire, sauf si l'on entend les berner ou les paralyser»[29].

D'ailleurs, la sentence de révision du Tribunal Permanent de Révision du Mercosur a modifié sur ce point la sentence prononcée par le Tribunal *ad hoc*. Le TPR n'admet pas la procédure de renversement instaurée par le TAHM. Selon lui, une telle façon de procéder a clairement été arbitraire, à tous points de vue. Ceci étant, le TPR a souligné ce qui suit: «a) dans le droit d'intégration, l'inversion du coût de la charge de la preuve n'existe pas pour des

---

[26] BRASIL. STJ, 2009a. *Resp972902 / RS*. RECURSO ESPECIAL, 2007/0175882-0, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 25/08/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 14/09/2009, RSTJ vol. 216 p. 257.
Sur ce sujet voir également BRASIL, STJ. 2005a. *REsp 605323 / MG* RECURSO ESPECIAL 2003/0195051-9, Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105), Relator(a) p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124), Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data do Julgamento 18/08/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 17/10/2005 p. 179. RNDJ, v. 73 p. 87.

[27] BOYLE, Alan. BIRMIE, Patricia. *International law and the environment*, 3ème éd., Oxford, OUP UK, 2009. DEGUERGUE, M. «La responsabilité administrative et le principe de précaution», *RJE*, 2000, p. 115*;* LABROT, Véronique. «La précaution: prudence environnementale et réalisme social, ou à propos d'un concept durable», in GOUZIEN, Annie; LOUARN, Patrick (dir.), *Environnement et politique*, Rennes, PUR, 1996, p. 171.

[28] CALAZA, Julien. *Le principe de précaution en droit international*, Paris, LGDJ, 2006, p. 389 ss.

[29] GODARD, Olivier. «L'ambivalence de la précaution», in GODARD, Olivier. *Le principe de précaution dans la conduite des affaires humaines*, Paris, MSH – INRA, 1997, p. 58.

allégations liées aux exceptions au libre commerce; b) l'inversion du coût de la charge de la preuve ne peut avoir juridiquement lieu que lorsque le texte de loi l'autorise expressément comme, par exemple, dans le domaine spécifique du droit des brevets ou du droit du travail; c) invoquer à ce propos le concept d'incertitude scientifique est une évocation clairement arbitraire (…) nous ne voyons aucune justification dans le cas présent et moins encore comme fondement pour une supposée inversion de coût de la charge de la preuve; d) même dans l'hypothèse niée par ce tribunal qu'il pourrait exister une incertitude scientifique dans le cadre des pièces du dossier, cela ne permet pas de justifier en soi l'application d'une mesure spécifique telle que la prohibition d'importation. Ce que, dans ce cas, l'incertitude permet de faire, c'est de prendre certaines mesures, mais pas exactement n'importe lesquelles. Plus précisément, dans ces cas-là, l'applicabilité d'une telle mesure sera toujours sujette à l'examen de la teneur des critères de rigueur en référence»[30].

2.2. L'analyse du contenu de la preuve

Les preuves présentées par les parties au cours du procès n'ont pas pour intention d'instaurer une vérité absolue, mais plus exactement de gagner l'opinion du juge, de l'aider à trancher le différend. Ainsi, les éléments de preuves scientifiques apportés sont indispensables afin que le tribunal analyse les données des risques et statue sur l'application du principe de précaution. Si, d'un côté, la présentation de preuves documentaires et la participation d'experts est indispensable pour aider le juge à établir l'existence ou non d'un dommage environnemental, d'un autre, les contradictions entre les preuves présentées rendent souvent difficile la tâche du tribunal qui devra définir, parmi les données – généralement techniques –

[30] TPR, sentence arbitrale (révision) du 20 décembre 2005 relative à la sentence en révision présentée par la République de l'Uruguay contre la sentence du TAHM du 25 octobre 2005 dans le différend relatif à la Prohibition d'importation de pneumatiques rechapés en provenance de l'Uruguay, Uruguay c. Argentine, para. 20 Notre traduction.

présentées, celles qui serviront de fil conducteur à la procédure de jugement[31].

Dans l'affaire Pneumatiques II, les parties ont soumis au Tribunal arbitral *ad hoc* du Mercosur un vaste ensemble de preuves, constitué de documents, de données statistiques, de considérations techniques et d'avis d'experts[32]. Cet ensemble portait principalement sur la durabilité des pneumatiques rechapés et les dommages environnementaux occasionnés par les pneumatiques mis au rebut en fin de vie.

En ce qui concerne la durabilité des pneus rechapés, l'Uruguay a présenté une étude réalisée par l'Institut de Recherches Technologiques (Université de São Paulo – Brésil) démontrant que les pneumatiques rechapés avaient la même durée de vie que les pneumatiques neufs[33], tandis que l'Argentine a avancé une étude de l'Institut National de Technologie Industrielle argentin selon lequel un pneumatique rechapé n'aurait que 30% de durée de vie utile par rapport à un neuf[34]. Face aux preuves avancées, le TAHM a entendu que « un pneumatique rechapé a une durabilité variant de 30 à 100% par rapport à un pneumatique neuf. Qu'un pneumatique rechapé est moins cher qu'un pneumatique neuf. Qu'un pneumatique rechapé ne peut plus être redessiné une nouvelle fois»[35].

Finalement, fondé sur les éléments de preuve communiqués par les parties, le TAHM a souligné que, dans une première approche, les pneumatiques neufs et rechapés se ressemblent quant aux critères de sécurité mais qu'une approche plus détaillée sur les caractéristiques de ces pneumatiques dévoile des distinctions. La principale différence entre eux est qu'un pneumatique neuf pourra, en

---

[31] Dans arrêt de l'affaire pâte papier la CIJ souligne «quels faits sont à prendre en considération, en apprécier la force probante et en tirer les conclusions appropriées» (CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*,para. 168).

[32] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 71.

[33] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus remoulés, Uruguay c. Argentine, para. 74.

[34] *Ibidem*, para 75.

[35] *Ibidem*, para. 79.

fin de vie utile, être rechapé et réutilisé, tandis qu'un pneumatique rechapé devient un déchet après utilisation. De telle sorte que «Par une simple opération d'arithmétique et partant de la perspective la plus optimiste qui considère qu'un pneumatique rechapé peut parcourir les mêmes 60 000 km qu'un pneumatique neuf, on peut conclure qu'au bout de 120 000 kilomètres, un véhicule à quatre roues ayant utilisé des pneumatiques neufs et, par suite, rechapés, aura consommé quatre pneus; par ailleurs, un véhicule identique ayant recouru à l'usage de pneumatiques rechapés en aura utilisé huit sur le même parcours. À l'évidence, si la vie utile totale d'un pneumatique rechapé est moindre que celle d'un neuf (puisque ce dernier peut être rechapé une fois et l'autre non), l'entrée sur le marché national de pneumatiques rechapés dans un autre pays entraînera, à la longue, une augmentation du passif environnemental»[36].

En 2007, deux ans après cette sentence arbitrale prononcée par le TAHM, l'Organe d'Appel de l'OMC, lors du jugement de l'affaire Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, souligne également qu' «une différence importante entre les pneumatiques neufs et les pneumatiques rechapés est que ces derniers ont une durée de vie plus courte et atteignent donc plus vite le stade où ils deviennent des déchets»[37].

Après avoir analysé les différences entre les pneumatiques neufs et rechapés, les arbitres sont passés à l'analyse des témoignages des experts et des preuves relatives aux impacts environnementaux, ainsi que pour la santé publique, résultant de l'accumulation de pneumatiques au rebut[38]. Les spécialistes indiqués par l'Argentine ont répondu aux questions des deux parties sur les aspects juridiques relatifs à la préservation de l'environnement, sur l'impact causé par la disposition finale des pneumatiques au rebut, ainsi que sur les

[36] *Ibidem*, para. 98. Notre traduction.

[37] *OMC,* Organe d'appel *, Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, (WT/DS332/AB/R)* du 3 décembre 2007, para. 121.

[38] D´après le tribunal ad hoc, «les parties ne sont pas en désaccord avec le fait qu'à la fin de leur vie utile, les pneus deviennent un problème environnemental.» (TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneus remoulés, Uruguay c. Argentine, para. 95).

mesures techniques adoptées afin de minimiser le problème. En accord avec les témoignages entendus et non contestés par l'Uruguay, il a été prouvé que les pneumatiques en fin de vie occasionnent des problèmes environnementaux ainsi que sanitaires car on ne dispose pas encore de processus de recyclage économiquement viable capable d'absorber la quantité de pneumatiques hors d'usage produite. Quels sont les risques émanant de l'accumulation des pneumatiques au rebut?

Parmi les principaux problèmes résultant de l'accumulation de pneumatiques usagés on distingue: la décomposition lente – des recherches ont démontré qu'un pneumatique met approximativement 500 ans pour se décomposer et, tout au long de ce processus, il libère certaines substances nocives pour la santé et l'environnement ; leur volume rend difficile leur entreposage dans les sites d'enfouissement technique et, lorsqu'ils sont entreposés à l'air libre, ils contribuent à la prolifération d'insectes vecteurs de maladies telles que la dengue, la fièvre jaune ou la malaria. De plus, ils libèrent des substances toxiques et cancérigènes lorsqu'ils sont brûlés[39].

Outre ces problèmes, la disposition de pneumatiques au rebut en sites techniques, ou leur empilage, ne s'est révélée ni sûre, ni environnementalement durable. Des études ont montrés que lorsqu'ils sont enterrés dans des sites, les pneumatiques ont tendance à remonter à la surface, portant préjudice au compactage du sol et à sa réhabilitation ; ils peuvent également provoquer une combustion et des incendies, libérant des substances chimiques et organiques potentiellement nocives[40]. Parmi les solutions de substitution, on trouve les options de recyclage et la récupération énergétique.

---

[39] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 80. Cf. KWEITEL, Juana; SANCHEZ, Michelle R. «Participação da sociedade civil: comércio, saúde e meio ambiente na OMC (CE c. Brasil) o caso dos pneus», *Cadernos de direito GV*, v. 4, nº 3, 2007.

[40] Golder Europe EEIG, Report on Implementation of the Landfill Directive in the 15 Member States of the European Union, 2005. Disponible sur: http://ec.europa.eu/environment/waste/pdf/report_a2.pdf.

Les options de recyclage, telles que la fabrication de revêtement d'asphalte caoutchouté sont encore balbutiantes et économiquement trop onéreuses. Pour exemple, seulement 2% des résidus de pneumatiques sont destinés à l'asphalte caoutchouté aux États-Unis. Les pneumatiques usagés peuvent également être utilisés comme combustible dans les cimenteries ou les fabrique de papier. Toutefois, bien que solutionnant en partie le problème du stockage, cette option n'est pas exempte de pollution. Certaines études ont démontré que cette combustion augmente de deux à cinq fois les émissions de dioxines[41]. «La CE, dans sa Directive sur l'incinération des résidus, a établi des limites plus rigides pour les fours de cimenteries utilisant des pneumatiques et autres résidus comme combustible et a effectivement interdit qu'après 2008, les anciens fours de cimenteries brûlent des pneumatiques sans aménagements.»

Afin de fonder sa demande et fournir la preuve des dommages résultant du stockage des pneumatiques à ciel ouvert et sur sites techniques, l'Argentine a recouru à la Directive européenne (2000/53/CE)[42] afin de justifier du danger du rejet des pneumatiques dans des lieux inadéquats, et à la Directive (1999/31/CE) du Conseil, selon laquelle l'Union européenne interdit l'enfouissement de pneumatiques entiers, en morceaux ou hachés[43]. On retrouve cette même méthode dans l'affaire relative à l'amiante[44], par exemple, dans

---

[41] LOHSE, Joachim; WULF-SCHNABEL, Jan. *Expertise on the Environmental Risk Associated with the Co-Incineration of Wastes in the Cement Kiln "Four E" of CBR Usine de Lixhe*. Disponible sur: http://www.oekopol.de/de/Archiv/Anlagenbezoger%20US/CBRBelgien/cbrBelgien.pdf. REISMAN, Joel; LEMIEUX, Paul. «Air Emissions from Scrap Tire Combustion», *Environmental Protection Agency*, Oct. 1997.

[42] Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 Sept. 2000 on end-of life vehicles - Commission Statements. Disponible sur: http://eur lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServol.do?uri=OJ:L:2000:269:0034:0042.

[43] Directive 1999/31/CE du Conseil du 26 avril 1999 concernant la mise en décharge des déchets, *JOCE*, L 182 du 16 juillet 1999, p. 1. BRESIL, Resolução CONAMA 258/1999.

[44] OMC, Organe d'appel , *Rapport Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS135/AB/R) du 12 mars 2001, para. 168.

laquelle la conformité de la mesure française est appréciée sur le fondement des résultats d'études scientifiques internationales[45].

Cette modalité de la preuve reçue par le TAHM comme preuve de dommage grave et irréparable de l'accumulation de pneumatiques a été rejetée sans explications par le TPR, selon lequel l'Argentine n'a pas fait la preuve de l'existence d'un dommage. Soit encore que la flexibilité du Tribunal arbitral de prendre en considération les études internationales a été abandonnée par le Tribunal de révision, restant ainsi à la charge de la partie défenderesse de prouver l'existence de dommages environnementaux résultant de l'importation de pneumatiques rechapés sur son territoire. Peut-être le TPR a-t-il entendu qu'il appartiendrait à l'Argentine de démontrer, comme l'a fait le Brésil dans l'affaire Mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés, «l'existence de risques pour la santé et la vie des animaux et la préservation des végétaux liés aux émissions toxiques causées par les incendies de pneumatiques. Il constate aussi que les risques pour la santé et la vie des animaux que présente au moins une maladie transmise par les moustiques (la dengue) sont liés à l'accumulation de pneumatiques de rebut»[46].

Sans être discordant sur les dommages environnementaux et sur la santé, l'Uruguay a préféré éviter le débat environnemental, affirmant seulement : «qu'il s'agisse de pneumatiques neufs, usagés ou rechapés, ils se transforment tous en carcasses inemployables arrivés en fin de vie et causent des dangers semblables à la santé des personnes et à l'environnement»[47]. Réaffirmant l'objet central du litige, l'État plaignant a souligné qu'«il ne s'agit pas, dans cet arbitrage, de discuter de l'importation de pneumatiques usagés mais

[45] ROUZZI, Elisa. «L'application du principe de précaution en droit de l'Union européenne», in RUIZ FABRI, Hélène; GRADONI, Lorenzo (dir.). *La circulation des concepts juridiques: le droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Parution avril 2009 aux éditions Société de législation comparée, collection "UMR de droit comparé de Paris", 2010, p. 541.

[46] OMC, Groupe spécial, *Rapport Brésil – mesures visant l'importation de pneumatiques rechapés,* (WT/DS332/R) du 12 juin 2007, para. 7.93.

[47] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 81.

de pneumatiques rechapés, qui seront destinés à l'usage et non pas immédiatement transformés en résidus problématiques pour l'environnement. La prétention de l'Uruguay se limite à obliger l'Argentine à continuer d'importer des pneumatiques rechapés produits en Uruguay, du fait que ceux-ci présentent une durabilité et une sécurité semblables à des pneumatiques neufs, qui ont toujours eu libre accès au territoire argentin et ne signifient pas un impact environnemental différent de celui causé par les pneumatiques neufs»[48]. On observe une contradiction dans le discours uruguayen qui affirme, d'un côté, que les pneumatiques en fin de vie provoquent des dommages environnementaux, et d'un autre que l'interdiction argentine est disproportionnée quant à l'objectif de protection de la santé et l'environnement.

Le Tribunal fonde sa décision sur les preuves présentées. Premièrement il affirme que «la reconstruction de pneumatiques est une mesure salutaire et doit être encouragée, car elle réduit l'accumulation de pneumatiques usagés. Ce qui est mis en discussion, toutefois, est la pertinence d'importer des pneumatiques rechapés d'un autre pays ou région»[49]. Afin d'évaluer cette pertinence, les arbitres partent d'une analyse mathématique afin de décider. Conformément aux preuves présentées, un pneumatique neuf peut rouler 120 000 km, et considérant qu'un pneumatique rechapé puisse rouler pendant 60 000 km, au bout de 180 000 km une voiture ayant utilisé des pneumatiques neufs, puis, postérieurement, des pneumatiques rechapés, aura consommé quatre pneus tandis qu'une voiture utilisant des pneumatiques rechapés aura besoin de plus de huit pneus rechapés pour la même distance parcourue. Le Tribunal en conclut que «dans ce cadre, l'importation de pneumatiques rechapés implique, pour le pays importateur, une accélération de son passif environnemental»[50].

Cette sentence est innovante car la décision du TAHM n'est pas fondée sur les preuves de dommages environnementaux découlant de l'importation de pneumatiques rechapés en territoire argentin, mais

[48] *Ibidem*, para. 81.
[49] *Ibidem*, para. 97.
[50] *Ibidem*, para. 99.

sur les dommages causés par les pneumatiques mis au rebut. Elle considère que «le pneumatique rechapé n'est pas, en soi, un produit qui peut causer de dommage immédiat pour l'environnement. Toutefois, ce même produit reconstruit, sur une structure provenant d'autres régions du monde, aura une durée de vie utile notablement inférieure à celle d'un pneumatique neuf. Il convient de dire qu'il sera transformé en déchet plus rapidement et fera en sorte que l'État récepteur accumule par avance des résidus dommageable pour l'environnement pour lesquels la science et la technologie n'ont pas encore trouvé de solution satisfaisante»[51].

En résumé, la sentence arbitrale a accueilli la demande de l'Argentine, et les arbitres ont décidé qu'il était plus prudent de conserver l'interdiction imposée par l'Argentine et de protéger la santé des personnes et l'environnement face aux risques découlant du rejet irrégulier des pneumatiques rechapés[52].

Conclusion

Malgré la nature commerciale du Mercosur, on observe une inclusion graduelle de la dimension environnementale dans le processus d'intégration. Au début, la thématique environnementale était liée à la libéralisation du commerce; cependant, certaines initiatives politiques récentes plus tournées vers l'environnement ont commencé à être projetées, ouvrant une voie destinée à pousser le Cône sud vers le développement durable.

On observe dès lors que les arbitres du Cône sud expriment leur intérêt d'aligner leurs décisions sur les autres Cours en certaines occasions, même si à d'autres moments ils préfèrent conserver leur indépendance. Dès lors il convient de se demander si cette relation

[51] TAHM, sentence arbitrale du 25 octobre 2005, affaire relative à l'Interdiction d'importation de pneumatiques rechapés, Uruguay c. Argentine, para. 101.

[52] Sur le conflit entre le principe du libre échange et de la protection de l'environnement voir DIZ, Jamile Bergamaschine M.; MONTEIRO, Taline do S. «La vieja dicotomía libre comercio x medio ambiente: análise de los laudos arbitrales du Mercosur e de cómo se decide un tema cadente», *Revista del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales*, 2007, v. 3, pp. 1-20.

peut aider à la protection de l'environnement dans le bloc du Cône sud. Ces emprunts élargissent incontestablement le champ d'interprétation et d'analyse de l'arbitre. Les arbitres du Mercosur ont cherché à s'inspirer des jurisprudences de l'OMC, de la CJUE et de la CIJ, et on peut espérer, de ce fait, que les réflexions sur la protection environnementale dans l'Union européenne et à l'OMC viendront contribuer au renforcement de la prise en compte de cette préoccupation lors des interprétations du droit environnemental du Mercosur réalisées par ses Tribunaux.

D'une façon générale, on peut dire que l'arbitre du Mercosur devient passeur de frontières régionales afin d'assurer la cohésion de ses décisions avec d'autres jurisprudences, nationales ou internationales.

LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES Y EL DESAFÍO DE LA PROMOCIÓN DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Ena Rocío Carnero Arroyo

1. Democracia, Multilateralismo Y La Comunidad Andina de Naciones

Desde el punto de vista del derecho internacional, la democracia no ha sido definida; sin embargo algunos de sus elementos han sido reconocidos en documentos de organizaciones internacionales de cooperación y de integración. Así por ejemplo, el derecho de participación en el gobierno, el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas y el derecho de sufragio universal por medio del voto secreto como expresión de la voluntad del pueblo, base de la autoridad del poder público; han sido reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de la ONU, del 10 de diciembre de 1948[1]. Unos meses antes, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana del 2 de

[1] El artículo 21 de la DUDH del 10 de diciembre de 1948, prescribe que:
"1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". Disponible en: http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/.

mayo de 1948, había reconocido el derecho de sufragio y de participación en el gobierno[2]; así como el deber de sufragar[3].

Dos ideas del pensamiento russoniano sobre la concepción de la democracia se desprenden de estas dos Declaraciones: "la voluntad del pueblo o voluntad soberana, siempre dominante y pauta única de todas las demás"[4] y la participación. Un paso adelante en la construcción del principio democrático en las organizaciones internacionales lo constituye la inclusión en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966[5], del principio de libre determinación de los pueblos como un derecho humano. Este fomenta y enriquece la noción de democracia[6]. Efectivamente, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC) establecen que: "Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"[7]. Se reconoce

[2] El artículo XX de la DADH declara que: "Toda persona, legal mente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres".

[3] Artículo XXXII de la DADH. Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.

[4] Rousseau, Juan J., *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, Libro III, Edit. elaleph.com, p. 58. El pensamiento russoniano ha sido interpretado como la concepción participativa de la democracia basada en el principio de la soberanía popular. Véase Jorge Vergara Estévez. Democracia y participación en Jean-Jacques Rosseau. Revista de Filosofía, v. 68, (2012) 29-52. https://scielo.conicyt.cl/pdf/rfilosof/v68/art04.pdf.

[5] El Pacto de Derechos Civiles y Políticos; así como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

[6] Úbeda, A, *Democracia y Derechos Humanos en Europa y América*, Madrid, Reus, 2007, pp. 36-37.

[7] Este principio tuvo sus antecedentes en la resolución 1.514 (XV) de 1960, relativa a la "Declaración sobre la Concesión de la independencia a los países y a los pueblos coloniales" y aunque de su texto se desprendía que este derecho se establecía para los pueblos sometidos colonización; sin embargo, la resolución

entonces, convencionalmente, la participación del pueblo en la elección de su régimen político; cuestión que es considerada esencial en la formulación de la democracia. Además, el PIDCP consagra derechos y libertades que conforman la democracia, tales como el derecho a la libertad de expresión (Art.19, inc. 2); derecho de reunión (Art. 21); derecho de asociación (Art. 22); derecho de participación y derecho al voto (Art. 25). Estos derechos que forman parte de la democracia formal o procedimental deben leerse conjuntamente con lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 1:

> 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

Es más la inclusión del mismo artículo en el PIDESC nos lleva a inferir que la idea de la dimensión sustancial de la democracia también subyace en los Pactos. No sólo se trata de que el principio democrático logre relacionarse con los derechos humanos, a través de los Pactos, sino que se reconoce que los pueblos gozan de soberanía sobre sus recursos naturales; lo cual podría interpretarse como el derecho de participación en los asuntos económicos del Estado ya que del buen uso de dichos recursos depende el desarrollo de los pueblos, la distribución de la riqueza que redundaría en la reducción de desigualdades sociales. La dimensión formal de la democracia se complementa con la sustancial, conformada por los derechos humanos y plasman la idea de limites o vínculos sustantivos para las decisiones democráticas[8]. Sin embargo, esto no es suficiente. La democracia social incluye la efectividad de derechos sociales y la

---

2.625 (XXV) de 1970 amplia la aplicación del principio, extendiéndolo a los pueblos de cualquier Estado. Véase Ridruejo, P. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 285.

[8] Acuña, J. "Democracia y Derechos en el Sistema Interamericano de Derechos humanos", Cuestiones Constitucionales, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No 30, enero-junio 2014, p. 6.

disminución de las desigualdades sociales para toda la población y en consecuencia se relaciona con conceptos políticos, económicos y culturales[9].

En el decenio de los 90, la democracia ha devenido en tema fundamental en las principales conferencias y cumbres de las Naciones Unidas. Así, en la Declaración del Milenio los Estados participantes se comprometen a no escatimar esfuerzos en promover la democracia y fortalecer el imperio de la ley, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales[10]. En la res. 64/155, aprobada por la AG., el 18 de diciembre del 2009, sobre "Fortalecimiento de la función de las Naciones Unidas para mejorar las elecciones periódicas y auténticas y la promoción de la democratización" se reafirma que: "la democracia es un **valor universal** basado en la voluntad libremente expresada de los pueblos de determinar su propio sistema político, económico, social y cultural y **su participación plena** en todos los aspectos de su vida[11].

Asimismo es importante señalar que en el párrafo 2 de dicha Declaración se reafirma de que no existe un modelo único de democracia, y que esta no pertenece a ningún país o región. De todo lo expresado hasta aquí podemos inferir que la ONU promociona la democracia representativa como expresión de la libre voluntad de los pueblos, que incluye elementos procedimentales y sustanciales condicionados por los derechos humanos establecidos en los Pactos de 1966 y otros instrumentos internacionales relacionados. Le reconoce un valor universal sin dejar de lado la diversidad.

En lo que respecta a la Organización de estados Americanos (OEA), encontramos que desde su texto fundacional, reconoció a la

---

[9] Rodríguez, C. "Democracia y Tipos de Democracia", *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria*, México, D.F., pp. 49-66. ISBN 9788490867471, Tirant lo Blanch, 2015, p. 51. Disponible en: http://eprints.uanl.mx/8477/.

[10] Declaración del Milenio (Res. AG. 55/2) del 13 de setiembre del 2000, V. Derechos humanos, democracia y buen gobierno. Véase también: Res. AG. Aprobada e 25 de setiembre del 2015: 70/1. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development.

[11] El resaltado es nuestro. https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/155&Lang=S.

democracia como condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo y el régimen ideal para lograr "un régimen de libertad y de justicia social, basado en el respeto de los derechos humanos"[12].

Los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)[13], que son también miembros tanto de la ONU como de la OEA firmaron y ratificaron este tratado, así como los Protocolos de Reforma de Buenos Aires de 1967, "Protocolo de Cartagena de Indias" de 1985, y el Protocolo de Washington que desarrollan el principio democrático y por lo tanto están obligados con sus disposiciones.

Actualmente la Carta considera entre sus propósitos: "Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención"[14] y erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio[15]. Asimismo, entre sus principios, reconoce el de libre determinación de los pueblos, pero condicionado a la no intervención, al enunciar que: "Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado". Al añadir seguidamente que "Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados

[12] Preámbulo, parr.4 de la Carta de 1948 y arts. 5, inc. d, y j .El parr. 4 del Preámbulo del texto original de la Carta de la OEA de 1948 señala: "Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". El art. 5, inc. d (actual art. 3, d) reza: "La solidaridad de los Estados Americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa". El inc. j (Actual art. 3, inc. l) señala: "Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo". Disponible en: https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Carta-de-la-Organizacion-de-los-Estados-Americanos.pdf.

[13] Actualmente los países miembros de la CAN son: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

[14] Carta de la OEA: Art. 2,b.

[15] Carta de la OEA: Art. 2, g.

americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales"; podría inferirse que la OEA reconoce la libertad de los Estados miembros de escoger su propio modelo de democracia o que dejaba la puerta abierta a la admisión de cualquier Estado con independencia de la existencia o no en el de un régimen democrático[16].

Una novedad en la Carta de la OEA, lo constituye el art. 9 que permite la suspensión de un miembro de su derecho de participación en la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza y también el establecimiento de la relación entre el principio democrático y la eliminación de la pobreza crítica como parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa[17]. La defensa colectiva del articulo 9 tiene sus antecedentes en el Compromiso de Santiago y en la Resolución 1080[18].

La Carta Democrática Interamericana (CDI), suscrita en Lima el 11 de setiembre del 2001, es considerada un hito en la historia democrática del hemisferio ya que pasa de una versión minimalista electoral a un concepto amplio basado en la dignidad humana[19].

Los países andinos jugaron un papel relevante en la creación de la CDI. Fue el Perú el que planteo en la OEA, la creación de un instrumento, más allá de la Resolución 1080, que sirviera de

[16] Úbeda, A., *óp.. cit*., p. 90.
[17] *Ibidem*, p. 91.
[18] El Compromiso de Santiago fue aprobado en el vigésimo primer periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 4 de junio de 1991 y la Resolución 1080 , AG/RES. 1080 (XXI-O/91,) sobre Democracia Representativa, el 5 de junio del mismo año. Esta instruye al Secretario General para que convoque inmediatamente al Consejo Permanente en caso de que se produzca una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo con el fin de examinar la situación y tomar las medidas adecuadas.
[19] Morales A., M, *¿La democracia como principio del ius constitutionale commune en América Latina?* Construcción, reconstrucción y desafíos actuales para la justicia constitucional, Jurídicas UNAM, 2012, p. 213. Disponible en: https://archivos. juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/12.pdf.

fundamento a la defensa colectiva de la democracia[20]. La razón se debió a que el ex presidente Alberto Fujimori había huido al Japón en noviembre del año 2000 y se había instalado el gobierno de transición. Los objetivos de esta iniciativa eran: reintegrar al Perú a la comunidad interamericana y proponer un medio de acción colectiva de los países de la región contra los golpes de Estado y las medidas antidemocráticas de gobiernos legítimos[21]. A su vez, El Comité Consultivo Laboral Andino (CCLA)[22], elaboró una propuesta para que en la CDI se reconociese:

> la lucha de las organizaciones sindicales y de la sociedad civil del continente en la defensa de la democracia" y se "incorporasen mecanismos efectivos para defender, garantizar y promover la democracia, la participación y el dialogo social, la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, la paz y el desarrollo con equidad y justicia social[23].

Olmos refiere que en la Opinión 016 del CCLA acerca de los Trabajadores y la CDI se expresan posiciones orientadas a fortalecer la relación entre democracia y derechos económicos, sociales y culturales e indica algo de gran trascendencia desde el punto de vista de la democracia participativa: "(…) que sean las organizaciones sindicales y otras organizaciones de la sociedad civil las que recurran a la OEA en defensa de la democracia[24].

---

[20] Donoso C., M y Valenzuela T., R. "Carta Democrática Interamericana. Origen y Análisis de su aplicación". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2012, pp. 66-67. Disponible en: repositorio.uchile.cl/handle/2250/.../browse?rpp.

[21] Soria L., Daniel. "La democracia con libertades disminuidas en Latinoamérica en el siglo XXI y la Carta Democrática Interamericana: ¿Dos modelos de democracia en la región?", Derecho PUCP, No 75, 2015/ISSN 0251-3420., p. 65.

[22] El CCLA es una institución de l Sistema Andino de Integración, creada en enero de 1983, cuya función es consultiva.

[23] Olmos G, M. *Derechos Humanos e Integración en América Latina y El Caribe*, España, Tirant lo Blanch, 2006, p. 215. Disponible en: https://books.google.com.pe/books?id=jK2hafJ.

[24] *Ibidem.* p. 215. Soria también señala"(…) la necesidad de implementar reformas institucionales dentro de la OEA y de reformar la CDI para permitir, por ejemplo,

Dicha recomendación no fue tomada en cuenta. La CDI faculta sólo a los gobiernos, a un Estado miembro o al Secretario General de la OEA, dependiendo de la situación prevista en los arts. 17, 18 y 20, poder dirigirse a la OEA en defensa de la interrupción de un proceso político, del ejercicio legítimo del poder o de una alteración del orden constitucional. Esto parecería estar en contradicción con el derecho a la democracia reconocido a los pueblos en el artículo primero[25]. Estos carecen de *jus standi* en el derecho internacional y por lo tanto sería un derecho sin garantía de que su titular lo defienda. Por consiguiente los únicos que deciden si un proceso democrático esta en riesgo o amenazado son los gobiernos, los Estados y los órganos competentes de la OEA. La propia Carta declara, en su articulo sexto, que "la participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad y es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia". Este derecho se ejercería entonces sólo en los Estados miembros de la OEA y no en la propia organización; lo cual podría ser el indicador de que el modelo de democracia de la Carta solo seria exigible para los Estados miembros, excluyéndose la propia OEA.

De otro lado, la CDI también establece los elementos y los componentes de la democracia. El art. 3 señala como elementos:

> (…) el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos".

---

que otros poderes del Estado – Congreso y poder judicial –, las entidades de *accountability* horizontal de encargo o mandato – como las Defensorías del Pueblo –organismos no gubernamentales (ONG) o partidos de oposición puedan ser escuchados por el secretario general, el Consejo Permanente o incluso la Asamblea General (…)". Véase Soria L., Daniel, op.. cit., p. 70.

[25] Art. 1 de la CDI: "Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla".

Además de indicar cuales son los componentes de la democracia[26], la Carta supedita el ejercicio de los derechos humanos a la democracia[27] y reconoce la interdependencia entre democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza[28]. Desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos la interacción entre democracia y derechos humanos es innegable. Úbeda[29] sostiene que esta relación se halla en un proceso de reconstrucción y de de-construcción constante, de redefinición para adaptarse a los retos de un Derecho Internacional cambiante, pero cuyo vinculo es incontestable. También señala que tal como se enuncio en la Conferencia de Viena de 1993, la democracia es el único régimen compatible con los derechos humanos y siendo promovido por las organizaciones internacionales se convierte en un valor en alza haciendo de la democracia una noción universable[30]. Sobre la interdependencia entre democracia (Estado democrático) y derechos humanos (Estado liberal) Norberto Bobbio determina dos formas:

> 1. en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático;
> 2. en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales[31].

---

[26] El art. 4 de la CDI señala como componentes de la democracia: "la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

[27] Titulo II de la CDI.

[28] Titulo III de la CDI.

[29] Úbeda, A., *óp.. cit*., p. 51.

[30] *Ibidem* , pp. 47-52.

[31] Bobbio al tratar de dar una definición mínima de democracia, señala como una tercera condición, además del derecho de participar directa o indirectamente en la toma de decisiones y la existencia de la regla de la mayoría, que "(…) aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quienes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una y otra". Con este fin es necesario que les garanticen los derechos de libertad, de opinión, de expresión, de reunión, etc.; es decir los derechos con los que nació el Estado liberal

Pero esta interdependencia es una relación compleja[32], pues también se configura según el orden político existente y el predominio de ciertas filosofías políticas, que abordan distintas posturas sobre los derechos humanos. Si bien todos los regímenes democráticos reconocen las libertades fundamentales, las diferencias son notables con respecto a muchos derechos políticos y en relación a los DESC. Por esto se distinguen democracias formales o procedimentales y democracias sustanciales donde los derechos fundamentales constituyen un limite para las decisiones democráticas[33].

Otro aspecto de la interacción entre democracia y derechos humanos que se discute es si la democracia es un derecho humano. Miller[34], analizando el derecho a la libre determinación de los pueblos, establecido en el PIDCP, encuentra una relación conflictiva entre este derecho colectivo y la idea de un derecho individual a la

---

y se construyo la doctrina del estado de derecho. Véase: Bobbio, N., El futuro de la democracia, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp.26-27.

[32] Existen Estados cuyo reconocimiento como regímenes democráticos se basa simplemente en la existencia de elecciones limpias y periódicas –democracias formales o procedimentales–, mientras que otras democracias no sólo contemplan estas acciones sino que también buscan ideales o contenidos ético-políticos, como el respeto a los derechos humanos y la igualdad socioeconómica y de oportunidades de los individuos. Es decir, existen democracias formales o "sin adjetivos" en contraposición con otras que, además de ser formales, buscan también ciertos ideales. Véase: Villaseñor A., I., "La Democracia y los Derechos Humanos una relación compleja", Foro int [online]. 2015, v. 55, n. 4, pp.1115-1138. ISSN 0185-013X., p. 1116.

[33] Acuña, J., *op. cit*., p. 6.

[34] Miller, D., Is there a human right to democracy?, CSSJ Working Papers Series, SJ032, University of Oxford- Centre for the Study of Social Justice- Department of Politics and International Relations, 2015, pp. 1-22. Desde una concepción filosófica sostiene que no puede existir un derecho a la democracia, ya que el criterio para determinar que derechos califican como derechos humanos son las necesidades básicas; es decir un derecho humano se justifica como tal si demuestra que forma parte esencial de otros derechos humanos que proveen al titular de oportunidades para satisfacer sus necesidades básicas y que algunas características de la democracia son los mismos derechos humanos. Las únicas características de la democracia que no son derechos humanos son los principios de igualdad política y la regla de la mayoría y las elecciones competitivas.

democracia como forma de gobierno. Concluye objetando que exista un derecho a la democracia, ya que llevaría a investigar como los derechos humanos deberían ser mejor protegidos en sociedades diferentes en favor de un solo modelo el cual funciona exitosamente en algunos lugares, pero menos en otros y esto es peligroso pues promueve la intervención en nombre de la promoción de la democracia. Por último señala que la democracia debe ser reconocerse como lo que es, una forma de asociación política que posee precondiciones y valores particulares:

> Nothing I have said is meant to detract from this value. But we should recognize democracy for what it is, a form of political association that has social preconditions and embodies particular values, rather than a universal prescription for achieving the conditions of a decent human life[35].

La democracia debe entenderse como una forma de gobierno que ejecuta las aspiraciones de los pueblos y de las diversas culturas respecto a sus necesidades humanas básicas[36]. Como concepción filosófico-política, constituye, un ideal y un objetivo, que impone un proceso constante de mejoramiento y superación[37], "(…) que ha de cubrir un espacio político jurídico, pero además ha de contener de manera imprescindible elementos económicos, sociales y culturales (…)"[38].

---

[35] David Miller, *Is there a human right to democracy?*, CSSJ Working Papers Series, SJ032, University of Oxford- Centre for the Study of Social Justice-Department of Politics and International Relations, 2015, pp. 1-22.

[36] Sosa, define a las necesidades humanas básicas como **capacidades o condiciones de vida, cuya falta de satisfacción o realización hace imposible una vida humana sin daños graves, padecimientos u opresiones**. Cfr. Sosa, J., "Critica a la dignidad humana y la noción de "Necesidades Básicas" como un posible mejor fundamento para los derechos". Themis-Revista de Derecho 67. 2015. pp. 87-99. ISSN: 1810-9934, p. 99. En el mismo sentido cfr. David Miller. *Ibidem*, p. 3

[37] Gros Espiell, H. "La democracia en el Sistema Interamericano", p. 596. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/la-democracia-en-el-sistema-interamericano.pdf.

[38] *Ibidem*., p. 596.

Entendido de esta forma la democracia adquiere un valor universal[39] como instrumento para mejorar la calidad de vida de todos los seres humanos; bajo un conjunto de principios democráticos consensuados y refrendados entre los distintos Estados que conforman una región o a nivel global; pero que no impliquen la exigencia de un modelo determinado a imponerse por la fuerza.

2. La Comunidad Andina de Naciones y la democracia participativa

Del estudio del desarrollo de la integración andina podemos distinguir dos procesos relacionados con la democracia: el primero tiene que ver con el desarrollo de la vocación democrática y los derechos humanos; y el segundo con la democratización de sus órganos e instituciones.

2.1. Integración andina, democracia participativa y derechos humanos

Esta organización subregional nace mediante el Acuerdo de Cartagena en 1960. Desde sus inicios se cimienta sobre los principios de igualdad, justicia, solidaridad y democracia[40]. Dicha asociación tiene como objetivos:

> (…) promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante la integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la

[39] Amartya, Sen. "El valor universal de la democracia", Themis 47, Revista de Derecho, 2003, p. 286. El autor señala que: "El valor de la democracia incluye su valor intrínseco en la vida humana, su rol instrumental al generar incentivos políticos y su función constructiva en la formación de valores (y al entender la fuerza y posibilidad de cumplimiento de necesidades, derechos y deberes). Estos méritos no son de carácter regional. La creencia en la disciplina y el orden tampoco lo son. La heterogeneidad de los valores parece caracterizar a argumento cultural no cierra ni constriñe las decisiones que podemos tomar hoy. la mayoría, e incluso a todas, las culturas mayores.

[40] Cfr. Olmos G., M., *op. cit*., p. 208.

> conversión de la ALALC en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión[41].

Entonces la integración andina no solo se constituye para promover el "desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros", sino que, según se desprende de su art. 2, "debe conducir a una distribución *equitativa* de los beneficios derivados de la integración, de modo de reducir las *diferencias* existentes entre ellos". Asimismo, es un medio para lograr ***el mejoramiento persistente en el nivel de vida*** de los habitantes de la Subregión o en otras palabras para satisfacer las necesidades humanas básicas, las que jurídicamente se traduciría en el derecho a un nivel de vida adecuado.

La asociación entre integración y desarrollo es evidente en los orígenes de la integración subregional andina. A diferencia de los europeos que buscaban consolidar la paz con la integración económica, entre los andinos la integración económica es entendida como un instrumento de desarrollo[42].

Durante los años setenta Latinoamérica transitó en un período de quiebres democráticos que ubicaron a las dictaduras dentro de un proceso de conducción de los Estados nacionales, las que militarizaron la política exterior en sus respectivos países[43]. Esto impactó en el incipiente proceso de integración andino. Chile se retira del acuerdo en 1976.

El nacionalismo y el excesivo proteccionismo militar debilitaron el trabajo antes desarrollado[44]. No obstante, esta situación, el proceso andino de integración incorpora nuevas instituciones en materias de interés social relacionadas con los derechos humanos

---

[41] Art. 1 del Acuerdo de Cartagena de 1969.

[42] Secretaria General de la CAN. Francisco Pareja Cucalón, "La dimensión social de la integración andina", Revista de la Integración, n° 4, junio, (2009): 148. http://www.comunidadandina.org/StaticFiles/201166191016revista_integracion_4.pdf.

[43] Quitral R., M., "Integración y democracia en Latinoamérica: un recorrido histórico", LAJED No 23 Mayo 2015 129 – 149 ISSN: 2074-4706, p. 131.

[44] *Ibidem.* p. 132.

sociales, como el Convenio Andrés Bello sobre educación, el Convenio Hipólito Unánue, con el fin de coordinar políticas para garantizar el derecho a la salud y el Convenio Simón Rodríguez para armonizar políticas comunes en materia sociolaboral.

En 1979 se crean el Tribunal de Justicia; el Parlamento andino y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores. En el tratado constitutivo del Parlamento Andino, en el Preámbulo se refiere que: (…) es indispensable crear un medio de acción común para afirmar los principios, valores y objetivos que se identifican con el ejercicio efectivo de la democracia". Asimismo, entre sus propósitos[45], encontramos tres relacionados con la democracia: Sustentar, en la Subregión andina, el pleno imperio de la libertad, de la justicia social y de la democracia en su más amplio sentido participativo; velar por el respeto de los derechos humanos y promover la participación de los pueblos como actores del proceso de integración andina y social.

La vocación democrática del GRAN fue reafirmada a lo largo de los años mediante diversos pronunciamientos, tales como la acción de los países andinos para contribuir al derrocamiento de la dictadura de Somoza, en Nicaragua, y el rechazo al golpe de estado que protagonizó en Bolivia el coronel Natush Bush.

También se destaca la acción de Colombia, Perú y Venezuela en el marco de los Grupos de Contadora y de Apoyo, respaldada por el Grupo Andino, a favor de la paz y la democracia en Centroamérica, que luego derivaría en la creación del Mecanismo de Consulta y Concertación Política, inicialmente conocido como el Grupo de los Ocho y, a partir de su ampliación, como el Grupo de Río[46].

---

[45] El Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, art. 12. Este tratado fue firmado el 25 de octubre de 1979 por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; luego fue sustituido por el tratado suscrito en la ciudad de Sucre el 23 de abril de 1997, de conformidad con el Acta de Trujillo y el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), suscrito el 10 de marzo de 1996, mediante los cuales se convino en adecuar los instrumentos constitutivos de los órganos y de las instituciones del Sistema Andino de Integración. Actualmente el contenido del art. 12 se encuentra en el art. 11.

[46] Comunidad Andina de Naciones. Democracia. http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=100&tipo=TE&title=democracia.

En los años ochenta se produce un proceso de democratización en América Latina y es en estas circunstancias que el GRAN aprueba la Carta de Conducta de Riobamba[47]; donde los Estados miembros deciden observar y enriquecer los valores comunes. Uno de estos valores es "un ordenamiento político subregional generado en una **democracia de extracción popular y definido carácter participativo**[48], sin perjuicio de los principios de autodeterminación de los pueblos, de no intervención y del pluralismo ideológico"[49]. Asimismo, reiteran su compromiso de:

> Que el respeto a los derechos humanos, políticos, económicos y sociales constituye norma fundamental de la conducta interna de los Estados del Grupo Andino y que su defensa es una obligación internacional a la que están sujetos los Estados y que, por tanto, la acción conjunta ejercida en protección de esos derechos no viola el principio de no intervención[50].

Además, se comprometen a "Contribuir a la vigencia de la libertad, la justicia social y la democracia mediante el cumplimiento del compromiso Andino de aplicar los principios fundamentales establecidos entre otros instrumentos internacionales"[51].

---

[47] Esta Carta se aprueba en Quito, el 15 de marzo de 1980, durante la Tercera Reunión del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores del Grupo Andino. El ACTA FINAL aprueba, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Acuerdo sobre la Carta de Conducta. 2. Declaración sobre asalto a la Embajada Dominicana en Bogotá. 3. Acuerdo creando Grupo Andino para que estudie las situaciones vinculadas a la seguridad de los agentes y misiones diplomáticas. 4. Recomendación para la creación de oficinas del Grupo Andino. 5. Declaración sobre Suriname. 6. Declaración sobre la Órbita Geoestacionaria. 7. Declaración sobre El Salvador.

[48] El resaltado es nuestro.

[49] Carta de conducta de Riobamba, art. 1.

[50] Carta de Conducta de Riobamba, art. 3,

[51] Estos instrumentos internacionales son, de acuerdo al art. 11 de la Carta, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas; en la Carta de la Organización de los Estados Americanos; en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados; en la Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional; en el

Podemos apreciar también que, en esta etapa, además de los órganos principales del Acuerdo (La Comisión, la Junta, el Tribunal de Justicia y el Parlamento Andino), se establecen órganos con participación de la sociedad civil como el Consejo Consultivo Empresarial (CCE) y un Consejo Consultivo Laboral, integrados cada uno por delegados del más alto nivel de los directivos de las empresas y representantes de las organizaciones laborales respectivamente[52]. Esta participación coadyuva a fortalecer el proceso de integración andina convirtiéndose en uno de sus pilares de legitimación democrática[53].

En 1987 se produjo la primera reforma del Acuerdo de Cartagena con la firma del Protocolo de Quito. Se fija como objetivos: La eliminación de la pobreza de las clases marginadas, para lograr la justicia social; la afirmación de la identidad cultural y la **participación plena**[54] del habitante de la Subregión en el proceso de integración. Se reitera la participación, pero ya en un documento convencional y vinculante. En 1989 los presidentes del GRAN suscriben, la Declaración de Galápagos: "Compromiso Andino de Paz, Seguridad y Cooperación", donde estipulan que "el sistema democrático es el más apto para asegurar los ideales de paz, la vigencia de los derechos humanos y la cooperación entre los pueblos

---

Mandato de Cartagena, de 28 de mayo de 1979; en la Declaración de Quito, de 11 de agosto de 1979; y en el Acta de Panamá de 1 de octubre de 1979.

[52] Ambos Consejos son órganos consultivos y fueron creados en enero de 1983. El CCEA está integrado por un delegado de cada País Miembro, elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones empresariales. Emite opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General y participa con derecho a voz en las reuniones de estos órganos. El CCLA está integrado por cuatro delegados de cada uno de los Países Miembros, elegidos entre los directivos del más alto nivel de las organizaciones laborales representativas designadas por cada país andino. La Coordinadora de Mujeres Trabajadoras Andinas (COMUANDE) forma parte del CCLA. Su función es emitir opinión ante el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión o la Secretaría General.

[53] Olmos G., M., "El Tratamiento de los Derechos Humanos en el Espacio Andino de Integración", Derecho & Sociedad, n. 24, 2005, p. 87. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16987.

[54] El resaltado es nuestro.

y que ello contribuye a la seguridad regional[55]. En este documento ya se expresa la interrelación entre democracia, paz y derechos humanos.

Un documento trascendental que promueve el reforzamiento y perfeccionamiento de la institucionalidad democrática de los gobiernos de la subregión es la Carta Social Andina (CSA)[56], aprobada en la Primera Cumbre Social Andina celebrada en 1994. Aunque carece de obligatoriedad, ya que fue aprobada por el Parlamento Andino, el cual no cuenta con facultades legislativas, sin embargo representa a los pueblos de los Estados miembros. De las disposiciones del Capítulo 1 sobre "Democracia y Derechos Humanos", podemos inferir que su concepción de democracia incluye tanto elementos de la democracia representativa como participativa y; además vincula expressamente la democracia con los derechos humanos. Los elementos que destacamos son los siguientes:

a) Se reconoce a la democracia como una forma de gobierno;

b) Se aspira a que ese sistema democrático de gobierno sea más representativo, participativo y eficiente;

c) Lograr una participación ciudadana permanente, en los organismos de elección y representación, tanto formal como informal;

d) Compromiso de consolidar la democracia con el fortalecimiento de los gobiernos locales y la organización de las comunidades;

e) Compromiso de velar por la plena aplicación de los derechos humanos tanto civiles, políticos, como económicos, sociales, culturales, ambientales, etc. Y respetando la diversidad de toda índole.

f) Compromiso de promover el fortalecimiento institucional de las defensorías del pueblo, tribunales constitucionales y de la Administración de Justicia, incorporando defensorías adjuntas o vocalías especializadas.

---

[55] Declaración de Galápagos: Compromiso Andino de Paz, Seguridad y Cooperación, diciembre de 1989.

[56] Carta Social Andina, (Parlamento Andino, Lima, XV Período Ordinario de Sesiones, 1999), Capitulo 1. intranet.comunidadandina.org/Documentos/.../SGdi 340.doc.

g) Diseñar y ejecutar políticas de comunicación e información sobre derechos humanos y actividades de integración y de sus valores culturales andinos.

Norberto Bobbio sostiene que un sistema de democracia integral puede abarcar tanto a la democracia representativa como directa (participativa), "(…) de acuerdo con las diversas situaciones y las diferentes necesidades, porque son, en cuanto adaptables a diversas situaciones y a diferentes necesidades, perfectamente compatibles entre ellas"[57].

Esta diversidad de situaciones y diversidades están presentes en la CSA, pues se colige que el sentir de los pueblos andinos es una concepción de democracia representativa, pero con participación ciudadana permanente y no solo en los organismos electorales sino representativos. El fortalecimiento gubernamental e institucional y la organización de las comunidades; el respeto de los derechos humanos, tanto civiles, políticos como económicos, sociales y culturales; así como el diseño y ejecución de políticas públicas para su difusión, incluyendo la de los valores culturales andinos, son elementos de un modelo de democracia propia de los países de la subregión.

Con el propósito de fortalecer la integración andina y responder a los cambios de la economía mundial, los presidentes andinos de Bolivia, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela suscriben en marzo de 1996 el Protocolo de Trujillo. Se sustituye el Pacto Andino por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Sistema Andino de Integración (SAI), bajo un modelo de apertura hacia afuera iniciado en el Protocolo de Quito. Con este fin deciden "consolidar y promover vínculos más estrechos de cooperación a través del fortalecimiento de sus democracias, la erradicación de la pobreza, la promoción del desarrollo sostenible y la preservación del medio ambiente (…)"[58]. Reafirman que la "democracia es el sistema político que mejor garantiza el estado de derecho, la **participación**

[57] Bobbio, N., *óp.. cit*., pp. 60-61.
[58] VIII Reunión del Consejo Presidencial Andino. Acta de Trujillo, 10 de marzo de 1996.

ciudadana, el respeto a los **derechos humanos y salvaguarda la diversidad cultural**"[59]**.** Observamos que tanto en los documentos de naturaleza intergubernamental como social (CSA), se reafirma la concepción de democracia como forma de gobierno**.** Además a la interrelación entre democracia y derechos humanos reconocida en la Declaración de Galápagos se añade la participación ciudadana y la diversidad cultural.

En el Protocolo Adicional al Acuerdo de Cartagena "Compromiso de la Comunidad Andina por la Democracia", suscrito en Santafé de Bogotá el 7 de agosto de 1998, se establece, en su art. 1, que la democracia es "condición esencial para la cooperación política y el proceso de integración económica, social y cultural"[60]. La democracia también se concibe entonces como una condición para la integración andina.

Mediante la Decisión 458 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores sobre "Lineamientos de Política Exterior Común", se aprueba como uno de sus de sus principios a "la vigencia del orden democrático fundado en la participación ciudadana y en la justicia social"[61]. Nuevamente se reitera la participación ciudadana, pero esta vez como fundamento de la democracia.

La Declaración[62] de Machu Picchu sobre "la Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza", de julio del 2001, reitera la interdependencia entre la democracia, el desarrollo y el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; así como el fortalecimiento de la democracia como un sistema de gobierno. De igual manera declaran que el ejercicio

[59] El resaltado es nuestro.

[60] En el Preámbulo de este Compromiso se destaca que: "la Comunidad Andina es una comunidad de naciones democráticas" y que "tiene entre sus objetivos principales el desarrollo y consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

[61] Decisión 458 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, art. 1.

[62] Esta Declaración se suscribe en Machu Picchu, durante los días 28-29 de julio del 2001, , en presencia de los presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, el Príncipe de Asturias y el Secretario General de la Comunidad Andina, reunidos con motivo de la toma de posesión del Presidente del Perú, Dr. Alejandro Toledo.

efectivo de la democracia requiere fortalecer su carácter participativo; renuevan el compromiso con la vigencia y el respeto de los derechos humanos y algo muy importante para nuestra subregión es la consideración de que el ejercicio democrático en nuestros pueblos exige el respeto y la promoción de su diversidad. Resulta también interesante el reconocimiento, para la consolidación democrática, de la necesidad de políticas que aseguren la participación activa de las poblaciones indígenas en todos los ámbitos de la vida nacional. Hasta aquí hemos visto que, desde un punto de vista jurídico, los elementos de la democracia previstos a nivel universal (Naciones Unidas), a nivel regional (OEA) coinciden; sin embargo, en la CAN se concibe a la democracia como una forma de gobierno en interdependencia con el desarrollo y los derechos humanos, tanto civiles, políticos, como económicos, sociales y culturales, reiterando el ejercicio de la democracia participativa plena e inclusiva. Una cuestión muy particular de esta concepción es el reconocimiento de la interdependencia entre democracia e integración. Efectivamente la efectividad de la democracia participativa requiere no solo de mecanismos jurídicos sino de la atención a los problemas de desarrollo económico y cultural y al respeto del pluralismo existente en una comunidad internacional heterogénea[63]. Esto nos llevaría al respeto de la diferencia y se evitaría los intentos de imposición de un único modelo basado en una sola ideología. Y es que la democracia, tal como hemos señalado líneas arriba, incluye una dimensión política, ideológica y también económica y social.

En la practica la democracia también depende de quien este en el poder y del tipo de sociedad. La subregión andina en su conjunto se caracteriza por la inestabilidad política, la dependencia económica, la extrema pobreza, baja calidad de la educación, corrupción, debilidad institucional; pero ante todo es desigual. Uno de los desafíos que enfrentan los países andinos es la crisis de representación política. Desde fines de los años 90 se empezó hablar de una crisis de representación política en los países andinos, expresada en una

[63] Monereo, P. J., *Los Fundamentos de la Democracia. La Teoría Político-Jurídica de Hans Kelsen*, España, 2013, p. 288.

profunda insatisfacción con la democracia, los partidos y las legislaturas; es decir, con los principales agentes y los mecanismos de la representación democrática. Además la falta de vinculación entre los representantes y los gobernados quienes ven que sus gobiernos no solucionan los problemas de pobreza, desempleo y otras desigualdades genera desconfianza en el régimen político[64]. Por esta razón se propone que se entienda la representación política en un sentido más amplio, incluyendo el análisis de los distintos tipos de vinculación (frecuentemente no partidaria ni programática) entre gobernantes y representados[65].

Aragón concluye que en los últimos tiempos ha habido una recuperación de esta crisis en los gobiernos de Ecuador, Bolivia y Venezuela; lo que le permite afirmar que existe una relación entre gobiernos de izquierda y una mejora de la percepción ciudadana sobre el grado de la representación política[66]. Diferente es el caso de Perú y Colombia por la aplicación de la economía neoliberal. En el Perú por ejemplo estas reformas neoliberales se relacionan con la promoción de la inversión privada en la economía donde el Estado tiene un rol contemplativo; es decir el estado no puede ser empresario ni puede intervenir en la economía[67].

Respecto a las experiencias latinoamericanas y el modelo de democracia participativa, Rendon[68], desde un punto de vista empírico describe un nuevo sistema de relaciones políticas de democracia participativa, diferenciándola de la democracia representativa, pero también de la democracia semidirecta o de referéndum. Se basa en la experiencia brasilera del presupuesto participativo y en la experiencia

---

[64] Aragón, J. "Representación política en los países andinos: Crisis y recuperaciones", Revista de Ciencia Política y Gobierno, Vol. 3, No 5, PUCP, Lima, 2016, p. 121. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/cienciapolitica/article/view/15691/16127.

[65] *Ibidem*, p. 126.

[66] *Ibidem*, p. 135.

[67] Constitución Política del Perú, art. 60: "Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional".

[68] Rendon, C., A., "Los Retos de la Democracia Participativa", Sociológica, año 19, numero 54, enero-abril del 2004, pp. 183-211, México, D.F., Universidad Autónoma Metropolitana, p. 184.

boliviana del cogobierno, donde la organización social es autónoma, paralela a la estatal, institucionalizada legalmente o no, pero articulada con las instituciones públicas. Propone la participación social de los ciudadanos y de las organizaciones sociales desde su identidad social, sin mediaciones, ni intermediarios[69]; es decir fuera de los partidos políticos. Es una respuesta a la crisis de representatividad de los partidos políticos. Distingue esta participación de representación popular de la participación en política electoral.

Desde nuestro punto de vista el desafío de la democracia participativa para los países de la CAN consiste en reforzar tanto la participación política y la participación directa y popular.

2.2. Necesidad de la democratización de los órganos de la CAN

Hemos visto que los órganos de la CAN promueven la democracia participativa y representativa como un compromiso de los Estados; mas no de la organización; no obstante se ha declarado en el "Compromiso por la democracia" que esta es "condición esencial para la cooperación política y el proceso de integración económica, social y cultural" . Por lo tanto la CAN también debe practicar la democracia. El criterio para evaluar si se ejerce la democracia participativa en la organización será la participación de los pueblos, y de la sociedad civil en la integración andina.

En primer lugar observamos una falta de legitimación popular del proceso integracionista. Esto se refleja en la omisión constitucional, de parte de los Estados miembros, de la transferencia de competencias soberanas para poder cumplir con los objetivos de la integración andina. Sólo la Constitución colombiana[70] prescribe la transferencia parcial de atribuciones a organismos internacionales de

[69] *Ibidem*, 185-187.

[70] Constitución de la Republica de Colombia de 1991, art. Art. 150: sobre funciones del Congreso, inc. 16: "(…) Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados."

integración. Por lo tanto el poder legislativo de cada Estado miembro como poder constituido y que representa a los pueblos de la subregión no participa del proceso integracionista.

En segundo lugar un recorrido por la arquitectura institucional establecida por el Protocolo de Trujillo, mediante el Sistema Andino de Integración (SAI) permite determinar la existencia de órganos intergubernamentales, órganos independientes o comunitarios y órganos de participación de la sociedad civil.

Son los órganos intergubernamentales, representantes de los intereses de los Estados miembros, los que tienen el poder de decisión y de legislar para los propios Estados, las personas naturales y jurídicas de dichos Estados. La legislación comunitaria andina tiene aplicabilidad inmediata, efecto directo y goza de supremacía. El Consejo Presidencial Andino, órgano máximo del acuerdo, define la política de integración a través de directrices[71]; sin embargo éstas no tienen carácter vinculante, atentando a la seguridad del proceso de integracion[72]. Las facultades legislativas están distribuidas entre el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (CAMRE)[73] y

[71] Acuerdo de Cartagena, art. 11: "El Consejo Presidencial Andino es el máximo órgano del Sistema Andino de Integración y está conformado por los Jefes de Estado de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena". Los órganos e instituciones del Sistema ejecutarán las orientaciones políticas contenidas en las Directrices emanadas del Consejo Presidencial Andino.

[72] Protocolo Modificatorio del Tratado de creación del Tribunal Andino. Decisión 472. Artículo 1.- El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende:
El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales;
El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios;
Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina;
Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y
Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

[73] De acuerdo al art. 16 del Acuerdo de Cartagena, La labor del CAMRE consiste fundamentalmente en formular, ejecutar y evaluar, en coordinación con la Comisión, la política general del proceso de la integración subregional andina y en ejecutar las Directrices del Consejo Presidencial; sin embargo se reúne de forma ordinaria dos veces al año de manera extraordinaria, cada vez que lo estime conveniente, a petición de cualquiera de sus miembros.

la Comisión[74]. Entre los órganos independientes tenemos a la Secretaria General constituida por un Secretario General. Su constitución implicó el abandono de la colegialidad de la Junta, órgano que le antecedió y que estaba conformada por tres funcionarios. A pesar de considerarse órgano independiente, su elección depende del CAMRE[75]. Este órgano unipersonal es el órgano ejecutivo de la organización y vela por el cumplimiento del derecho comunitario andino. Actúa además como órgano de solución de controversias y también brinda apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del SAI[76].

El parlamento andino que debería gozar de mayor legitimidad democrática en proceso de integración, solo tiene facultades consultivas, adoleciendo de mecanismos de participación ciudadana. Lo mismo sucede con el Consejo Consultivo Empresarial, el Consejo Consultivo Laboral, el Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas y el Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales. Todos tienen un delegado por país, a excepción del Consejo Consultivo Laboral que tiene cuatro delegados por cada Estado miembro y el Consejo de Autoridades Municipales que esta integrado por tres representantes de cada Estado miembro. Sus reuniones oscilan entre una vez o dos veces al año. Aun así, creemos que es escasa y esporádica la participación de la sociedad civil y de los pueblos en los asuntos de la integración andina, lo cual debilita el proceso al ser

[74] La Comisión en sus orígenes, se concibió como un órgano de progresión comunitaria, pero luego de la reforma se refuerza su componente intergubernamental. Entre sus funciones está el Formular, ejecutar y evaluar la política de integración subregional andina en materia de comercio e inversiones y, cuando corresponda, en coordinación con el CAMRE. Véase: Cerqueira T., O., La Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea frente a la Dinámica Global, España, Sinídice, p. 169.

[75] De conformidad con el art. 20, b del Acuerdo de Cartagena, el CAMRE nombra y puede remover al Secretario General.

[76] Acuerdo de Cartagena, art. 29: "La Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión. La Secretaría General otorgará apoyo técnico, cuando corresponda, a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. La Secretaría General estará dirigida por el Secretario General (…)".

escasa la relación entre los representantes de los órganos e instituciones comunitarias y los pueblos andinos.

3. Conclusiones

3.1. La promoción y practica del principio democrático en las organizaciones internacionales esta dirigido solo a los Estados miembros. En el caso de la Comunidad Andina de Naciones ha promocionado este principio en Declaraciones y tratados (Acuerdo de Cartagena, Tratado que crea el Parlamento Andino y Protocolo de Trujillo que reforma el Acuerdo original); sin embargo su estructura institucional adolece de legitimación democrática. No existe igualdad en el plano de las decisiones relacionadas con políticas comunitarias. Las funciones más importantes (legislativas) que implican poder de decisión, las tienen los órganos intergubernamentales (el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión); El Consejo Presidencial Andino define la política de la organización, pero sus directrices no tienen carácter vinculante, poniéndose en riesgo su ejecución. La representación popular tampoco esta garantizada. El Parlamento que es el llamado a cumplir funciones de representación popular, solo es un órgano consultivo. Los demás órganos Consultivos, que incluye representación indígena, de municipalidades, de empresarios y sindicatos también adolecen de mecanismo de participación social. Los representantes ante la CAN oscilan entre 1 o cuatro por país.

3.2. La CAN ha reiterado que la democracia es una forma de gobierno, en interdependencia con el desarrollo y los derechos humanos, tanto civiles, políticos, como económicos, sociales y culturales; también ha reconocido la necesidad del ejercicio de la democracia participativa plena e inclusiva. En este sentido ha avanzado en la creación de órganos representativos de la sociedad civil intentando integrar al proceso integracionista a los sectores laborales y empresariales, a las comunidades indígenas y a los gobiernos municipales.

3.3. Los principios sobre el principio democrático promovido y reconocido por las organizaciones internacionales (ONU y OEA) y de los cuales han participado los Estados miembros de la CAN pueden considerarse como orientaciones o directrices sobre la democracia, mas no como un derecho; pues tal concepción genera una defensa colectiva que puede agudizar los conflictos en la subregión, como en el caso de Venezuela que se retira de la CAN en el 2006. En la practica algunos países andinos han seguido un modelo de democracia, basada mas en el logro de los DESC (Ecuador y Bolivia); otros como Perú y Colombia han preferido la democracia formal a causa de la economía neoliberal.

3.4. La integración andina intenta desarrollar más la dimensión social de la integración, ante el fracaso de la dimensión económica. El desafío entonces es reforzar la participación social y no solo política de la sociedad civil.

O CASO BATACLAN E O SISTEMA EUROPEU DE COMBATE AO TERRORISMO

Lisandra Ramos Duque Estrada
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo

1. Introdução

O terrorismo é uma ameaça que assola a comunidade internacional e há muito ultrapassou a esfera do Direito Penal dos Estados e se tornou uma questão de Direito Internacional. A reação aos atentados de 11 de setembro de 2001 foi tamanha que o terrorismo se transformou em motivo de ruptura da paz e da segurança internacionais. Os atos terroristas foram equiparados, nesse respeito, à agressão armada. No dia seguinte aos atentados, o Conselho de Segurança concedeu carta branca aos Estados Unidos, por provocação deste, com a RES/CSNU/1368/2001. Esta resolução qualifica os atentados de 11 de setembro, bem como qualquer ato de terrorismo internacional, como uma ameaça para a paz e segurança internacionais e ainda reconhece, de forma expressa, o direito de legítima defesa. O que se denominou de "guerra contra o terror" não foi simples metáfora. Para o Direito Internacional, os atentados terroristas de 11 de setembro implicaram mesmo atos de guerra.

Desde então, diversas organizações internacionais criaram sistemas, órgãos e mecanismos para a sua prevenção e/ou combate. Como não poderia deixar de acontecer, a integração regional e a consequente liberdade transfronteiriça entre os países-membros da União Europeia (bem como outras questões geopolíticas próprias da Europa) evidenciaram a necessidade de se articularem instrumentos capazes de possibilitar medidas mais eficazes. Em virtude da estreita integração entre os países europeus, estabeleceram-se institutos de cooperação internacional em matéria criminal, bem como autoridades comuns. Assim, criou-se um sistema híbrido, que apresenta tanto

institutos de cooperação jurisdicional – solução típica de Direito Internacional Privado – como a existência de organismos comuns aos Estados membros – resposta mais característica do Direito Internacional Público. Ainda assim, cumpre salientar que estes órgãos comuns constituem o desenvolvimento natural dos mecanismos de cooperação jurisdicional, pois buscam facilitar a harmonização das instituições nacionais, em vez de propor uma padronização, como é próprio de autoridades comuns.

Foram criados órgãos como a Europol – agência de cooperação policial – e a Eurojust – órgão de cooperação judicial – que possuem vasta experiência no combate às criminalidades transnacionais graves, sendo certo que a luta contra o terrorismo é uma de suas principais prioridades. Complementarmente, foram desenvolvidos instrumentos de extrema relevância para a cooperação entre os Estados-membros como a Decisão Europeia de Investigação e o Mandado de Detenção Europeu, que também serão vistos. Enquanto no Direito Internacional Geral, por muito tempo, procurou-se, pela via convencional e no seio do Conselho de Segurança, padronizar o combate e a prevenção ao terrorismo – e até mesmo buscou-se uniformizar o tratamento por meio de uma definição única de terrorismo –, na UE, este sistema de cooperação internacional criou medidas de prevenção e repressão mais eficazes, bem como possibilitou a diversidade de tratamento ao tema pelas legislações nacionais.

Portanto, o objetivo do presente artigo é oferecer uma análise do sistema europeu de combate ao terrorismo, com ênfase aos meios de cooperação internacional, sobretudo aqueles voltados à matéria penal, e aos organismos comuns europeus. Aqui, empregou-se o método indutivo e privilegiou-se também a utilização de fontes primárias das decisões e do caso analisado.

2. Breve análise histórica

Os primórdios do sistema contraterrorista europeu remontam o ano de 1970. Em reação aos crescentes ataques de grupos extremistas do Oriente Médio, os Estados-membros da então

Comunidade Europeia (CE) decidiram por instituir mecanismos de cooperação intergovernamental entre si de modo a fortalecer o sistema de segurança, reduzindo a probabilidade de ataques e encurtando o tempo de reação. Para tanto, os então nove Estados-membros da Comunidade Europeia criaram um programa regional de combate ao terrorismo com o desenvolvimento de uma política contraterrorista em dois níveis: o legal e o operacional[1].

No primeiro nível, a política dirigia-se a assegurar a aplicabilidade plena dos tratados e convenções internacionais em matéria de terrorismo em cada país-membro. Com isso pretendiam harmonizar e coordenar as posições que seriam tomadas publicamente por seus membros em relação ao terrorismo.

O Conselho Europeu, reunido em Estrasburgo em 27 de janeiro de 1977, aprovou a Convenção Europeia sobre Supressão ao Terrorismo, cujas considerações iniciais evidenciam o crescente temor que se instalava entre os países europeus, como se depreende do trecho a seguir:

> Os Estados membros do Conselho da Europa signatários da presente Convenção: Considerando que o fim do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus membros;
> Conscientes da crescente inquietação causada pela multiplicação dos actos de terrorismo;
> Desejando que sejam tomadas medidas eficazes para que os autores de tais actos não escapem à captura e ao castigo;
> Convencidos de que a extradição é um meio particularmente eficaz de atingir esse resultado[2].

---

[1] BURES, O.; AHERN, S. *The European Model of Building Regional Cooperation Against Terrorism*. *In* CORTRIGHT, D.; LOPEZ, G. *Uniting Against Terror: cooperative nonmilitary responses to the global terrorist threat.* Cambridge: MIT Press, 2000, p. 188.

[2] UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia sobre Supressão ao Terrorismo. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-europeia-para/downloadFile/file/STE_090.pdf?nocache=1200416961.63. Acesso em: 07 dez. 2017.

Nesse contexto, foram determinadas, entre outras medidas, a impossibilidade de se considerar como políticas as infrações compreendidas no campo de aplicação de diversos tratados internacionais, dentre eles a Convenção para a Repressão da Captura Ilícita de Aeronaves e a Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos Dirigidos contra a Segurança da Aviação Civil. Assim, os Estados-membros estariam impedidos de conceder asilo político a suspeitos de cometimento dos delitos descritos nos tratados relacionados, bem como não poderiam deixar de extraditá-los com base apenas neste motivo.

Em 1979, os Estados-membros aprovaram a Convenção de Dublim que buscou harmonizar as políticas de concessão de asilo no âmbito da CE, adotando critérios e procedimentos padrões, bem como assegurar a aplicação integral e uniforme da Convenção Europeia sobre Supressão ao Terrorismo.

De acordo com O. Bures e S. Ahern, a implementação dos tratados foi dificultada por vários Estados-membros que se recusaram a ratificar tanto a Convenção Europeia sobre Supressão ao Terrorismo quanto a Convenção de Dublim Sobre Asilo, principalmente porque temiam que a sua autonomia para lidar com o terrorismo em uma base independente e intergovernamental seria frustrada[3]. Esse entrave foi vencido apenas em meados da década de 1980, em razão da sensibilização causada pelos vários atentados terroristas sofridos pelos Estados-membros na época, o que levou a uma integração maior entre os países, desenvolvendo sobremaneira o nível operacional da política contraterrorista europeia.

Com relação ao nível operacional da política contraterrorista, Bures e Ahern destacam a importância da criação do Grupo de TREVI (Terrorismo, Radicalismo, Extremismo e Violência Internacional) que a Comunidade Europeia definiu como um fórum para discussão e cooperação em matérias policiais e de inteligência[4].

---

[3] BURES, O.; AHERN, S. *The European Model of Building Regional Cooperation Against Terrorism. In* CORTRIGHT, D.; LOPEZ, G. *Uniting Against Terror: cooperative nonmilitary responses to the global terrorist threat.* Cambridge: MIT Press, 2000, p. 189.

[4] *Idem*, p. 189.

O Grupo de TREVI foi formado nas reuniões de Roma em dezembro de 1975 e era constituído por Ministros e importantes funcionários dos Ministérios da Justiça dos Estados-membros da CE. A partir do esforço intergovernamental dos Estados-membros e das reflexões feitas no âmbito dos encontros do grupo, projetou-se a ideia do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, posteriormente designado como Terceiro Pilar do Tratado de Maastricht.

Além disso, o Grupo de TREVI foi responsável pelo maior desenvolvimento da cooperação internacional dando início a um trabalho regular e sistemático que visava pôr em prática os tratados existentes sobre terrorismo. Sua atuação incluía a troca de informações de inteligência, a compilação de listas com os nomes dos suspeitos de prática de atos terroristas (*blacklist*), a análise de tratados internacionais, o estudo sobre grupos terroristas específicos, bem como sobre os problemas enfrentados pelos países no que se refere ao controle das fronteiras, entre outras funções[5].

O Grupo promoveu avanços e foi considerado por muitos como um fórum de sucesso em relação à segurança dos bancos de dados e a troca de informações de inteligência sobre o terrorismo internacional[6]. Com a aprovação do Tratado de Maastricht e a criação da União Europeia em Fevereiro de 1992 o Grupo de TREVI deu lugar ao Conselho de Justiça e Assuntos Internos (JAI).

O Tratado de Maastricht consolidou a posição que a União Europeia desejava tomar frente ao terrorismo internacional, na qual demonstrou a aversão a esta prática criminosa e indicou, inclusive, meios de cooperação internacional entre os países europeus como forma de prevenção e combate à prática. Como bem destacado por Bures e Ahern:

---

[5] *Idem*, p. 189.

[6] LODGE, Juliet. Terrorism and the European community: towards 1992. *Terrorism and Political Violence*, v. 1, n. 1, p. 28-47, 1989. "*TREVI is a more effective forum than Interpol in matters relating to the security of databank and information exchanges on international national terror*".

> O Tratado de Maastricht refere-se especificamente ao terrorismo como uma forma grave de crime a ser prevenida e combatida pelo desenvolvimento de ações comuns em três áreas:
> O estreitamento da cooperação entre as forças policiais, as autoridades alfandegárias e outras autoridades competentes, inclusive a Europol;
> O estreitamento da cooperação entre autoridades judiciais e outras autoridades competentes dos Estados membros da UE, e
> Aproximação, quando necessário, das regras em matéria penal[7].

A partir de então foram desenvolvidos diversos mecanismos, tanto no âmbito da Europol quanto no âmbito da Eurojust, para viabilizar os intentos de cooperação, com vistas a prevenir e reprimir os atentados terroristas. Nesse sentido, a estrutura da União Europeia é fator fundamental para o sucesso das medidas cooperativas como bem aponta France no seguinte trecho:

> A estrutura institucional da União Europeia possibilita um nível de cooperação no combate ao terrorismo que não encontra paralelos em outras organizações regionais, motivo pelo qual maior destaque foi conferido aos esforços empreendidos em seu âmbito. Em matéria de cooperação criminal, por exemplo, já foram desenvolvidos instrumentos como o mandado de prisão europeu, a Europol e a Eurojust, todos os quais desempenham funções importantes[8].

Seguindo o movimento de terror instaurado em todo o mundo pelos atentados de 11 de setembro de 2001, o Conselho Europeu desenvolveu o Mandado de Detenção Europeu, importante método de

---

[7] BURES, O.; AHERN, S. *The European Model of Building Regional Cooperation Against Terrorism*. *In* CORTRIGHT, D.; LOPEZ, G. *Uniting Against Terror: cooperative nonmilitary responses to the global terrorist threat.* Cambridge: MIT Press, 2000. p. 190. Tradução livre.

[8] FRANCE, Guilherme de Jesus. *Soft Law, big stick*: o papel do Grupo de Ação Financeira no combate ao terrorismo internacional. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 51.

cooperação como garantia de reconhecimento mútuo de decisões judiciais de modo a tornar mais célere a transferência de um suspeito à autoridade requerente.

De acordo com Helmut Satzger e Frank Zimmermann[9], em encontro realizado em Tampere em 1999, o Conselho Europeu deu início a criação de uma área de Liberdade, Segurança e Justiça, importante passo para a integração regional entre os Estados-membros da UE. Neste encontro já era apontada a necessidade de abolição do procedimento formal de extradição, porém, a efetiva redução do procedimento de extradição somente ocorreu com a criação do Mandado de Detenção Europeu em 2002.

Além da cooperação judicial, outro mecanismo de extrema importância para o contraterrorismo da UE é a Europol, que funciona como uma unidade centralizadora de dados das agências policiais dos Estados-membros, tendo como principal objetivo "promover a cooperação efetiva entre autoridades policiais dos países membros para prevenir, investigar e combater a criminalidade internacional"[10].

Com o intuito de reação aos atentados ocorridos em Madrid em 2004, a Europol instituiu uma Força Tarefa de Contraterrorismo, atuando como um setor de inteligência, tendo como suas funções precípuas, segundo Kaunert[11]: (i) coletar informações relevantes produzidas pelos Estados-membros; (ii) analisar essas informações, tanto do ponto de vista operacional, quanto estratégico; (iii) fornecer avaliações de risco; (iv) requerer a abertura de investigações e o compartilhamento de informações com autoridades externas.

---

[9] SATZGER, Helmut. ZIMMERMANN, Frank. Dos modelos tradicionais de cooperação judicial ao princípio do reconhecimento mútuo: os novos desdobramentos do verdadeiro paradigma da cooperação européia em matéria penal. *In:* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 410-411.

[10] FRANCE, Guilherme de Jesus. *Soft Law, big stick*: o papel do Grupo de Ação Financeira no combate ao terrorismo internacional. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 52.

[11] KAUNERT, Christian. Europol and EU counterterrorism: international security actorness in the external dimension. *Studies in conflict & terrorism*, v. 33, n. 7, p. 658, 2010.

A inserção da União Europeia nos esforços de cooperação internacional em matéria penal é o foco do sistema europeu de combate ao terrorismo e, portanto, terá destaque no presente artigo, sendo analisada de maneira mais pormenorizada nos itens que se seguem.

3. Cooperação em matéria penal no âmbito da União Europeia

A cooperação em matéria penal na União Europeia se desenvolveu em razão da necessidade evidenciada através de atentados sofridos no território de seus Estados-membros. Percebia-se que, quanto maior fosse o nível de integração regional e de liberdade transfronteiriça, maior seria a necessidade de se articularem instrumentos capazes de possibilitar uma cooperação em matéria criminal.

O principal precedente normativo para o fortalecimento da cooperação em matéria penal na UE foi o Acordo de Schengen, de 1985, firmado entre a Alemanha, Bélgica, França, Luxemburgo e Países Baixos com o objetivo de instituir um espaço de livre circulação de pessoas entre eles[12]. A ampla liberdade de circulação exigia que fossem tomadas certas medidas de modo a evitar que o esforço de integração regional fosse desvirtuado e, em razão disso, o Acordo previa a necessidade de harmonização nas legislações nacionais em determinadas matérias, bem como a criação de convênios sobre cooperação policial[13].

Com a ampliação do processo de integração da UE surgiu a necessidade de ampliar os modelos de cooperação existentes entre os Estados-membros, o que foi feito em maior grau no Tratado de Maastricht. O Tratado que instituiu as bases da União Europeia a desenvolveu com base em três pilares: (i) comunidades europeias, (ii) política externa e de segurança comum e (iii) cooperação nos âmbitos de justiça e assuntos internos. Inicialmente, o primeiro pilar se

[12] UNIÃO EUROPEIA. Jornal Oficial nº L 239 de 22/09/2000 p. 0013 – 0018. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:42000 A0922 (01). Acesso em: 13 dez. 2017.
[13] Artigos 18 e 19 do Acordo de Schengen.

desenvolvia nos moldes da supranacionalidade[14] e os dois últimos se pautavam na cooperação.

Essa introdução inicial da cooperação em matéria penal na UE era muito limitada. A decisão sobre a adoção de quaisquer instrumentos de cooperação era privativa do Conselho, devendo ser tomada pela unanimidade dos representantes dos Estados-membros em nível ministerial[15]. A iniciativa pra propositura da matéria perante o Conselho cabia a qualquer Estado-membro ou à própria Comissão.

Primordialmente, a União Europeia era dotada de três mecanismos para exercer sua competência em matéria de cooperação penal, quais sejam: (i) posições comuns, (ii) ações comuns e (iii) convenções. As posições comuns indicavam a abordagem da UE sobre determinados assuntos. As ações comuns visavam uma maior coordenação entre as posturas adotadas pelos Estados-membros. Já as convenções estabeleciam bases normativas comuns em matérias caras à UE[16]. Esse sistema de cooperação penal passou ao largo de conseguir se desenvolver, tendo sido posteriormente modificado pelo Tratado de Amsterdã.

O Tratado de Amsterdã, ao instituir o espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, ampliou sobremaneira o escopo da integração regional entre os países da UE. Neste momento, como forma de garantir a efetividade do espaço criado no âmbito europeu, a cooperação em matéria penal passou a ser um objetivo principal para União Europeia.

---

[14] A supranacionalidade pode ser definida com base nos seguintes parâmetros: "a) na existência de instâncias de decisão independentes do poder estatal, as quais não estão submetidas ao seu controle; b) na superação da regra da unanimidade e do mecanismo de consenso, já que as decisões – no âmbito das competências estabelecidas pelo tratado instituidor – podem ser tomadas por maioria (ponderada ou não); e c) no primado do direito comunitário: as normas originadas das instituições supranacionais têm aplicabilidade imediata nos ordenamentos jurídicos internos e não necessitam de medida de recepção dos Estados." REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 65.

[15] BORGES, Talitha Viegas. Cooperação penal na União Européia. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 1163-1164, 2010.

[16] *Ibidem*, p. 1164.

Uma das alterações trazidas pelo Tratado de Amsterdã foi a comunitarização de determinados assuntos tratados na cooperação no âmbito de justiça e assuntos internos relacionados ao asilo, imigração, etc. Desta forma, estes assuntos foram tratados de forma apartada dos mecanismos de cooperação penal, que passaram a ser encontrados no Tratado da União Europeia[17].

No entanto, a alteração mais expressiva em matéria de cooperação penal foi a promovida pelo seu artigo 10 que modificou o Título V do Tratado da União Europeia que estabelece disposições relativas à política externa e de segurança comum. Nesta alteração foi introduzido um ideal de atuação dos Estados-membros, pautado no espírito de lealdade e solidariedade mútua, bem como na imperiosidade da abstenção de tomada de decisões contrárias aos interesses da União.

Segundo Talitha Borges, este instrumento normativo introduziu novos mecanismos de cooperação judicial penal na UE, conforme do trecho a seguir destacado:

> Ao Conselho foi permitido celebrar acordos internacionais na área de cooperação penal. Desapareceram as ações comuns, dando lugar às decisões e decisões-quadro, de forma que a UE passava a contar com: (1) posições comuns, (2) decisões, (3) decisões-quadro e (4) convenções[18].

As decisões-quadro, de acordo com a redação do artigo 34.2, alínea b do Tratado da União Europeia existente à data do Tratado de Nice, eram de competência de Conselho, que deveria deliberar por unanimidade. Elas tinham como objetivo precípuo a homogenização das legislações nacionais dos Estados-membros de modo a facilitar a cooperação penal no âmbito de justiça e assuntos internos. Embora não possuísse efeitos diretos de obrigar os Estados-membros a adotarem determinada postura, as decisões-quadro vinculavam-os aos efeitos pretendidos, qual seja a atribuição de homogeneidade em

[17] *Ibidem*, p. 1165.
[18] *Ibidem*, p. 1165.

determinados assuntos. As decisões apenas se diferenciavam das decisões-quadro por preverem objetivos sem a intenção de homogenização.

Já as posições comuns eram atos adotados pela unanimidade do Conselho Europeu e buscavam especificar uma abordagem global de uma questão específica de natureza geográfica ou temática[19].

Na sessão extraordinária do Conselho Europeu em Tampere, que, entre outras coisas, decidiu pela criação da Eurojust, foi discutida a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça. Para tanto, o Conselho introduziu como pressupostos de efetividade do espaço a ser criado os princípios do reconhecimento mútuo de decisões judiciais e a cooperação em matéria de prevenção e combate a criminalidade grave que, dentre outros, deveriam nortear o desenvolvimento da União Europeia. Nas palavras adotadas quando da Conclusão da Presidência[20]:

> 5. A liberdade apenas pode ser disfrutada num verdadeiro espaço de justiça, onde as pessoas possam recorrer aos tribunais e às autoridades de qualquer Estado-Membro tão facilmente como o fariam no seu próprio país. Os criminosos não devem ter a possibilidade de tirar partido das diferenças entre os sistemas judiciários dos Estados-Membros. As sentenças e decisões devem ser respeitadas e aplicadas em toda a União, salvaguardando simultaneamente a segurança jurídica de base tanto dos indivíduos como dos operadores económicos. É necessário alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.
>
> 6. As pessoas devem contar que a União enfrente as ameaças que a grande criminalidade representa para a sua liberdade e os seus direitos. A fim de fazer face a estas ameaças, é necessário um esforço comum para prevenir e combater o crime e as organizações de criminosos em toda a União. Impõe-se a mobilização

[19] Título V do Tratado da União Europeia existente à data do Tratado de Nice.

[20] O extrato das conclusões tomadas durante os encontros promovidos pelo Conselho Europeu é publicizado em forma de Conclusão da Presidência.

> conjunta dos recursos policiais e judiciais para garantir que os criminosos ou os produtos do crime não se possam esconder na União[21].

A recomendação do Conselho, no que tange ao princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais, dava maior ênfase a questão do procedimento formal de extradição, que consideravam que deveria ser "abolido entre os Estados-Membros no que diz respeito às pessoas julgadas à revelia cuja sentença já tenha transitado em julgado e substituído por uma simples transferência dessas pessoas, nos termos do artigo 6º do TUE"[22]. Posteriormente, com a criação do Mandado de Detenção Europeu, o procedimento de extradição é simplificado nos casos de cometimento de delitos considerados graves.

A cooperação em matéria penal na União Europeia passou por outras alterações paulatinas até que fosse aprovado o Tratado de Lisboa, que estabelece as bases atuais do instituto. O referido Tratado promoveu alterações na estrutura da União Europeia e nos seus três pilares, houve uma reaproximação dos assuntos referentes a cooperação penal aos demais temas de cooperação na UE, razão pela qual se operou a alteração nos mecanismos adotados para a realização da cooperação em matéria penal. Desta forma, no lugar de ter instrumentos exclusivamente adotados para a cooperação em matéria penal, como as decisões-quadro, a reaproximação dos temas de cooperação fez com que a cooperação em matéria penal se inserisse no regime geral adotado para a cooperação entre os Estados-membros da UE.

Nesse sentido, passaram a ser aplicáveis a cooperação em matéria penal os mecanismos comunitários tradicionais, quais sejam: os regulamentos, as diretivas, as decisões, as recomendações e os pareceres.

Os regulamentos são atos unilaterais adotados pelas instituições da UE – Parlamento, Conselho ou Comissão – com o

[21] PARLAMENTO EUROPEU. 1999. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm. Acesso em: 13 dez. 2017.
[22] *Ibidem*.

objetivo de produzir efeitos jurídicos numa situação geral e abstrata. Eles estão previstos no artigo 288 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Conforme expresso no artigo, os regulamentos são de caráter geral, obrigatórios em todos os seus elementos e de aplicação direta a todos os Estados-membros. Normalmente, são adotados quando se pretende proceder a unificação de um regime em todos os Estados-membros[23].

As diretivas são voltadas ao alcance de um resultado e, portanto, vinculam apenas indiretamente. A decisão, por sua vez, é um instrumento normativo apto a produzir efeitos tanto em uma situação geral e abstrata como numa situação concreta. De acordo com o artigo 288 do TFUE ela é obrigatória em todos os seus elementos e, em regra, é aplicável a todos os Estados-membros, porém quando a própria decisão excepcionar a sua aplicação destinando-se a determinados Estados-membros somente a estes será aplicável[24]. Já as recomendações e os pareceres têm caráter não vinculante, tratando-se de normas de *soft law*.

Por fim, destaca-se a cooperação reforçada como um importante mecanismo de cooperação em matéria penal na União Europeia que foi aprofundado pelo Tratado de Lisboa. Este instituto permite que alguns Estados-membros celebrem um acordo que eleva o grau de aproximação e integração entre eles. De acordo com Talitha Borges, "a idéia é que a negação de alguns Estados-Membros para aumentar os laços de cooperação não afete a busca por um a integração mais estreita por parte de outros Estados-Membros"[25].

O artigo 329.2 do TFUE delimita o procedimento necessário para que se estabeleça cooperação reforçada em matérias afetas a política externa e de segurança comum, como se observa a seguir:

> 329 2. Os Estados-Membros que pretendam instituir entre si uma cooperação reforçada no âmbito da política externa e de segurança comum devem dirigir um pedido nesse sentido ao Conselho. Esse pedido é

[23] BORGES, Talitha Viegas. Cooperação penal na União Européia. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 105, p. 1170-1171, 2010.
[24] *Ibidem*, p. 1170-1171.
[25] *Ibidem*, p. 1166.

> transmitido ao Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, que emite parecer sobre a coerência da cooperação reforçada prevista com a política externa e de segurança comum da União, bem como à Comissão, que emite parecer, nomeadamente sobre a coerência da cooperação reforçada prevista com as outras políticas da União. O pedido é igualmente transmitido ao Parlamento Europeu, para informação. A autorização para dar início à cooperação reforçada é concedida por decisão do Conselho, deliberando por unanimidade[26].

Além destes mecanismos, foram criados na União Europeia organismos voltados ao auxílio e à aproximação entre os Estados-membros em matéria penal, sobretudo em relação a prevenção e combate ao terrorismo, tráfico de drogas e outros tipos de criminalidade grave transnacionais. Dentre eles, destaca-se a atuação da Europol – agência de cooperação policial – e da Eurojust – órgão de cooperação judicial – e os instrumentos do Mandado de Detenção Europeu e da Decisão Europeia de Investigação que serão estudados em tópicos próprios a seguir.

3.1. Europol

A Europol é a agência de inteligência e de *law enforcement* da União Europeia e foi criada com o objetivo de melhorar "a eficácia dos serviços competentes dos Estados membros e a sua cooperação no que diz respeito à prevenção e combate ao terrorismo, ao tráfico de estupefacientes e a outras formas graves de criminalidade internacional"[27].

---

[26] UNIÃO EUROPEIA. Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=PT. Acesso em: 13 dez. 2017.

[27] Artigo 2.1 da UNIÃO EUROPEIA. Convenção da Europol. Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-internacional/convencoes-europeias/convencao-europol/downloadFile/file/Conv_Europol.pdf?nocache=1218040457.92. Acesso em: 09 dez. 2017.

Sua primeira fonte normativa foi a Convenção Europol de 1997, aprovada com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, integrada e modificada por três protocolos adicionais. Esta Convenção foi substituída pela Decisão 2009/371/JAI que postulava que "a simplificação e o aperfeiçoamento do quadro jurídico da Europol [poderiam] ser parcialmente alcançados através da criação da Europol enquanto organismo da União Europeia, financiado a partir do orçamento geral da União Europeia, com a consequente aplicação das regras e procedimentos gerais"[28].

Foram exaradas as Decisões 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI e 2009/968/JAI do Conselho de modo a executar o disposto na Decisão 2009/371/JAI. Entretanto, foi com o Regulamento 2016/794 do Parlamento e do Conselho Europeu que a Agência da União Europeia para Cooperação Policial teve seus contornos mais delineados.

Inicialmente o referido órgão desenvolveu suas atribuições relativas ao combate de tráfico de drogas, tráfico de pessoas, o desenvolvimento clandestino de material nuclear e radioativo, entre outros delitos assemelhados. O desenvolvimento de mecanismos e políticas contraterroristas surgiu *a posteriori*, sem, no entanto, deixar de ser um dos objetivos centrais da Europol.

Sua atuação se dá única e exclusivamente com base na cooperação internacional com os 28 Estados-membros da UE. Neste sentido, importante frisar que a Europol não possui quaisquer poderes ou atribuições de condução independente de investigações ou para efetuar detenção de suspeitos. Sua função precípua é apoiar os órgãos policiais de cada país-membro da UE com o recolhimento, análise e divulgação de informações e na coordenação de investigações policiais que dependam da integração de órgãos policiais de diversos países[29].

---

[28] UNIÃO EUROPEIA. Decisão 2009/371/JAI. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:121:0037:0066:PT:PDF. Acesso em: 09 dez. 2017.

[29] EUROPOL. Serviço Europeu de Polícia. "O investigador Europeu – Luta Contra a Criminalidade Internacional". 2011. Disponível em: https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/pt_europeaninvestigator-portugal.pdf. Acesso em: 28 mar. 2018, p. 3.

É possível notar a atuação da Europol em três grandes áreas: (i) como um centro de apoio às operações policiais; (ii) como um núcleo de informação sobre a criminalidade considerada como internacionalmente grave; (iii) como um centro de perícia em matéria de execução da lei[30].

Ela conta com a atuação de mais de cem analistas criminais que se utilizam de sistemas integrados para processar e cruzar os dados alimentando ficheiros de análise que podem ser utilizados em investigações guiadas pelos órgãos policiais nacionais, disponibilizando a eles uma série de dados estratégicos e operacionais[31].

De modo a viabilizar que a troca de informações se dê de forma rápida e atenda às necessidades de apoio e cooperação entre os países, a Europol mantém o Centro Operacional 24/7 que atua como um ponto de contato entre os Estados-membros e a Agência, recebendo solicitações de apoio operacional e informações prestadas pelos países integrantes. Segundo informações publicizadas pela Europol o Centro Operacional presta assistência a mais de 40.000 casos de criminalidade grave e terrorismo por ano[32].

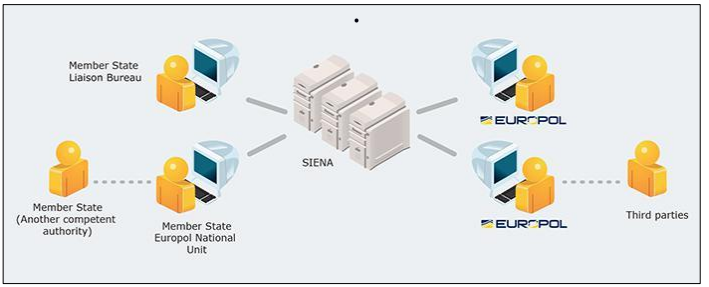
O sistema integrado utilizado pelos analistas e peritos criminais no bojo da Europol é o chamado SIENA – *Secure Information Exchange Network Application.* O SIENA é intermediário entre as Unidades Nacionais da Europol em cada Estado-membro e a equipe centralizadora da Agência europeia.

O compartilhamento de informações funciona em três principais etapas: (i) os órgãos competentes dos Estados-membros criam informações de inteligência e as encaminham para a Unidade Nacional da Europol; (ii) A Unidade Nacional, por sua vez, insere tais informações no Sistema de dados SIENA e estas são recebidas pela unidade centralizadora da equipe da Europol sediada em Haia; (iii) a unidade centralizadora processa os dados, realizando cruzamentos com dados fornecidos por outros países e outros tratamentos

[30] *Ibidem*, p. 6.
[31] *Ibidem*, p. 6.
[32] EUROPOL. Centro Operacional. Disponível em: https://www.europol.europa.eu/pt/about-europol. Acesso em: 09 dez. 2017.

necessários e depois remete o produto do processamento aos Estados-membros interessados na investigação ou até a Estados que estejam fora da União Europeia, como os Estados Unidos, por exemplo. Estas etapas são apresentadas no organograma a seguir:

Figura 1 – Funcionamento do SIENA



Fonte: Serviço Europeu de Polícia, 2011, p. 7.

Embora dotada de mecanismos que buscam viabilizar e ampliar a cooperação internacional entre os países, nota-se na prática que tais mecanismos não são hábeis a gerar a confiança necessária nos Estados-membros para que compartilhem as informações de inteligência produzidas no âmbito de seus organismos policiais nacionais.

Segundo Bures e Ahern, mesmo após os ataques de 11 de Setembro e o consequente crescimento da atuação da Europol, a Agência se mostra mais como um organismo de coordenação de informações do que uma sede operacional[33].

Para Bures há certa desconfiança das autoridades policiais e de inteligência dos Estados-membros em relação à atuação Agência da União Europeia para Cooperação Policial. As autoridades nacionais temem que o compartilhamento da investigação com um

[33] BURES, O.; AHERN, S. *The European Model of Building Regional Cooperation Against Terrorism. In* CORTRIGHT, D.; LOPEZ, G. *Uniting Against Terror: cooperative nonmilitary responses to the global terrorist threat.* Cambridge: MIT Press, 2000, pp. 190-200.

órgão supranacional possa reduzir a sua esfera de autonomia e de autoridade em relação ao caso investigado[34].

Além disso, a possibilidade de compartilhamento dos dados coletados e processados pela Europol com países que não integram o acordo de aproximação regional da União Europeia igualmente acarreta insegurança aos Estados-membros, sendo a possibilidade criticada por muitos estudiosos devido à falta de controle e de proteção dos dados sigilosos[35]. Em razão disso, os países-membros da UE tendem a optar por parcerias menores entre si, o que minora sobremaneira o campo de atuação da Europol.

3.2. Eurojust

A Eurojust é a Agência de Cooperação Judiciária da União Europeia, tendo sido criada com o objetivo de "estimular e melhorar a coordenação das investigações e ações judiciais e a cooperação entre as autoridades competentes dos Estados-Membros em relação à criminalidade transfronteiriça grave"[36].

Os intentos de criação de uma unidade de cooperação judicial em matéria penal se iniciaram por volta de 1998 quando foi criada a Rede Judiciária Europeia através da Decisão 98/428/JAI para cumprir a recomendação nº 21 do Plano de Ação para Combater o Crime Organizado adotado pelo Conselho em 1997. Em 1999 o Conselho decidiu formalizar a criação de uma área de Liberdade, Segurança e

---

[34] BURES, Oldrich. Intelligence sharing and the fight against terrorism in the EU: lessons learned from Europol. *European View*, v. 15, n. 1, p. 61, 2016.

[35] Sobre o tema ver: NINO, Michele. *The Protection of Personal Data in the Fight Against Terrorism: New Perspectives of PNR European Union Instruments in the Light of the Treaty of Lisbon., Utrecht Law Review.* v. 6, n. 1, p. 64-69. 2010; KAUNERT, Christian. *Europol and EU counterterrorism: international security actorness in the external dimension. Studies in conflict & terrorism*, v. 33, n. 7, p. 656, 2010; O'NEILL, Maria. *The issue of data protection and data security in the (Pre-Lisbon) EU Third Pillar. Journal of contemporary European research*, v. 6, n. 2, 2010, pp. 219-224.

[36] EUROJUST. 2017. Relatório Anual 2016. Disponível em: http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202016/AR2016_PT.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

Justiça através do Tratado de Amsterdã fortalecendo a ideia de uma maior cooperação judicial[37].

Conforme mencionado, a Eurojust foi inicialmente citada no encontro do Conselho Europeu em Tampere em 1999 quando foi conclamada a criação de um organismo de cooperação judicial formado por promotores, magistrados ou oficiais de polícia que detivessem as prerrogativas necessárias nacionais de cada Estado-membro. O Conselho indicava que a criação do órgão deveria ser finalizada até o final de 2001[38].

Em 2000 foi criada uma unidade provisória, a Pro-Eurojust, a qual foi substituída em 2002 pela Eurojust, criada pela Decisão 2002/187/JAI do Conselho Europeu. Segundo Bures, a Eurojust veio a se tornar o primeiro órgão permanente de trabalho conjunto entre autoridades judiciais do mundo[39]. O Tratado de Nice, em 2001, trouxe novas bases à Eurojust alterando o artigo 31 do Tratado da União Europeia de modo a elencar formas de promoção da cooperação pelo Conselho Europeu através da atuação do órgão de cooperação judicial.

Sua estrutura e modo de funcionamento interno, incluindo-se questões referentes a procedimentos de tomada de decisões e quóruns de votação, foram delimitados pelo Conselho através do Regulamento Interno 2002/C 286/01, doravante nomeado Regulamento Interno da Eurojust.

Segundo o Regulamento Interno, a Eurojust é formada, operacionalmente, por um Colégio de Membros nacionais. Cada Membro do Colégio tem direito a um voto e todos são responsáveis pela organização e o funcionamento da Eurojust. Este Colegiado tem a atribuição de eleger o Presidente e o Vice-Presidente do órgão de

---

[37] BURES, Oldrich. *Eurojust's fledgling counterterrorism role. Journal of Contemporary European Research,* v. 6, n. 2, p. 237-238, 2010. Ver também BURES, O.; AHERN, S. *The European Model of Building Regional Cooperation Against Terrorism. In:* CORTRIGHT, D.; LOPEZ, G. *Uniting Against Terror: cooperative nonmilitary responses to the global terrorist threat. Cambridge: MIT Press*, 2000, pp. 200-201.

[38] *Ibidem*.

[39] BURES, Oldrich. Eurojust's fledgling counterterrorism role. *Journal of Contemporary European Research*, v. 6, n. 2, 2010, pp. 237-238.

cooperação judicial, que representam a Eurojust em suas comunicações oficiais e que convocam, presidem e conduzem todas as reuniões do Colégio[40].

A atividade desempenhada pela Eurojust de apoio, cooperação e coordenação de investigações conjuntas entre os Estados-membros é realizada através de aproximadamente quatro etapas, podendo variar a depender da complexidade do caso.

Na primeira etapa, o Estado-membro encaminha uma requisição de auxílio ao seu representante no âmbito da Eurojust[41]. Subsequentemente, o representante registra o caso e o apresenta ao Colegiado da Eurojust, dando início a segunda etapa. A essa etapa dá-se o nome reuniões operacionais ou Reunião de Nível I, sendo elas decisivas para a aceitação ou não da abertura do caso[42].

A terceira etapa inicia-se após a aceitação e o registo do caso pela Eurojust. Nesta etapa as Delegações Nacionais envolvidas podem solicitar uma reunião com os representantes dos demais Estados-membros envolvidos, se houverem outros envolvidos, ou com juristas da Eurojust, instaurando assim uma Reunião de Nível II[43]. Nesta reunião, o representante do Estado-membro requisitante apresenta o caso e abre o debate acerca das matérias legais ou organizacionais relacionadas ao caso, solicitando o apoio do órgão ou das demais Delegações Nacionais na busca de uma solução.

Muitos casos podem ser resolvidos na terceira etapa, por exemplo, casos que versem sobre possíveis conflitos de jurisdição podem ser resolvidos no âmbito da Reunião de Nível II, uma vez que os juristas da Eurojust podem indicar determinado Estado como legitimado para o exercício da atividade jurisdicional e o mesmo concordar em exercê-la, não havendo necessidade de prolongar o caso para as demais etapas. Entretanto, se o caso apresentado necessitar de

---

[40] EUROJUST. Regulamento Interno da Eurojust. 2002/C 286/01. Disponível em: http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/ejlegalframework/Eurojust%20Rules%20of%20Procedure/Eurojust-Rules-of-Procedure-2002-PT.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

[41] Artigo 13 do Regulamento Interno da Eurojust. 2002/C 286/01.

[42] Artigo 15 do Regulamento Interno da Eurojust. 2002/C 286/01.

[43] Artigo 16 do Regulamento Interno da Eurojust. 2002/C 286/01.

maior coordenação intergovernamental com a execução de ações conjuntas, por exemplo, será necessária a realização de reuniões de coordenação, também conhecidas como Reuniões de Nível III[44].

As reuniões de coordenação visam a aproximação dos Estados-membros envolvidos e de suas autoridades nacionais de modo a estimular que estes entrem em um consenso acerca da possibilidade e dos meios cabíveis para uma cooperação entre si. Além disso, esta etapa também se presta à coordenação de atividades conjuntas de investigação ou referentes a ações judiciais de modo a adotar um procedimento mais célere e simplificado de execução de medidas judiciais, extradições, etc.

De acordo com o Relatório Anual de 2016 da Eurojust[45], as reuniões de coordenação são utilizadas para facilitar o intercâmbio de informações, identificar e implementar meios e métodos para apoiar a execução de pedidos de auxílio judiciário mútuo e medidas coercivas como mandados de busca e mandados de detenção, facilitar a possível criação e funcionamento de uma equipe de investigação conjunta, coordenar as investigações e ações judiciais em curso de modo a evitar conflitos de competência jurisdicional, a violação do princípio do *ne bis in idem* entre outros problemas legais e probatórios.

No caso específico do combate ao terrorismo, Bures ressalta que a Eurojust promove reuniões referentes ao tema em três níveis: (i) o nível operacional, em que há um enfoque maior no auxílio prestado nas investigações em curso; (ii) o nível tático, pelo qual há um incentivo para o compartilhamento pelos Estados-membros de informações valiosas sobre grupos terroristas específicos e o mapeamento de possíveis ligações entre eles, bem como os métodos contraterroristas que se provaram eficazes em suas próprias experiências nacionais; (iii) o nível estratégico, que consiste na realização de encontros anuais com o intuito de reafirmar os deveres que cada Estado-membro possui de compartilhar todas as

[44] Artigo 17 do Regulamento Interno da Eurojust. 2002/C 286/01.

[45] EUROJUST, 2017. Relatório Anual 2016. Disponível em: http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202016/AR2016_PT.pdf. Acesso em: 10 dez. 2017.

informações pertinentes sobre investigações criminais em curso com a Eurojust[46].

Ressalta-se que a Eurojust, assim como a Europol, não possui autoridade legal para instaurar investigações e não detém capacidades coercitivas para aplicar qualquer penalidade aos Estados-membros caso as suas recomendações não forem cumpridas. No entanto, os Relatórios Anuais publicizados pela Eurojust elencam as falhas ocorridas quando da cooperação, o que pode representar algo que Flávia Piovesan chama de *power of embarrassment*, capaz de causar constrangimento político e moral[47].

3.3. Mandado de Detenção Europeu

O Mandado de Detenção Europeu (MDE) surgiu como uma implicação do princípio de Reconhecimento Mútuo de Decisões Judiciais insculpido no Tratado de Lisboa. Este instrumento funciona como efetiva forma de simplificação de procedimento formal de extradição, garantindo maior celeridade e efetividade sem que haja, em tese, qualquer prejuízo às garantias legais do indivíduo que estiver sendo acusado.

Conforme mencionado, na sessão extraordinária do Conselho em Tampere foi suscitada a possibilidade de abolir-se o procedimento formal de extradição no âmbito da União Europeia em determinados casos, sendo substituído por uma simples transferência de pessoas. Para viabilizar este intento, após o atentado de 11 de setembro, o Mandado de Detenção Europeu foi introduzido na UE, sobretudo, como meio de "atender a necessidade imediata de um modo fácil de entrega de suspeitos de terrorismo"[48].

---

[46] BURES, Oldrich. Eurojust's fledgling counterterrorism role. *Journal of Contemporary European Research*, v. 6, n. 2, 2010, p. 240.

[47] Ver PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 249-250.

[48] SATZGER, Helmut; ZIMMERMANN, Frank. Dos modelos tradicionais de cooperação judicial ao princípio do reconhecimento mútuo: os novos desdobramentos do verdadeiro paradigma da cooperação européia em matéria penal. *In:* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de.

Em Junho de 2002 o Conselho emitiu a Decisão-Quadro 2002/584/JAI que criou as bases do referido instituto, considerando-o "uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade"[49].

É caracterizado por ser essencialmente judicial, sendo dispensado o "procedimento executivo de concessão"[50] e, portanto, eliminada a discricionariedade política sobre a concessão ou não da extradição.

Além disso, há uma limitação nos casos de não execução do Mandado de Detenção, sendo as razões obrigatórias de recusa elencadas no artigo 3 da referida Decisão-quadro, que incluem formas extintivas da punibilidade como a concessão de anistia ou cumprimento da pena no Estado requerido e a inimputabilidade do acusado perante o direito interno do Estado requerido. O artigo 4 da Decisão-quadro estabelece formas facultativas de recusa, que incluem a existência de ação penal em curso sobre o mesmo caso no Estado requerido e ser caso de jurisdição penal do Estado requerido.

O MDE reduz o escopo de aplicação do princípio da dupla incriminação[51] e da especialidade, bem como não é cabível a exceção

---

Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 411.

[49] Artigo 1.1 da UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource. html?uri=cellar:3b151647-772d-48b0-ad8c-0e4c78804c2e.0010.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 14 dez. 2017.

[50] SATZGER, Helmut; ZIMMERMANN, Frank. Dos modelos tradicionais de cooperação judicial ao princípio do reconhecimento mútuo: os novos desdobramentos do verdadeiro paradigma da cooperação europeia em matéria penal. *In:* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 413.

[51] Segundo informações da Comissão Europeia através do sítio eletrônico Portal Europeu de Justiça: "Para 32 categorias de delitos graves, não é necessário que o ato seja uma infração penal em ambos os países. O único requisito é que seja punível com, pelo menos, 3 anos de prisão no país de saída.". Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-pt.do. Acesso em: 14 dez. 2017.

da extradição de pessoas nacionais do Estado requerido. Segundo Helmut e Zimmermann a inaplicabilidade da exceção de extradição de nacionais "mostra claramente que o Mandado de Detenção Europeu está baseado em uma visão da cidadania europeia e rompe, por isso, com vários princípios originados na ideia tradicional de soberania nacional"[52].

O aspecto da possibilidade de transferência de nacionais suscitou dúvidas acerca da sua conformidade com as Constituições dos Estados-membros. A Corte Constitucional Alemã considerou ser antidemocrático permitir que nacionais fossem julgados com base em ordenamentos jurídicos para a construção do qual não puderam contribuir democraticamente[53].

Entretanto, a Corte concluiu pela possibilidade de extradição de nacionais caso os princípios constitucionais fossem respeitados. Em razão disso, foram criados na Alemanha "dois estágios no processo de admissibilidade do mandado de detenção europeu em que há a garantia de recurso perante o Judiciário e a necessidade de verificar a dupla incriminação"[54]. Desta forma, tal disposição continua válida ao MDE, inclusive como forma de possibilitar os anseios de manutenção de um verdadeiro espaço de liberdade, segurança e justiça no âmbito da UE.

Destaca-se, por oportuno, os limites temporais para a aplicação do MDE que são o principal diferencial do instituto. Para requerimentos de transferência de suspeitos sem que haja o

---

[52] SATZGER, Helmut. ZIMMERMANN, Frank. Dos modelos tradicionais de cooperação judicial ao princípio do reconhecimento mútuo: os novos desdobramentos do verdadeiro paradigma da cooperação européia em matéria penal. *In:* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 413.

[53] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT). 18 de julho de 2005. Caso BVerfgGE 113, 273 Europäischer Haftbefehl. Disponível em http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv113273. html. Acesso em: 14 dez. 2017.

[54] VENANCIO, Daiana Seabra. O mandado de detenção europeu vs. o mandado de captura do Mercosul: uma análise comparativa. *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, n. 2, 2012, pp. 35-36.

consentimento do mesmo o prazo para devolução do Mandado é de 60 dias após a detenção[55] e nos casos em que o suspeito consente com a transferência esse prazo é reduzido para 10 dias[56].

De acordo com informações encontradas no portal eletrônico da Justiça Europeia[57], o MDE é utilizado pela maioria dos países com certa frequência, sendo o Mandado devolvido normalmente em 16 dias quando há o consentimento e em cerca de dois meses quando não há. A tabela abaixo aponta a frequência com a qual os países-membros utilizam-se do MDE e o índice de retorno positivo do mesmo:

Tabela 1. Análise temporal da emissão de Mandado de Detencao Europeu

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Emitidos	6.900	6.750	11.000	14.200	15.800	13.900	9.800	10.450	13.100	14.700
Detetadas e/ou detidas	1.770	2.040	4.200	4.500	6.150	6.460	6.490	5.840	7.850	9.660
Entregues	1.530	1.890	3.400	3.630	5.580	5.370	5.230	4.480	3.460	5.480

Fonte: Portal de Justiça Europeia, Outubro de 2016.

3.4. Decisão Europeia de Investigação

A Decisão Europeia de Investigação (DEI) é uma decisão judicial emitida pela autoridade judiciária de um Estado-Membro para que sejam executadas em outro Estado-Membro uma ou várias medidas de investigação específicas, para assegurar a obtenção de elementos probatórios necessários a instruções criminais nacionais.

O instituto da Decisão Europeia de Investigação foi criado em substituição da Ordem de arresto de propriedades ou apreensão de provas (Decisão-quadro 2003/577/JAI) e do Mandado Europeu de

[55] Artigo 17.3 da Decisão-quadro 2002/584/JAI.
[56] Artigo 17.2 da Decisão-quadro 2002/584/JAI.
[57] UNIÃO EUROPEIA. Mandado de Detenção Europeu. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_european_arrest_warrant-90-pt.do. Acesso em: 14 dez. 2017.

Obtenção de Provas (Decisão-quadro 2008/978/JAI) por meio da Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho[58].

Anteriormente à criação da DEI, era necessário efetuar o requerimento de arresto de propriedades ou apreensão de provas para garantir o congelamento das provas sem, no entanto, poder transferi-las e posteriormente emitir o Mandado Europeu de Obtenção de Provas para que as provas arrestadas pudessem ser de fato utilizadas pela autoridade judiciária do Estado requerente, também sendo possível utilizar-se dos mecanismos tradicionais de obtenção de provas como a carta rogatória[59]. Nota-se que no período compreendido entre 2003 e 2008, quando entrou em vigor a Decisão-quadro que institui o Mandado de Obtenção de Provas Europeu, somente a segunda opção era viável.

A Diretiva 2014/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho afirma que, embora houvesse efetiva necessidade de um instituto de cooperação judicial com vistas ao compartilhamento e produção de provas, o sistema criado pela Ordem de Arresto e Mandado Europeu de Obtenção de Provas era extremamente fragmentado e complexo, razão pela qual se fazia necessário a criação "de um sistema global de obtenção de elementos de prova nos processos de dimensão transfronteiriça, com base no princípio do reconhecimento mútuo"[60].

Assim surge a DEI como instrumento único para a obtenção de auxílio entre Estados-membros com a realização de medidas específicas de investigação visando sempre a obtenção de elementos probatórios. É possível a emissão da DEI para realização de qualquer

---

[58] O Instrumento da Decisão Europeia de Investigação entrou em vigor em 22 de Maio de 2017.

[59] Ver SATZGER, Helmut; ZIMMERMANN, Frank. Dos modelos tradicionais de cooperação judicial ao princípio do reconhecimento mútuo: os novos desdobramentos do verdadeiro paradigma da cooperação européia em matéria penal. *In:* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, pp. 432-433.

[60] Item 6 da UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/41/EU/Parlamento Europeu e Conselho da UE. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0041&qid=1513374452738&from=PT. Acesso em: 14 dez. 2017.

medida de investigação, com exceção da criação de equipes de investigação conjunta, que deverão seguir as regras do artigo 13 da Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia. Ela pode ser emitida para obtenção de provas relativas a processos penais em curso ou que possam ser instaurados pela autoridade judiciária pelo Estado que executará a DEI ou em processos instaurados por autoridades administrativas para averiguar questões penalmente puníveis.

De modo a garantir a celeridade do pedido, são estipulados prazos máximos para a autoridade de execução atender ao requerimento. Assim, quando um Estado emite uma DEI o Estado de execução deve dizer em 30 dias se aceitam ou não o pedido, em caso de aceitação devem encaminhar ao Estado de emissão as provas requeridas no prazo máximo de 90 dias, com pouquíssimas exceções previstas no artigo 15 da Diretiva[61].

A estipulação dos referidos prazos é de grande valia para o contraterrorismo, uma vez que a realização de uma investigação célere logo após a ocorrência de atentados terroristas pode evitar que sejam cometidos outros em sua sequência. A morosidade e burocracia dos meios tradicionais de cooperação internacionais não se presta à efetiva persecução criminal de delitos tipicamente dinâmicos e que transcendem as fronteiras geográficas dos países.

Os motivos de recusa de execução da DEI estão elencados no artigo 11 da Diretiva e são limitados. Pode recusar-se a executar a DEI em razão da existência de privilégios ou imunidades legais que tornam impossível a execução, quando a execução for capaz prejudicar interesses nacionais de segurança, quando a execução contrariar o princípio do *bin in idem*, etc.

De acordo com o Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia, a criação da DEI se presta à proteção dos direitos fundamentais da ampla defesa, tendo em vista que:

---

[61] Somente é possível adiar o cumprimento da DEI caso: a) A sua execução possa prejudicar uma investigação ou ação criminal em curso, durante um prazo que o Estado de execução considere razoável; b) Os objetos, documentos ou dados em causa já estejam a ser utilizados noutro processo, até deixarem de ser necessários para este efeito.

> As autoridades que emitem a decisão devem avaliar a necessidade e a proporcionalidade da medida de investigação requerida. Uma decisão europeia de investigação tem de ser emitida ou validada por uma autoridade judicial, e a sua emissão pode ser requerida por um suspeito ou por um arguido, ou por um advogado em seu nome, em conformidade com os direitos de defesa e com os processos penais nacionais. Os Estados-Membros devem assegurar vias de recurso equivalentes às existentes em processos nacionais similares, e que as pessoas em causa são adequadamente informadas dessas possibilidades[62].

As bases normativas do instrumento parecem ser capazes de levar os Estados-membros a um acesso mais rápido aos elementos probatórios necessários para a realização de suas investigações, ampliando sobremaneira as possibilidades de realização de cooperação em matéria criminal entre os países.

4. O Caso Bataclan

O caso ora analisado faz parte de uma série de ataques terroristas que ocorreram em novembro de 2015, na França. Foram efetuadas três explosões concomitantemente em locais diversos e seis fuzilamentos em massa, incluindo o ataque à casa de shows Bataclan, onde foram registrados 89 mortos. Ao todo 180 pessoas morreram e cerca de 350 ficaram feridas[63].

O atentado foi o pior que aconteceu na União Europeia desde os ataques de Madrid de 2004. O então presidente da França, François Hollande, decretou estado de emergência nacional no país, o primeiro estado de emergência declarado desde 2005, e colocou controles temporários sobre as fronteiras francesas. Também decretou o

[62] UNIÃO EUROPEIA. Comunicação à Imprensa. Disponível em: europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_pt.pdf. Acesso em: 15 dez. 2017.

[63] BBC *News. Paris attacks: Bataclan and other assaults leave many dead. 14 November 2015*. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-europe-34814203. Acesso em: 15 dez. 2017.

primeiro toque de recolher desde 1944, ordenando que as pessoas saíssem das ruas de Paris[64].

Aos demais Estados-membros da UE, Hollande requereu a cooperação com a invocação, pela primeira vez desde a sua criação, da cláusula de defesa mútua prevista no Tratado de Lisboa, a qual foi aceita com unanimidade pelos requeridos. Com base nessa cláusula, o Estado requerente tem grande espaço decisório para implementar, através de negociações bilaterais, quaisquer medidas de cooperação. Estes arranjos bilaterais são de assistência obrigatória, porém não vinculam quanto ao tipo de cooperação que o Estado requerido precisa assumir, nem mesmo com relação ao seu alcance[65].

Para colocar em prática o requerimento formalizado pelo Presidente Francês foram firmadas as Propostas de Resolução B8-0043/2016 e RC-B8-0043/2016[66]. Por meio delas, a França requereu o auxílio dos Estados-membros e da UE para a criação de um quartel-general civil-militar para a União Europeia, "devendo tal estrutura estar incumbida do planeamento de contingência estratégico e operacional, nomeadamente com vista à defesa coletiva, tal como previsto pelos artigos 42.º, n.º 2 e 7, do TUE"[67].

Na Proposta de Resolução Comum RC-B8-0043/2016, a França salientou a importância de implementação de uma abordagem preventiva com o desanuviamento de tensões, em especial pelos jovens nacionais, o que preveniria as possíveis causas de extremismo que culminam em ataques terroristas. Além disso, conclamou por uma política externa comum da UE com relação ao futuro da Síria e de todo o Oriente Médio.

A Eurojust destacou que "as atividades operacionais e estratégicas da Eurojust no domínio da luta contra o terrorismo

---

[64] TELES, Patrícia Galvão. As respostas europeias aos atentados de Paris e Bruxelas. Janus anuário. Janus 2017-A comunicação mundializada. Observatório de Relações Exteriores. Universidade Autónoma de Lisboa, 2017. p. 16.

[65] *Ibidem*, p. 16.

[66] Disponíveis em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0043+0+DOC+XML+V0//PT e http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P8-RC-2016-0043+0+DOC+XML+V0//PT, respectivamente. Acesso em: 15 dez. 2017.

[67] Item 9 da Proposta de Resolução B8-0043/2016.

refletiram a necessidade de reforçar a capacidade dos Estados-Membros de lutar contra o terrorismo de uma forma eficaz e coordenada comum"[68]. Para tanto, foram realizadas diversas reuniões de coordenação, bem como foi realizado o primeiro centro de coordenação em um caso de terrorismo.

Já a Europol, por meio de seu relatório anual em 2015[69], destacou a importância de realização de novos estudos acerca de uma possível modificação no foco dos ataques perpetrados pelo Estado Islâmico, aduzindo que o grupo tem mudado seu foco principal para a obtenção de território e outras motivações globais. Além disso, alertou para a necessidade de maior controle das pessoas que viajam à Síria e outros locais de conflito e retornam ao seu país de origem, uma vez que os ataques foram efetivados pelos chamados "*returning foreign fighters*".

Os ataques ocorridos na França intensificaram os debates e o processo de criação do Centro Europeu de Luta Contra o Terrorismo ligado a Europol. Segundo a Comunicação COM/2016/0602 da Comissão Europeia, o Centro Europeu de Luta Contra o Terrorismo "é a espinha dorsal da ação da UE contra o terrorismo, funcionando como centro de informação e cooperação em apoio dos Estados-Membros, também analisa o terrorismo, avalia as ameaças e ajuda a elaborar os planos operacionais de luta contra o terrorismo"[70].

Em 7 de dezembro do 2015 foi instituída a *Taskforce Fraternité* que reuniu informações vindas primordialmente da França e da Bélgica e resultou em cerca de 2.500 dados inseridos no SIENA e 1.247 relatórios de inteligência criados a partir dos dados

[68] Eurojust. Relatório anual 2015. Disponívl em: http://eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/eurojust%20Annual%20Reports/Annual%20Report%202015/AR2015_PT_WEB.pdf. Acesso em: 15 dez. 2017.

[69] Disponível em: https://www.europol.europa.eu/annual_review/2015/terrorism.html. Acesso em: 15 dez. 2017.

[70] COMISSÃO EUROPEIA. COM/2016/0602. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1522727566599&uri=CELEX:52016DC0602#footnote29. Acesso em: 02 abr. 2018.

fornecidos[71]. A *Taskforce* era constituída por mais de 60 analistas que realizaram uma investigação completa e detalhada dos atentados, compilaram dados de inteligência relativos ao financiamento dos grupos envolvidos, identificaram equívocos na abordagem e sugeriram as possíveis implicação das políticas contraterroristas[72]. O Centro Europeu de Luta Contra o Terrorismo também foi o responsável pela coordenação de uma operação internacional conjunta, iniciada logo após o ataque ocorrido na Bélgica apenas quatro meses após os atentados de Paris.

O intenso trabalho de compartilhamento de informações através da Europol foi essencial para a identificação e localização de Salah Abdeslam, único suspeito vivo das células jihadistas que promoveram o ataque. Salah foi detido no dia 18 de março de 2016 em Molenbeek na Bélgica e foi transferido para a França em razão da execução do Mandado de Detenção Europeu expedido pelo país em 19 de março de 2016[73].

Em 5 de fevereiro de 2018, Abdeslam compareceu perante a corte no Tribunal de Bruxelas, onde está sendo processado pelo atentado ocorrido na Bélgica, o julgamento da causa ainda está pendente e o acusado permanece detido[74]. O julgamento belga é visto como um preâmbulo do julgamento que ocorrerá na França pelos atentados de Paris, que ainda não tem data determinada.

---

[71] Europol. Infográfico de um ano de atuação do ECTC. Disponível em: https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/ectc_one_year_final.pdf. Acesso em: 02 abr. 2018.

[72] Europol. ECTC – *European Counter Terrorism Centre – Infographic*. Disponível em: https://www.europol. europa.eu/publications-documents/ectc-european-counter-terrorism-centre-infographic. Acesso em: 02 abr. 2018.

[73] BBC *News. Paris attacks suspect Salah Abdeslam extradited to France*. 27/04/2016. Disponível em: http://www.bbc.com/news/world-europe-36147575. Acesso em: 02 abr. 2018.

[74] G1. Suspeito dos atentados de Paris é julgado por tiroteio de 2016 na Bélgica. 05/02/2018. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/suspeito-dos-atentados-de-paris-e-julgado-em-bruxelas.ghtml. Acesso em: 20 fev. 2018.

5. Conclusão

O sistema europeu de combate ao terrorismo se destaca por ser primordialmente baseado em métodos não ortodoxos de cooperação internacional, que visam otimizar a aproximação dos Estados-membros através do compartilhamento de dados, a realização de operações conjuntas, a reunião de especialistas, entre outras medidas. Além disso, muitos dos instrumentos desenvolvidos em seu âmbito conferiram um especial significado a princípios como o reconhecimento mútuo de decisões judiciais e, em alguns casos, restringiram a aplicação dos princípios da dupla incriminação e da especialidade.

Todas as inovações propostas tanto por meio dos órgãos do sistema europeu quanto por seus mecanismos buscam aproximar os países, formar uma rede investigativa, reduzir burocracias e o tempo de resposta aos pedidos de cooperação e também minorar as possibilidades de negativa pelos países, garantindo maior efetividade dos meios de cooperação.

Todavia, os órgãos criados pelo sistema europeu encontram dificuldades de demonstrar o seu idealizado potencial, e suscitar a confiança dos Estados enquanto colaboradores não é uma tarefa fácil, o que demonstra que o desenvolvimento de uma estrutura voltada a fomentar a cooperação internacional é uma tarefa que exige constante comprometimento dos Estados. O regular aprimoramento dos meios de cooperação e a elevação no grau de consenso entre os Estados-membros podem ser formas de ampliar o comprometimento dos mesmos, tornando a cooperação muito mais eficaz.

Ademais, o próprio sistema de combate ao terrorismo deve ser constantemente aprimorado. Como toda questão social, os desafios impostos pelo terrorismo estão em frequente mudança e renovação, requerendo, portanto, um diálogo acadêmico de atualização e revisão de esforços em busca de novas soluções. Com paciência e dedicação, deve prosseguir-se no caminho em busca da promoção de uma sociedade internacional integrada e cada vez mais apta à manutenção da paz e da segurança de todos.

EL ARBITRAJE COMO SERVICIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

José Antonio Moreno Rodríguez

I – Introducción

En los arbitrajes, terceras personas, que no son jueces o magistrados estatales, resuelven y ponen fin a las disputas que son voluntariamente sometidas a su consideración.

Como se insiste recientemente, el arbitraje no constituye un *medio alterno* de solución de conflictos, sino un *medio* de solución de conflictos, como lo es también el recurso ante tribunales estatales. Tampoco es el único mecanismo fuera del Estado: también tienen sus mecanismos de solución de disputas las minorías religiosas cristianas viviendo en Estados paganos y musulmanes, por citar un ejemplo, o las Bolsas de Comercio, o distintos clubes de diversa índole, o asociaciones de comercio, entre otros.

Debe, pues – en palabras de Opettit–, identificarse el arbitraje con la solución de una dificultad jurídica, con lo que se descarta actuaciones de terceros de tipo puramente técnico o para-jurídico[1]. El árbitro, al igual que un juez, tiene la facultad de poner fin a una contienda, como instrumento civilizado de pacificación del que se vale el derecho.

En la órbita de los negocios internacionales, el arbitraje puede considerarse como *el* medio de solución de controversias que no consigan ser resueltas amistosamente. Esta contribución avanza razones del por qué esto es así, e introduce ideas del por qué el Derecho internacional privado juega un importante rol en estas lides, pese a que muchos "arbitralistas" pretenden denostarlo o minimizarlo,

[1] B. OPPETIT, *Teoría del Arbitraje*, Traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 26-27, pp. 278-279.

por considerar que las soluciones de aquella disciplina no son las más aptas para la atmósfera "cosmopolita" en la que se desarrollan – o deberían desenvolverse- los arbitrajes internacionales.

II – Derribando mitos sobre un tema milenário

Las nuevas generaciones *sufren* – y lo digo con todas las letras – el influjo del nocivo legado del siglo XIX y el estatismo "legis-centrista" allí consolidado. Esto arrinconó por varias décadas al arbitraje, hoy ya mayormente emancipado, aunque no corren igual suerte el derecho aplicable y la concepción según la cual la elaboración de normas jurídicas se agota en el Estado, o en fuentes alternativas que excepcionalmente surjan por permisión del propio Estado y a las que se llegan a través de mecanismos formales o mecánicos solo manejados por doctos en derecho.

Sin embargo, en nuestra tradición jurídica que proviene de los romanos, ni el derecho era estatal según se lo concibe en tiempos recientes, ni los juzgadores eran "expertos" en derecho. De hecho, en Roma, la autoridad pública (el cónsul-pretor) delegaba las funciones de juzgamiento en un particular, llamado *arbiter* o *iudex*[2]. Los juzgadores eran considerados como hombres dotados de buen sentido, que no necesitaban tener un conocimiento acabado del derecho, ya que actuaban siempre en estrecho contacto con los juristas, a los que requerían sus opiniones[3].

Parecida delegación de funciones ocurría en la Edad Media, en que los comerciantes frecuentemente sometían sus contiendas a consideración de sus propios pares – otros comerciantes – o a terceros de su confianza o a personas honorables, no jueces, que arbitraban en

[2] V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 87-88. En Roma, el "*arbiter*" era llamado a resolver una disputa de naturaleza jurídica en tanto que el árbitro tenía como función perfeccionar un acuerdo contractual, R. DAVID (nota 1), p. 23.

[3] Incluso luego de manera institucionalizada, cuando el emperador confirió a determinados expertos el *ius respondendi ex auctoritate principis*, derecho que llegó a conferirse a nombres famosos en la historia del derecho, como Ulpiano, Modestino, Paulo y varios otros. F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Traducción de la Edición Inglesa de 1951, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 13.

ellas. Los mercaderes, organizados en ferias y corporaciones, tenían sus estatutos, y los reyes o señores feudales les permitían organizar su propia justicia. Numerosos tribunales fueron creados, frecuentemente considerados como arbitrales por cierta libertad conferida a las partes para elegir a sus juzgadores y porque se esperaba que estos aplicaran otras reglas que no fueran meramente la costumbre local[4].

La ulterior consolidación de los Estados-Naciones y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, entre otros factores, contribuyeron a que el arbitraje quedara arrinconado. Es cierto que en Francia, por ejemplo, en 1790 la Asamblea Constituyente había calificado al arbitraje como "el método más razonable para terminar disputas entre ciudadanos". Sin embargo, en el emblemático caso de 1843, *Comp. l'Alliance v. Prunier*, se rechazó que tuvieran validez las cláusulas arbitrales, salvo autorización específica en las leyes. Dijo entonces la Corte Francesa que si las cláusulas arbitrales fueran válidas, podrían bien ser adoptadas en forma generalizada y los individuos se verían privados de garantías básicas dadas por los tribunales estatales. Esto se mantuvo hasta la reforma legislativa de 1925 al Código de Comercio, la cual permitió remitir a arbitrajes diversas disputas en materia judicial[5].

Este mismo temor existió también en el *common law*. En Inglaterra contribuyó además a la hostilidad hacia el arbitraje que los emolumentos de los jueces dependieran por mucho tiempo casi exclusiva o principalmente de tarifas (*fees*) puntuales de los casos en que intervenían y no salarios fijos[6]. En los Estados Unidos, el giro a

---

[4] Aunque propiamente – dice David – esto debe considerarse como una nueva forma de administración de justicia del poder público antes que, propiamente, arbitraje. Algo parecido puede afirmarse del arbitraje en el derecho romano. En la época solo se reconocían determinados "tipos" de acuerdos, se podía recurrir al arbitraje a través de la *stipulatio*, estableciéndose una pena (cláusula penal) en caso de que la otra parte fallara en cumplir lo resuelto. También podía pactarse el arbitraje en un contrato consensual, aunque lo decidido por el árbitro allí podía ser revisado por el juez si era manifiestamente injusto o contrario a la buena fe (ver R. DAVID (nota 1), pp. 84-8v).

[5] T. VÁRADY / J. J. BARCELÓ III / A. T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Fourth Edition, Thomson Reuters, 2009, pp. 58-60.

[6] T. VÁRADY / J. J. BARCELÓ III / A.T. VON MEHREN (nota 19), p. 65.

favor del arbitraje se da a partir del *Arbitration Act* de 1925[7], y se consolida jurisprudencialmente luego de 1932, en que la Corte Suprema sentenció que a la luz de la clara intención del Congreso, constituía obligación de aquella revertir la vieja hostilidad judicial contra el arbitraje[8].

Así también, Estados de gran incidencia en el volumen del comercio mundial reformaron sus legislaciones en tiempos recientes, y ello se registró con particular fuerza en Latinoamérica a partir de la última década del siglo XX.

Hoy día, pues, el arbitraje se encuentra consolidado en numerosas regiones, y se asienta en la figura del árbitro y en la gran discreción de la que este goza para juzgar el caso, retomándose así – podría decirse – el hilo de una historia milenaria. Sugestivamente, el libro *Dealing in Virtue*, de Dezalay y Garth, de lectura obligada para quien tenga vinculación con el quehacer arbitral, inmediatamente luego del capítulo introductorio, pasa a describir la figura del árbitro – e incluso da nombres de los más renombrados de nuestro tempo – como uno de los factores claves para el prestigio que ha alcanzado el arbitraje en nuestros días. Normalmente, el árbitro posee ciertas virtudes ligadas a su capacidad de juzgamiento en este tipo de contiendas que lleva a un reconocimiento, institucionalizado o no, al que puede calificarse como um "capital simbólico" adquirido a través de su carrera académica, en la magistratura o en la actividad profesional[9].

Apunta el arbitraje a romper con la llamada "tecnocratización" (que es neologismo popularizado no hace mucho tiempo[10]), en que

[7] Cuya modificación más reciente es del año 2002.

[8] A la luz de la clara intención del Congreso es nuestra obligación remover la vieja hostilidad judicial hacia el arbitraje (*Marine Transit Corporation v. Dreyfus* (1932). Ver R. M. MOSK (nota 5), p. 328.

[9] Ver Y. DEZALAY / B. G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Trasnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, pp. 8 y 18.

[10] Tal es el hecho de convertir una disciplina a la autoridad de los tecnócratas y su *savoir faire* técnico. Sería una mutación de la democracia y hacia un sistema político en el que el poder es ejercido en realidad por tecnócratas y no por el pueblo o sus representantes (B. OPPETIT (nota 2), p. 49 nota al pie).

los jueces se vuelven tecnócratas a cargo de la solución de controversias dentro de un Estado, aplicando rígidos criterios de la ortodoxia del razonamiento jurídico. De ello se quiere escapar, particularmente en las contiendas internacionales, cuando muchas veces los árbitros son elegidos por su conocimiento del negocio o simplemente sentido común[11], atendiendo a que, como lo expresa Mustill, el arbitraje comercial tiene un solo objetivo: servir al comerciante[12]. Esto influye fuertemente en el derecho aplicable a los arbitrajes internacionales[13], en el que se apunta a escapar del corsé rígido que normalmente atrapa a los jueces estatales.

Explica David que un gran número de disputas en materia comercial surgen en conexión con hechos que solo un experto puede juzgar como, por ejemplo, la calidad de los bienes entregados o la evaluación del trabajo hecho o de los servicios que han sido proveídos. Un tribunal, si es requerido a expedirse sobre dichas cuestiones, no puede sino basarse en la evidencia producida por peritos o expertos. Es, pues, tentador contactar directamente al experto y hacerlo un juzgador final en la disputa, como ocurre en los arbitrajes. De hecho, la gran mayoría de los arbitrajes en cuestiones comerciales están concernidos con esta hipótesis; son arbitrajes de calidad. Aparte de estas cuestiones técnicas, puede ser mejor para los litigantes elegir una persona que esté mejor informada de los usos comerciales que un juez, además de mejor preparada para entender la psicología de personas envueltas en el comercio, y también en mejor posición de arribar, al interpretar un contrato, a una decisión que pueda a su vez contribuir a la formación de un nuevo uso comercial[14].

---

[11] C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT, *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model*, Aspen Publishers, Nueva York, 2005, p. 449.

[12] LORD JUSTICE MUSTILL, "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years" en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, eds Bos and Brownlie, p. 149.

[13] Brinda así el arbitraje respuesta a cuestiones no resueltas en el sistema judicial (T. VÁRADY / J.J. BARCELÓ III / A.T. VON MEHREN (nota 19), p. 1).

[14] R. DAVID (nota 1), p. 12. Los árbitros pasan a ser así aquellos "buenos jueces" que Savigny consideraba más importantes que las leyes generales. Así lo expresaba en una carta dirigida a Ludwig von Gerlach de 1834: "Me alegra particularmente encontrar también aquí mi convicción favorita de que todo éxito depende de situar a los jueces en un estado en el que el juez realice su oficio con pensamiento vivo y no

III – El arbitraje y las transacciones transfronterizas

El cambio de escenario internacional de las últimas décadas lleva a que el arbitraje comercial vaya adquiriendo cada vez mayor preponderancia y difusión, sobre todo a través de contiendas muy conocidas como, por ejemplo, las relativas a la nacionalización del petróleo en países árabes de los años 1970 y 1980[15]. Hoy día se lo utiliza masivamente en transacciones internacionales importantes, como compraventa internacional de mercaderías, *joint ventures* o contratos de construcción[16].

Ahora bien, en el ámbito transfronterizo los contratantes se encuentran comúnmente ante la opción de someter sus eventuales

---

de modo mecánico... ¡Si lo conseguimos, lo habremos ganado todo". Citado por Coing (H. COING, *Derecho Privado Europeo*, T. II, Editorial Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, p. 67. El hombre sabio – o prudente en la terminología aristotélica – ha tenido siempre un lugar preponderante a través de los tiempos: ya el rey Salomón actuaba como juzgador con tal característica, y tiempos después, en la antigua Grecia, Sócrates resaltaba las virtudes del juzgador: escuchar cortésmente, responder sabiamente; considerar sobriamente y decidir imparcialmente. C.J. MENKEL- MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT (nota 25), p. 448, pp. 452-546. Ya hacia fines del siglo XIX, Lord Mansfield decía en Inglaterra: elige la solución justa y decide conforme a ella. Pero nunca des tus razones, puesto que el juzgamiento probablemente estará correcto, pero las razones ciertamente estarán equivocadas. Y más recientemente aún, como es bien sabido, el gran juez de la Corte norteamericana Oliver Wendell Holmes afirmaba que primero decidía el caso y luego se ocupaba de encontrar las razones o fundamentos jurídicos para sustentar lo fallado (N. BLACKABY / C. PARTASIDES , et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009 pp. 1 - 83, p. 390).

[15] Ver Y. DEZALAY / B.G. GARTH (nota 23), p. 75.

[16] Con el objetivo de investigar la incidencia del arbitraje como medio de solución de conflictos en el mundo corporativo actual, Price Waterhouse Coopers y la Universidad Queen Mary de Londres llevaron a cabo una encuesta en el 2013, la cual arroja los siguientes resultados: Un 52% de las empresas encuestadas eligieron al arbitraje como el medio de solución de conflictos de preferencia. Esta cifra es aún mayor en los sectores de construcción y energía, donde un 68% y un 56% prefieren al arbitraje sobre los demás medios de solución de conflictos. Ver: http://www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf (último acceso: 21 de mayo de 2013).

conflictos a un tribunal "nacional" o a un arbitraje "internacional". En el primer caso se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país ante juzgadores que probablemente manejarán criterios "nacionales", desconociendo la problemática del quehacer mercantil transfronterizo. Por lo demás, la parte foránea deberá recurrir a los servicios de abogados de esa jurisdicción, muchas veces desconocidos o al menos no de su confianza, y el proceso puede resultar conducido en un lenguaje que quizás no sea el del contrato, con las consecuentes complicaciones de que los documentos básicos de la contienda deberán ser traducidos, lo que implica costos y retrasos, más la posibilidad generada por malos entendimientos[17].

En contrapartida, el arbitraje provee un método eficiente para resolver disputas internacionales sin muchas de estas complicaciones, normalmente en sitios y ante árbitros neutrales y competentes en cuestiones técnicas del comercio exterior, por lo general –además– con habilidades en el manejo de distintos idiomas[18]. También suele ser "neutral" el derecho aplicable en los arbitrajes, con una tendencia a sustraerse de localismos y arcaicas fórmulas de derecho internacional privado conflictualistas, apuntándose, en vez, a soluciones universales o trasnacionales[19].

Resulta innegable que aun hoy un arbitraje internacional tiene peculiaridades que lo distinguen claramente de litigios ante jueces nacionales. Se ve reflejado – en general – en los casos arbitrales el deseo de quienes se someten a este medio de resolución de disputas de evitar una solución "legalista", por así decirlo, a sus conflictos mercantiles. Los comerciantes frecuentemente sienten que los

[17] N. BLACKABY / C. PARTASIDES (nota 28), p. 27.

[18] De allí que normalmente los arbitrajes importantes se desarrollan fuera de los países de las partes en contienda, y en lugares como hoteles o salas de conferencias. Suiza adquirió gran fama en este sentido como sede neutral.

[19] La tendencia de aplicar un derecho transnacional en arbitrajes internacionales es particularmente fuerte en áreas en que los derechos nacionales se están desarrollando en diferentes ritmos, como en lo relativo a frustración de contratos, las consecuencias de la invalidación total y parcial y el problema de las tasas de intereses aplicables (H. SMIT, "Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 109).

tribunales ordinarios no entienden las realidades del intercambio comercial. Y los árbitros, cuya misión originaria deriva del acuerdo de las partes, deberían – y generalmente lo hacen – dar prelación a las reglas que ellas mismas han establecido para sus vinculaciones, es decir, los términos del contrato y los usos, costumbres y prácticas que normalmente les sirven de marco.

Antes de la Segunda Guerra Mundial prevalecía la tendencia de considerar al arbitraje internacional como un simple proceso de resolución de disputas, al igual que el judicial, que era tolerado por los Estados que lo admitían como una alternativa a sus tribunales locales. De allí derivaba la *teoría jurisdiccional del arbitraje*, conforme a la cual tanto los jueces como los árbitros se encontraban investidos de un poder derivado de la autoridad soberana local y, como natural consecuencia, debían hacer prevalecer su derecho nacional y su sistema conflictualista de derecho internacional privado[20].

Luego vino cobrando cada vez mayor fuerza la *teoría de la autonomía* o del *carácter "sui géneris"*[21] o *"mixto" del arbitraje*.

---

[20] A.T. VON MEHREN, "International Commercial Arbitration and Conflict of Laws", *The American Review: Essays in Honor of Hans Smit*, The American Review of Arbitration, Parker Institute of Foreign and Comparative Law, Columbia University, 1992, v. 3, nºs 1-4, p. 59. Expresa Silva Romero que en el plano teórico se encuentran dos concepciones de la justicia: una universalista y la otra nominalista que otorga un rol importante a la sede del arbitraje y al impacto de normas locales sobre el arbitraje y su resultado, E. SILVA ROMERO, "Introducción", en F. MANTILLA-SERRANO, Coordinador, *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2007, pp. XIV-XIV.

[21] Dice Gaillard que la naturaleza jurisdiccional o contractual del arbitraje fue objeto de una vasta discusión desarrollada en la primera mitad del siglo XX. En aquella época los autores que favorecían el desarrollo del arbitraje enfatizaban su carácter contractual, mientras que los partidarios de la concepción jurisdiccional acentuaban la competencia que suponía el arbitraje para los tribunales estatales. Asimismo, el hecho de subrayar el carácter contractual del arbitraje permitía eximir los laudos "extranjeros" del régimen de reconocimiento, en aquella época bastante restrictivo, aplicable a las sentencias judiciales "extranjeras". Cuando finalmente se logró un cierto consenso en torno a una actitud más liberal respecto del arbitraje, el debate se agotó en la constatación carente de sentido, del carácter "mixto" o "*sui*

Como bien señala David, la tendencia es reconocer el carácter mixto del arbitraje, gobernado por reglas de alguna complejidad. Es una institución tanto dentro del derecho de contratos como de procedimiento de leyes estatales conectadas con la administración de justicia. Mucho tiempo ha sido gastado en discusiones estériles sobre la naturaleza del arbitraje. Debemos abandonar intentos de arreglos sistemáticos en conceptos preestablecidos[22].

Está visto que no se considera al árbitro como un delegado del juez estatal que deba ceñirse a criterios autóctonos de aplicación del derecho. El árbitro es designado por las partes y sus decisiones pueden llegar a tener eficacia, sin intervención estatal alguna, incluso más allá de las fronteras en las que son dictadas. Pues bien, el carácter ambulatorio del arbitraje hace que las partes eviten los Estados hostiles a este medio de resolución de disputas, y lo conduzcan en lugares en que aquellas pueden controlar importantes aspectos de su contienda, tanto procesales[23] como del derecho de fondo que les

---

generis" de la institución (E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, Primera Edición, Ed. CEDEP y La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, 2010, p. 19). Expresa también Gaillard que al conferir a los árbitros el poder de juzgar las controversias del comercio internacional cuando las partes así lo desean, y reconocer el producto del proceso arbitral que es el laudo, sin controlar el fondo, la comunidad de Estados ha conferido al arbitraje internacional una verdadera autonomía. El estatus de "juez internacional" que algunas de las jurisdicciones más progresistas en la materia reconocen a los árbitros constituye la mejor ilustración del hecho de que el árbitro puede ser considerado hoy en día como el órgano de un ordenamiento jurídico propio (E. GAILLARD (nota 35), pp. 69 y ss.).

[22] R. DAVID (nota 1), p. 78. Otras distinciones son más pertinentes, entre ad hoc e institucional, entre arbitraje de cuestiones técnicas y de otra naturaleza, los que buscan condena en daños y otro tipo de remedio, y arbitraje doméstico e internacional. Estas distinciones ya vienen siendo reconocidas ampliamente por los tribunales y diversas leyes, R. DAVID (nota 1), p. 82.

[23] Salvo que se violen disposiciones procesales consideradas de orden público en sentido estricto ("*mandatory*"), como por ejemplo ocurrió en un arbitraje llevado a cabo en Suiza, en un caso que envolvía a una compañía francesa y la República de Yugoslavia. Se denegó la ejecución del fallo porque solo habían sido designados dos jueces, en tanto que la legislación suiza requiere que los tribunales arbitrales estén integrados en número impar, lo cual fue considerado como de orden público (ver P. READ, "Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millenium", en *The American Review of International*

rige[24]. En lo que concierne al fondo, los afectados pueden escribir sus propias reglas, requerir la aplicación de normas y principios no estatales, principios generales del derecho o principios de derecho internacional[25]. Se liberan así de reglas locales inadecuadas para el comercio internacional y al someter sus disputas a árbitros – juzgadores – que normalmente provienen de diferentes países, pueden conseguir que ellas sean resueltas con criterios trasnacionales[26], si cabe la expresión.

En los hechos, se hizo difícil que los Estados renuentes prevalecieran en su posición: el arbitraje simplemente no se conduce en jurisdicciones que no se acomodan a su carácter autónomo y ambulatorio, en tanto que los que sí lo hacen, reciben sus beneficios al estimularse sus economías con pequeño –o aun inexistente– costo para sus sistemas judiciales, que se ven liberados de la complejidad de litigios sobre delicadas cuestiones tanto de tinte "conflictualista" de derecho internacional privado como, en su caso, de derecho material o de fondo aplicable[27].

No resulta de extrañar que se presente en el arbitraje lo que Opettit denomina como el fenómeno de la "aculturación jurídica": los árbitros se ven obligados a realizar un esfuerzo de integración que recuerda la simbiosis de los derechos "sabios" en la Edad Media, como lo eran el canónico y el romano, descartándose en aquel entonces el derecho feudal y la costumbre local[28], en exclusión análoga a la de hoy día con respecto a los localismos. Ello, diría un novato, implicaría dar una carta blanca (*carte blanche*) con la que el juzgador tendría una fácil tarea por delante (*easy ride*), al no tener

---

Arbitration, 1999 (10 Am. Rev. Int'l Arb. 177), pp. 182-183). Del orden público nos ocupamos en el último capítulo.

[24] Es célebre la frase de Lord Denning en el caso *The Atlantic Star* (1972) de que Inglaterra es un buen lugar para hacer shopping, tanto por la calidad como por la rapidez ("*England… is a good place to shop in, both for quality of goods and the speed of servic*e" (3 All England Reports 705, 709).

[25] A.T. VON MEHREN (nota 34), p. 62.

[26] F. K. JUENGER, "Contract Choice of Law in the Americas", en *American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 195), p. 202.

[27] A.T. VON MEHREN (nota 34), p. 61.

[28] B. OPPETIT (nota 2), pp. 278-279, nota al pie.

que entrar en mayores profundizaciones, lo cual – expresa Blessing – está absolutamente equivocado. Ocurre en estos casos exactamente lo contrario: el juzgador debe extremar esfuerzos en cotejar las distintas posibilidades existentes ante la problemática del caso que se le presente, y optar por alternativas que fundadamente puedan resultar aceptables conforme a parámetros manejados internacionalmente[29], extremando esfuerzos en su argumentación. A dicho efecto, como bien lo afirma Lord Goff de Chieveley: "Es mejor tener un festival de fuentes en contraste, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, envuelto en polietileno"[30]. Volveremos sobre todo esto en ulteriores capítulos.

Debe considerarse también que normalmente el arbitraje ofrece limitadas posibilidades de impugnación[31], pues típicamente resulta más difícil revocar una decisión arbitral que una judicial y los laudos arbitrales circulan mejor que juzgamientos de tribunales ordinarios[32]. Debido a que es más difícil su impugnación, los laudos tienden a cumplirse espontáneamente. Los arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, se cumplen voluntariamente en más de un 90%[33]. Dicho organismo, que es el referente principal del arbitraje a nivel mundial, fundado en 1919, recibió desde el año 1923 más de 19.000 casos involucrando a más de 180 países[34].

---

[29] M. BLESSING, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Commercial Arbitration*, Vol. 14 Nº 2, (Kluwer CD), June, 1997, p. 7.

[30] Citado por J.M. SMITS, "The Europeanisation of National Legal Systems", en M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239.

[31] Ver, por ejemplo, E. GAILLARD / J. SAVAGE (eds.), *Fourchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, 1999, p. 885; C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT (nota 25), p. 448, etcétera.

[32] Y. DEZALAY / B.G. GARTH (nota 23), p. 6.

[33] Ver en C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT (nota 25), p. 451.

[34] Ver en http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics (último acceso: 21 de mayo de 2013).

IV. ¿Arbitraje vs. derecho internacional privado?

Resulta frecuente encontrar aseveraciones de árbitros como el francés Clay, quien expresa que los autores partidarios de otorgar un papel más importante a la sede son aquellos que provienen de la escuela del derecho internacional privado, y aquellos autores partidarios de reducir el papel de la sede llegaron al arbitraje sin pasar por esa escuela. Dice además Clay que esta observación es por otra parte lógica, puesto que el derecho internacional privado es el derecho del conflicto (conflicto de leyes o conflicto de jurisdicción), mientras que el arbitraje es la negación de este tipo de conflictos, es el derecho de reglas materiales que sobrepasan estos conflictos, es el derecho transnacional por excelencia[35].

Esto es engañoso, pues el derecho internacional privado es también – o debería serlo – "derecho transnacional por excelencia", y de hecho muchas de sus técnicas son frecuentemente utilizadas en el arbitraje. Hago a continuación un breve resumen del estado en que se encuentra la disciplina en nuestros días para que puede aprehenderse mejor cuanto afirmo.

El derecho internacional privado, que ha tenido un importante desarrollo en los dos últimos siglos[36] – con la consolidación de los Estados-naciones soberanos para legisferar y juzgar –, se ocupa, como es sabido, de los problemas suscitados cuando se presentan cuestiones "internacionales"[37] en las vinculaciones jurídicas privadas.

---

[35] T. CLAY, "La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?", pp. 193-194, en F. MANTILLA-SERRANO, Coordinador, *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Legis, Comité Colombiano de Arbitraje, Bogotá, 2007.

[36] De hecho, se erige como rama independiente solo desde el siglo XIX; antes formaba parte de otros estudios de derecho privado (G. KEGEL, *International Enciclopedia of Comparative Law* , Chapter 3, Fundamental Approaches, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) / Tübingen /and Martinus Nijhoff Publishers / Dordrecht / Boston / Lancaster, 1986, p. 5).

[37] "Elemento foráneo" dicen Dicey y Morris, queriendo significar simplemente un contacto con otro sistema a más del propio (A. VENN DICEY / J. HUMPHREY / C. MORRIS, on *The Conflict of Laws*, Eleventh Edition under the general editorship of Lawrence Collins, v. 1, Steven & Sons Limited, 1987, p. 3). También

Ello genera, entre otras, la problemática de qué régimen jurídico resulta aplicable en estos casos, o qué juzgador entenderá ante una eventual contienda o hará ejecutar lo decidido en otro país por jueces o árbitros, temas de los que el derecho internacional privado se ocupa muy particularmente.

En el enfoque tradicional del derecho internacional privado, al cual aludiremos como "conflictual", "conflictualista" o "conflictualismo" (o sistema de *choice of laws* en la terminología anglosajona), prevalece la técnica de recurrir a las "normas de conflicto", "de colisión" o "reglas indirectas" que, si bien no se aplican directamente al caso, indican qué régimen jurídico estatal lo hará, que puede ser el propio o uno extranjero[38]. Modernamente, suele afirmarse que no es que distintos sistemas entren en conflicto con respecto a determinadas relaciones jurídicas, sino que estas se configuran, muchas veces, con elementos "pertenecientes" a más de uno de aquellos[39]. Y que el derecho internacional privado no se ocupa de la vinculación internacional en sí, sino de su continuidad jurídica a través de las fronteras, cuando los actos de coerción deben realizarse a través de ellas[40]. Por ello, se ha dicho que, en vez de conflicto de leyes, en el derecho internacional privado moderno se debería hablar más bien de "duda sobre el derecho aplicable"[41], "coordinación de

---

aluden a "elemento foráneo" G. C. CHESHIRE / P. NORTH, *Cheshire and North´s Private International Law*, Twelfth Edition, Butterworth, London, Dublin, Edinburgh, 1992, p. 3).

[38] Este método se puede denominar "localizador", "nacionalizador" o "indirecto", como así también "método de elección" (o de "*choice of law*" en la terminología anglosajona). A. BOGGIANO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 31.

[39] D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998, p. 24.

[40] Ver C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 22; también p. 26.

[41] J.M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, p. 61.

ordenamientos en presencia" o "problema del derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales"[42].

Las referidas normas de conflicto se contraponen a las normas "materiales" o "sustantivas", relativas al derecho de fondo que se aplica a una situación jurídica dada, cuando esta solución así se encuentra prevista, en vez de recurrirse a normas "indirectas" o "de conflicto".

Este enfoque substantivo, referido también como "material", "privatista"[43] o "universalista"[44], aplica el que ha sido calificado como "método uniforme"[45]. La diferencia radica en que el método conflictual busca la *localización* de la vinculación jurídica internacional en un derecho nacional determinado, en tanto que el método uniforme aboga por de soluciones basadas en normas únicas, trasnacionales o supranacionales.

El conflictualismo genera múltiples interrogantes aún no adecuadamente resueltas, fundamentalmente en lo que respecta a la *jurisdicción*, es decir, qué foro tendrá competencia para juzgar o

---

[42] J.M. ESPINAR VICENTE (nota 60), p. 100. Araújo dice que estamos ante un "derecho del derecho" (*sobredireito*), emergente de reglas propias de los distintos sistemas para reglamentar situaciones internacionales (N. DE ARAUJO, *Contratos internacionais*, 2. ed., Libraría e Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 21).

[43] Así la califica Lorenzo Idiarte en la nomenclatura uruguaya, siguiendo a Quintín Alfonsín (G. A. LORENZO IDIARTE, "¿Cuándo un Contrato es Internacional? Análisis Desde una Perspectiva Regional", en *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Liber Amicorum Jürgen Samtleben, Coordinadores: Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002.

[44] Así lo hace Carbonneau, para quien la escuela universalista propone que el derecho internacional privado se transformó de un sistema conflictual a un conjunto de reglas materiales que gobiernan transacciones internacionales (T.E. CARBONNEAU, *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 30).

[45] L. PEREZNIETO CASTRO, "Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos", en *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, México, 1998, p. 210.

llevar adelante la ejecución del caso, y el del *derecho aplicable*. La existencia de normas de conflicto disímiles en los distintos regímenes locales lleva muchas veces al llamado "*forum shopping*", es decir, a que las partes o, mejor, una o cada una de ellas, pretendan trasladar la controversia a la jurisdicción cuyas normas jurídicas sean más favorables a sus intereses[46]. Ello puede incidir también en el derecho aplicable al fondo, pues aún hoy en muchas situaciones de derecho internacional privado se mantiene vigente el dicho de "quien elige juez elige ley". De allí que juristas – como por ejemplo el bretón Briggs– afirmen que el tema del derecho aplicable cede ante el problema de la cuestión relativa a dónde se lleva a cabo el juicio, que es crucial para el resultado del litigio[47]. Esto – que se puede afirmar con fuerza del derecho inglês – varía de sistema a sistema, pero se presenta como uno de los problemas centrales no resueltos adecuadamente en esta disciplina, sobre todo considerando que existe un "*homing trend*" o tendencia a aplicar el propio sistema por parte de juzgadores[48].

Decía David en su "Rapport General" de 1977 ante el Instituto UNIDROIT: "La manera en la cual el comercio internacional se regula actualmente, luego de la nacionalización del derecho a partir de las codificaciones del siglo XIX, es lo más insatisfactoriamente

[46] Un estudio europeo traduce la expresión "*forum shopping*" como la "búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso", y expresa: "Este término designa la actitud de la persona implicada en un litigio internacional, que acude al tribunal de este o aquel país no porque se trate del tribunal que se encuentra en mejores condiciones para conocer del litigio, sino solamente porque este tribunal, en aplicación de sus normas de conflicto de leyes, aplicaría la ley que conduciría al resultado más ventajoso para esta persona" (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0654:FIN:ES:PDF). También el Glosario en Materia Civil y Mercantil de la Red Judicial Europea define el término en líneas similares: http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary /glossary_es.htm#ForumShop. (último acceso: 21 de mayo de 2013).

[47] A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 2. Y que la principal característica del conflicto de leyes es que a veces llevará al juez a aplicar a la disputa leyes foráneas (BRIGGS (nota 66), p. 3).

[48] F. K. JUENGER, "General Course on Private International Law (1983), Recueil Des Cours", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, IV, Tome 193 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 200.

posible; lastima la razón y es una vergüenza para los juristas"[49]. Y Carro Martínez se mostraba desesperanzado ante el panorama legislativo mundial que calificó de "verdaderamente desalentador", por la multiplicidad de las legislaciones actualmente vigentes[50]. De hecho, y como se insistirá más adelante, el mecanismo conflictual confiere – en palabras de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo – una tremenda inseguridad jurídica, al conferir unos márgenes de flexibilidad "tal vez sin parangón en otras ramas del derecho"[51]. Ello ante la disparidad de soluciones conflictualistas encontradas en el mundo y las ambigüedades existentes entre ellas.

El panorama viene cambiando crecientemente en las últimas décadas, y mucho han contribuido para ello los desarrollos producidos en torno al arbitraje internacional y el ambiente cosmopolita en que el mismo –al menos en principio– debería desarrollarse. Insistiré sobre el punto una y otra vez, pero por de pronto debe quedar en claro que también el derecho internacional privado ha experimentado una importantísima evolución en las últimas décadas y sus técnicas de "derecho uniforme" también van en la misma dirección hacia el universalismo.

De modo que es exacto decir que el arbitraje se contrapone a un derecho internacional privado cerradamente conflictualista, pero no así a otros perfiles que viene adquiriendo la disciplina, sobre todo con su evolución de los últimos tiempos, encaminada a un retorno hacia el espíritu cosmopolita imperante en otros tiempos como del *ius gentium* romano o del *ius commune* o la lex mercatoria del Medioevo y la Edad Moderna, de los que nos ocupamos nuevamente en otros capítulos de este libro.

Por lo demás, como se desmenuza en un trabajo reciente –bien exhaustivo – de Silberman y Ferrari, existen muchas cuestiones dentro del arbitraje que deben ser resueltas recurriéndose a técnicas

---

[49] Citado por B. GOLDMAN, en T. E. CARBONNEAU (nota 63), p. xxii.

[50] Citado por J. CASTÁN TOBEÑAS / J. M. CASTÁN VÁZQUEZ / R. M. LÓPEZ CABANA, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 136.

[51] C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Segunda Edición, Editorial Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, p. 190.

conflictualistas del derecho internacional privado, como por ejemplo el tema de la capacidad de obrar, que puede estar sujeto a normas de orden público distintas a las de los países de las partes, a cuyo respecto habría que realizar un análisis conflictual[52].

V. Conclusión

El arbitraje presta un invalorable servicio al comercio internacional. El cosmopolitismo en el que comúnmente se desarrolla, y todas sus ventajas consecuentes, hacen que vaya consolidándose cada día más como un medio muy extendido y efectivo de solución de contiendas transfronterizas entre mercaderes.

Por su parte, el derecho internacional privado tiene también como alto objetivo servir a la actividad económica transfronteriza, brindándole el marco jurídico para que ésta pueda desarrollarse. La tremenda evolución reciente que viene experimentando esta disciplina definitivamente contribuirá de manera positiva a que el arbitraje, con el que indudablemente va unida de la mano, pueda ir contando cada vez más con herramientas efectivas de apoyo y consolidación.

En definitiva, tanto el arbitraje como el derecho internacional privado tienen un fin en común: el de servir al comerciante. Es de esperar, pues, que los desarrollos en los próximos tiempos de ambas disciplinas contribuyan a un acercamiento entre ellas para que, en simbiosis, brinden este servicio de manera efectiva.

[52] L. SILBERMAN / F. FERRARI (nota 53), p. 22. En la región, un trabajo reciente ha sido el de D. OPERTTI BADÁN, "Arbitraje Comercial Internacional. Reflexiones. Un Tema Vigente: El Derecho Aplicable y El Método de Conflicto de Leyes", *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al Profesor Hugo Llanos Mansilla*, T. II, Editores Hugo Ignacio Llanos Mardones / Eduardo Picand Albónico, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile / Thomson Reuters, 2012, pp. 1139-1162.

A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA REPERCUSSÃO NA ATUAÇÃO DAS EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Isabella Almeida de Sá e Benevides
Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Introdução: a expansão da atuação transnacional das empresas e seu envolvimento com os direitos humanos

As empresas transnacionais (TNCs) possuem obrigações internacionais de direitos humanos e podem ser responsabilizadas por violações desses direitos? Esse questionamento suscita diversos debates no campo dos negócios e direitos humanos e se deve, principalmente, à valorização e internacionalização estrita desses direitos na sociedade internacional e ao processo de empoderamento das TNCs como relevantes atores não estatais transnacionais[1].

O fenômeno da globalização – com as tecnologias de informação e comunicação, que trazem velocidade e tornam os processos mais instantâneos, e a internacionalização dos mercados, esquemas de organização produtiva e fluxos de investimento – permitiu a expansão da atuação transnacional das corporações. Ao conduzir a utilização em larga escala de uma rede internacional de fornecedores, a globalização colaborou para o crescimento da produtividade da empresa transnacional a nível global e para a distribuição pelo mundo das atividades econômicas destes atores não estatais[2].

---

[1] Sobre o tema, ver: BENEVIDES, Isabella Almeida de Sá e. *Empresas transnacionais e direitos humanos*: uma análise à luz do Direito Internacional. 2017. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

[2] OCAMPO, José Antonio. Dynamic Efficiency: Structural Dynamics and Economic Growth in Developing Countries. *In*: NOMAN, Akbar; STIGLITZ,

Conjuntamente à ampliação das operações das TNCs e ao aumento de seu poder econômico, nota-se a redução do poder estatal e de sua esfera de influência. Há corporações transnacionais mais poderosas economicamente do que Estados e cuja atuação afeta direta e indiretamente o gozo dos direitos humanos pelos indivíduos.

Em outras palavras, diante desse cenário de crescimento do poder econômico e social que as corporações transnacionais passaram a exercer na economia global, a capacidade destas de afetar ou violar o gozo dos direitos humanos também aumentou[3]. As empresas são frequentemente acusadas de envolvimento em graves violações desses direitos, como a deslocação forçada de comunidades de suas terras, o trabalho forçado e a utilização de mão de obra infantil[4].

A ocorrência dessas violações pode ser explicada pelas dificuldades na regulação das atividades das TNCs em conformidade com os padrões internacionais de direitos humanos, uma vez que a sua cadeia de fornecimento corporativa é complexa e suas filiais e subsidiárias são constituídas em diferentes Estados[5]. Mesmo que as múltiplas jurisdições com as quais as empresas transnacionais possuam vínculos se esforcem para implementar instrumentos jurídicos nacionais que fortaleçam o quadro dos direitos humanos nas atuações corporativas, a localização de um mecanismo de responsabilização é difícil, assim como o desenvolvimento da prestação de contas por abusos corporativos relacionados aos direitos humanos[6].

Joseph E. *Efficiency, finance, and varieties of industrial policy*: guiding resources, learning, and technology for sustained growth. Initiative for Policy Dialogue at Columbia: Challenges in Development and Globalization book series. Nova Iorque: Columbia University Press, 2017, 516 p., p. 65-102, p. 85.

[3] RUBIO, Juan José Álvarez; YIANNIBAS, Katerina. Introduction. *In*: RUBIO, Juan José Álvarez; YIANNIBAS, Katerina (eds.). *Human Rights in Business*: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union. Nova Iorque: Routledge, 2017, 146 p., p. 1-6, p. 1, 2.

[4] Amnesty International. *Corporate accountability*. Disponível em: https://www.amnesty.org/en/what-we-do/corporate-accountability/. Acesso em: 06 fev. 2017.

[5] RUBIO, Juan José Álvarez; YIANNIBAS, Katerina. *Op. cit.*, p. 1, 2.

[6] CLAPHAM, Andrew. Non-state actors. *In*: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh; HARRIS, David Harris (eds.). *International Human*

2. Os impactos das operações das empresas transnacionais em relação aos direitos humanos

a) Potencial de impacto

As empresas transnacionais possuem o potencial de impactar tanto positivamente quanto negativamente os direitos humanos. Enquanto algumas podem prover ambientes de trabalho saudáveis, liberdade de associação, direito de organização, valores razoáveis de remuneração e condições adequadas de trabalho, outras podem negá-los. Da mesma forma, a utilização de segurança de proteção pode resguardar a empresa de forma apropriada, sem violar direitos humanos, ou pode ocorrer, por exemplo, para silenciar manifestações contra as operações da empresa em um caso específico[7].

Quanto aos aspectos positivos, Howard Perlmutter observa que as corporações transnacionais são capazes de controlar, utilizar e distribuir serviços e produtos, além de criar empregos em uma escala global crescente[8]. Adicionalmente, há benefícios econômicos para as próprias corporações transnacionais quando estas respeitam os direitos humanos, como a construção de sua boa imagem perante a sociedade e seus consumidores.

Por sua vez, Jagdish Bhagwati defende que há muitos benefícios provenientes das atividades das TNCs nos países desenvolvidos e em desenvolvimento – ainda que nestes as dificuldades sejam maiores. Para o autor, as corporações domésticas

---

Rights Law, 3. ed. Oxford University Press. Forthcoming, p. 5. Disponível em: https://www.academia.edu/21158441/The_Challenge_of_Non-State_Actors_for_Human_Rights_Law. Acesso em: 26 abr. 2017.

[7] MCBETH, Adam. *Privatising human rights*: what happens to the state's human rights duties when services are privatised? Melbourne Journal of International Law, vol. 5, 2004, pp. 133-154, p. 139.

[8] PERLMUTTER, Howard V. Foreword. *In*: SAGAFI-NEJAD, Tagi; DUNNING, John H. (eds.) *The UN and Transnational Corporations*: From Code of Conduct to Global Compact. Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 2008, 285 p., pp. xv-xvi, p. xv.

aprendem técnicas para otimizar a produtividade com as corporações transnacionais, que possuem melhor gerenciamento e tecnologia[9].

Conforme Joseph E. Stiglitz, as empresas transnacionais têm um papel central na ajuda aos países em desenvolvimento, colaborando para que estes elevem os seus padrões de vida. Segundo o autor, as TNCs permitem: (i) o alcance dos bens dos países em desenvolvimento nos mercados dos países desenvolvidos; (ii) a transferência de tecnologia de Estados desenvolvidos para aqueles com menor desenvolvimento; (iii) a redução do custo de vida nos países em desenvolvimento, em decorrência do investimento estrangeiro direto dessas empresas multinacionais; (iv) a criação de empregos e promoção do crescimento econômico nos países em desenvolvimento; (v) a geração de bens de alta qualidade para os Estados desenvolvidos; e (vi) benefícios para os produtores e consumidores que se comunicam quase que instantaneamente[10].

No que se refere aos impactos negativos, observam-se violações de direitos humanos relacionadas às atividades das empresas transnacionais, como transgressões de direitos trabalhistas e de outros direitos essenciais do indivíduo, como o direito à vida, à saúde, à integridade física e psicológica, ao meio ambiente (cujas consequências podem prejudicar o sustento de muitas famílias que dependem da agricultura para o seu próprio sustento), à liberdade, à privacidade, à liberdade de expressão, à não discriminação, entre outros. John Gerard Ruggie[11] cita algumas violações de direitos humanos cometidas por TNCs:

---

[9] BHAGWATI, Jagdish. *Em defesa da globalização*: como a globalização está ajudando ricos e pobres. Tradução de Regina Lyra. Rop de Kameorp: Elsevier, 2004, 347 p., p. 183, 202.

[10] STIGLITZ, Joseph E.. *Making globalization work*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2006, 358 p., p. 188.

[11] Representante Especial do Secretário-Geral da ONU sobre o assunto de Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e Outros Empreendimentos de Negócios (*special representative on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*) de 2005 a 2011. Nomeação de John Ruggie: UN Doc. E/CN.4/RES/2005/69, 20 de abril de 2005.

> [...] trabalho forçado em condições desumanas e até mesmo em fábricas que prestavam serviços a marcas internacionais; comunidades nativas [...] deslocadas sem consulta ou [...] indenização inadequada para dar lugar a empresas de petróleo e gás; crianças de sete anos de idade [...]trabalhando em plantações de propriedade de empresas de alimentos e de bebidas; forças de segurança que cuidavam de operações de mineração [...] acusadas de atirar em invasores e manifestantes, [...] relatos de estupros e assassinatos; provedores de serviços de internet e empresas da área de tecnologia da informação entregaram informações de usuários a agências de governo que espionavam dissidentes políticos com o objetivo de prendê-los, e ajudaram os governos na prática da censura[12].

Segundo Robert McCorquodale, cada vez mais, as empresas transnacionais são vistas como responsáveis por abusos de direitos humanos. O foco da proteção dos direitos humanos, antes voltado apenas para os Estados, passa a ser direcionado também aos atores não estatais, em especial às corporações transnacionais[13].

As acusações de violações de direitos humanos por esses atores continuam ocorrendo e a impunidade e denegação de justiça ainda são preocupações no campo dos negócios e direitos humanos[14]. Nesse contexto, observam-se casos mais antigos, como o caso Bhopal, ocorrido em 1984, e caso Kiobel, em 1994, até episódios mais recentes, como quando empresas do Reino Unido, como Marks & Spencer e Asos, foram acusadas de utilização de mão de obra infantil de refugiados sírios, na Turquia, em 2016[15].

---

[12] RUGGIE, John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios*: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, Abril, Pacto Global Brasil, 2014, p. 18.

[13] MCCORQUODALE, Robert. *Human rights and business*: is international law relevant? Disponível em: http://blog.oup.com/2016/12/human-rights-business-law/#sthash.fvgCb8rq.dpuf. Acesso em: 14 maio 2017.

[14] John Ruggie destaca como casos emblemáticos envolvendo empresas e direitos humanos os casos: Nike, Bhopal, Shell na Nigéria e Yahoo! na China. RUGGIE, John Gerard. *Op. cit*., pp. 57-74.

[15] The Telegraph. News. M&*S and ASOS among British retailers found employing child refugees in factories*. Disponível em: http://www.telegraph.co.

b) Caso Bhopal

O caso Bhopal, ocorrido em 1984, na Índia, foi um trágico episódio que revela fortes impactos negativos causados por uma corporação transnacional. Nesse caso, na fábrica de pesticidas da empresa multinacional americana Union Carbide localizada em Bhopal, medidas de segurança foram ignoradas e, como resultado, toneladas de gases tóxicos vazaram na atmosfera[16]. Graves violações de direitos humanos ocorreram, entre elas violações ao direito à vida e ao direito à saúde. O acidente foi considerado o pior desastre industrial do século, matando milhares de pessoas e deixando mais de quinhentas mil feridas[17].

Inúmeros processos em níveis estadual e federal na Índia e também nos Estados Unidos da América (EUA) ocorreram como tentativas de acesso à justiça das vítimas e de seus familiares. Embora o governo indiano tenha determinado, em 1989, que a Union Carbide arcasse com a indenização das vítimas no valor de 470 milhões de dólares norte-americanos, as vítimas não concordaram com o valor, que seria baixo, e as vítimas e seus familiares esperaram 17 anos para receberem as indenizações devidas em sua totalidade[18].

---

uk/news/2016/10/24/ms-and-asos-among-british-retailers-found-employing-chi ld-refuge/. Acesso em: 14 maio 2017, também citado em: MCCORQUODALE, Robert. *Op. cit.*

[16] "As investigações constataram que havia sistemas de segurança desligados, a manutenção dos equipamentos era inadequada e o treinamento do pessoal especializado era insuficiente, tudo em nome da economia, o que não acontecia na fábrica americana.". O GLOBO. Negligência da Union Carbide mata 4.500 pessoas e contamina 200 mil na Índia. Disponível em: http://acervo.oglobo. globo.com/fatos-historicos/negligencia-da-union-carbide-mata-4500-pessoas-contamina-200-mil-na-india-9911622. Acesso em: 15 maio 2017.

[17] JÄGERS, Nicola. The Legal Status of the Multinational Corporation Under International Law. In: ADDO, Michael K. (ed.) *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*. Haia: Kluwer Law International, 1999, 384 p., p. 259-270, p. 261. Sobre o caso, ver: International Campaign for Justice in Bhopal (ICJB). Disponível em: http://www.bhopal.net/. Acesso em: 22 fev. 2017; Union Carbide Corporation. *Bhopal Gas Tragedy Information*. Disponível em: http://www.bhopal.com/. Acesso em: 22 fev. 2017.

[18] RUGGIE, John Gerard. *Op. cit*., p. 61.

Nos EUA, os processos foram reunidos em apenas um, que foi rejeitado pela *United States Federal District Court for the Southern District of New York* com base na técnica do *forum non conveniens*. A Corte decidiu que o tribunal indiano era o foro mais apropriado para o julgamento do caso. Após recurso, a decisão foi confirmada pela *Federal Circuit Court for the Second Circuit*, que afirmou que o tribunal indiano tinha mais fácil acesso às provas do que o americano e que havia autonomia entre a controladora norte-americana e a subsidiária indiana[19].

c) Caso Kiobel

Outro exemplo dos impactos negativos da atuação de TNCs é o caso Kiobel[20], ocorrido em 1994, na região Delta do Níger, na Nigéria. Neste, danos ambientais decorrentes das atividades da Shell – como queima de gás não aproveitado, destruição de manguezais para construção de oleodutos e vazamentos – provocaram manifestações da população local. O exército nigeriano realizou uma dura repressão contra os manifestantes e graves violações de direitos humanos foram cometidas. As vítimas acusaram a Shell de ter colaborado com o exército.

Algumas vítimas e herdeiros das vítimas moveram ações nos EUA contra a empresa, com base no Estatuto de Ilícitos Civis no Estrangeiro de 1789 (em inglês, *Alien Tort Statute* ("ATS"), também chamado de *Alien Tort Claims Act*)[21]. O ATS é uma seção do *United Nations Code*, que determina: *"[t]he district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*"[22]. Isso significa que os tribunais de primeira instância americanos (*district courts*) possuem jurisdição em caso de delitos cometidos em qualquer parte do mundo, por órgãos estatais, e por

[19] JANIS, M.W. *The Doctrine of Forum Non Conveniens and the Bhopal Case*. Netherlands International Law Review [online]. v. 34, nº 2, p. 192–204, 1987; RUGGIE, John Gerard. *Op. cit*., p. 62.
[20] *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*. 569 US _ (2013).
[21] 28 United States Code § 1350.
[22] *Ibid*.

atores não estatais contra estrangeiros violando o Direito Internacional e os tratados americanos[23].

Embora o caso tenha abordado as circunstâncias sob as quais o ATS, originalmente destinado a combater principalmente a pirataria, poderia ser aplicado às condutas das empresas realizadas além das fronteiras estatais, independentemente do local onde sua sede está localizada[24], o ATS não foi utilizado como uma ferramenta de responsabilização de empresas por violações de normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). A Suprema Corte americana decidiu que havia presunção contra a extraterritorialidade e que a jurisdição americana nos termos do *Alien Tort Statute* só deve ocorrer quando: (i) o suposto ato ilícito ocorre em solo americano, (ii) o réu é americano, ou (iii) a conduta do arguido afeta substancialmente e negativamente um importante interesse nacional americano.

3. Empresas transnacionais: terminologias, conceitos e características

Na literatura jurídica, uma variada terminologia designa o fenômeno das *empresas transnacionais*. Autores também se referem a este pelos termos *sociedades*, *empreendimentos*, *companhias*, *empresas* ou *corporações*, aliados às designações *supranacionais*, *multinacionais*, *internacionais*, *mundiais*, *globais*, *transnacionais*, entre outras variáveis[25]. Para fins do presente artigo, estas nomenclaturas são consideradas como sinônimas.

---

[23] JÄGERS, *Op. cit.* p. 267.

[24] RUGGIE, John Gerard. *Op. cit.*, p. 14.

[25] De acordo com Tagi Sagafi-nejad e John H. Dunning, "*Multinational Corporations by Any Other Name Many terms have been used in the literature to identify companies that do business beyond their home-country borders. To describe these entities , the terms "global," "international," "multinational," "supranational," "transnational," and "world" are combined with "firms," "companies," "corporations," and "enterprises*."" SAGAFI-NEJAD, Tagi; DUNNING, John H. Introduction. In: SAGAFI-NEJAD, Tagi; DUNNING, John H.*The UN and Transnational Corporations*: From Code of Conduct to Global Compact. Bloomington e Indianapolis: Indiana University Press, 2008, 285 p., pp. 1-9, p. 2.

A adoção da expressão *multinacional* ocorreu na década de 80, mas, embora muitos autores ainda a utilizem, pode-se dizer que esta foi substituída pela expressão *transnacional*, consagrada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Esta demonstra o grau no qual as atividades de uma empresa estão localizadas no exterior, referindo-se à distribuição geográfica das empresas e implicando na existência de um ou mais países de acolhimento e de um país de origem[26].

O conceito de *empresa transnacional* também é desenvolvido de múltiplas formas, considerando fatores jurídicos, econômicos e administrativos. O projeto do Código de Conduta das Corporações Transnacionais (inglês, *United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*) referente ao status da negociação de 1986, definiu corporação transnacional como:

> [A]n enterprise whether of public, private or mixed ownership, comprising entities in two or more countries, regardless of the legal form and fields of activity of these entities, which operates under a system of decision-making, permitting coherent policies and a common strategy through one or more decision-making centres, in which the entities are so linked, by ownership or otherwise, that one or more of them [may be able to] exercise a significant influence over the activities of others, and, in particular, to share knowledge, resources and responsibilities with the others[27].

---

[26] United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *The Universe of the Largest Transnational Corporations*. UNCTAD Current Studies on FDI and Development, nº 3. Nova Iorque e Genebra: United Nations, 2007, 62 p., p. 1, 21.

[27] INVESTMENT POLICY HUB. UNCTAD. *Draft United Nations Code Of Conduct on Transnational Corporations (Versão de 1983)*, Preâmbulo e Objetivos. Definições e Escopo de Aplicação. Disponível em: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2891. Acesso em 6 fev 2017. Divulgado no Relatório da Comissão das Empresas Transnacionais das Nações Unidas: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Economic and Social Council. Commission on Transnational Corporations, Report on the Special Session, 7-18

Embora as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais[28] não contenham uma definição exclusiva de empresas transnacionais, o documento as definem como aquelas que usualmente são:

> [C]ompanhias ou outras entidades estabelecidas em mais de um país e ligadas entre si de forma a coordenarem as suas atividades de diversas maneiras. Embora uma ou mais destas entidades possa exercer uma influência significativa sobre as atividades das outras, o grau de autonomia de cada uma dentro da organização pode, no entanto, variar muito consoante a multinacional em questão. O capital social pode ser privado, estatal, ou misto[29].

Para John H. Dunning e Sarianna M. Lundan, a TNC é definida no âmbito acadêmico e no setor de negócios como aquela que se dedica ao investimento direto estrangeiro e que detém ou controla de algum modo atividades de valor acrescentado (*value-*

March and 9-21 May 1983. Official Records of the Economic and Social Council, 1983, Supplement nº. 7 E/1983/17/Rev. 1, Annex II.

[28] As Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais são recomendações aos Estados e às empresas multinacionais que operam dentro dos Estados aderentes das Diretrizes ou a partir destes países. As Diretrizes abrangem princípios voluntários e padrões para a atuação das multinacionais, a fim de que estas operem em conformidade com as leis estatais e os standards internacionalmente reconhecidos. OECD. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011. OECD Publishing. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en. Acesso em: 24 ago 2017. Tradução para português disponível em: http://www.pcn.fazenda.gov.br/assuntos/ocde/arquivos/2011-diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-pt-br.pdf/view. Acesso em: 24 ago. 2017.

[29] OCDE. *Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais*, 2011, Capítulo I "Conceitos e Princípios", par. 4. (tradução livre) Redação da versão oficial em inglês: "*companies or other entities established in more than one country and so linked that they may coordinate their operations in various ways. While one or more of these entities may be able to exercise a significant influence over the activities of others, their degree of autonomy within the enterprise may vary widely from one multinational enterprise to another. Ownership may be private, State or mixed*".

added activities) em mais de um Estado[30]. Andrew Clapham afirma que o termo *empresa transnacional* destaca que normalmente há uma única corporação operando em mais de um Estado e que sua sede e estatuto jurídico estão incorporados sob a legislação do país da sede[31].

Já para Luiz Olavo Baptista, a empresa transnacional, composta por subsidiárias, pode ter uma ou mais sedes, constituídas em Estados distintos, conforme a legislação local que lhe confere personalidade jurídica e, de certa forma, nacionalidade[32]. Para este, a principal característica da TNC é a sua capacidade de orientar de forma centralizada as suas operações em diversos locais por meio de um planejamento global, buscando a mitigação dos custos, expansão dos mercados consumidores e aumento de sua influência.

> Nesse contexto, a referida empresa atua como se existisse um mercado mundial, no qual ela possa operar em várias localidades, de modo que **os mercados nacionais são menos importantes do que o mundial, no que diz respeito à tomada de decisão das empresas, sendo certo que as mesmas relativizam a preocupação com os interesses locais**. O controle das filiais ou subsidiárias, em todos os aspectos, é um pressuposto da coordenação dos seus objetivos globais[33].

De acordo com Celso D. Albuquerque Mello, as empresas transnacionais são aquelas que, ao exercerem suas atividades nos

---

[30] DUNNING, John H.; LUNDAN, Sarianna M.. *Multinational Enterprises and the Global Economy*, 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2008, 920 p., p. 3.

[31] CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors*. The Collected Courses of the Academy of European Law, vol. XV/1. Academy of European Law European University Institute. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2006, p. 199.

[32] BAPTISTA, Luiz Olavo. *Empresa Transnacional e direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, pp. 17-18.

[33] RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional. *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo* - Estudos em homenagem ao Prof. Celso D. A. Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 455-492, p. 463.

Estados, demonstram-se capazes de influenciar as suas economias e de atuar no estrangeiro por meio de filiais ou subsidiárias, estando o seu poder de decisão disperso nessas últimas. Ainda, como identifica Albuquerque Mello, as TNCs são grandes empresas, com potencial financeiro enorme, dispondo de administração internacionalizada, patrimônio científico-tecnológico, diversidade jurídica e unidade econômica, e, que, por fim, possuem distintas nacionalidades através de suas filiais ou subsidiárias[34].

4. Direitos humanos: terminologias, conceitos e características

Constata-se, também, a variedade terminológica dos *direitos humanos*. Não só a doutrina diverge em demasiado, mas também os diplomas nacionais e internacionais. Terminologias como *direitos do homem*, *liberdades fundamentais*, *direitos subjetivos públicos*, *direitos fundamentais*, *direitos individuais*, *liberdades públicas*, *direitos humanos fundamentais* são algumas das utilizadas para se referir também aos *direitos humanos*.

Há uma utilização diversificada de expressões no Direito Internacional. Por exemplo, a Carta das Nações Unidas de 1945 pretende reafirmar a fé nos *direitos fundamentais do homem* e promover o respeito e a observância dos *direitos humanos* e das *liberdades fundamentais* de todos. A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (DUDH) consagra, em seu preâmbulo a essencialidade da proteção dos *direitos da pessoa* pelo império da lei e do respeito universal aos *direitos e liberdades fundamentais da pessoa*.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, há a previsão de proteção dos *direitos essenciais do homem* e dos *direitos do homem*. E a Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950, também conhecida como Convenção Europeia de Direitos Humanos[35], estipula que sua

[34] MELLO, Celso de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 104.

[35] Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950, com entrada em vigor em 3 de setembro de 1953. Versão em

finalidade é a proteção e desenvolvimento dos *direitos do homem* e das *liberdades fundamentais* nela consagrada.

Em que pese exista heterogeneidade terminológica, independente da terminologia adotada e das diferenças nos conceitos desses direitos, há consenso acerca da importância de proteger os direitos essenciais para uma vida digna de todo o ser humano, seja a norma de proteção de origem interna ou internacional[36]. Esses direitos são a expressão direta da dignidade da pessoa humana e da personalidade humana[37], provendo da noção de que todos os indivíduos possuem direitos iguais inalienáveis e dignidade inerente[38].

Conforme Ruggie, o conceito de direitos humanos é forte e simples. Os direitos humanos são prerrogativas, i.e., não são concedidos a critérios de outrem ou pela boa vontade, e provêm da ideia de que todas as pessoas são dotadas de *direitos iguais inalienáveis* e de *dignidade inerente*[39].

Para Adam McBeth, os direitos humanos são, por natureza, inerentes a todos os seres humanos em virtude de sua própria humanidade, independentemente de concessão estatal para a sua existência, embora seja para seu gozo efetivo. A existência dos direitos humanos permanece, portanto, ainda que a capacidade do sistema legal vigente para prevenção e punição de violações seja reduzida e mesmo que o violador desses direitos seja um ator não estatal[40].

Nos dizeres do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem

---

português disponível em: http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 04 fev. 2017.

[36] RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 15.

[37] CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento e. *Manual de Direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 978 p., p. 53.

[38] RUGGIE, John Gerard. *Op. cit.*, p. 31.

[39] *Ibid.*

[40] MCBETH, Adam. *Op. cit.*, p. 143.

agir uns para com os outros em espírito de fraternidade"[41]. A Declaração constitui meta comum para todas as nações e povos e é utilizada como base pela ONU para a definição de normas consagradas em instrumentos internacionais de direitos humanos, como as previstas no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[42].

Além de constituir meta e ser utilizada como pilar para a definição de normas de direitos humanos, a DUDH também marcou a introdução da concepção contemporânea de que os direitos humanos visam à proteção da dignidade do indivíduo e são caracterizados por sua indivisibilidade e universalidade[43].

A universalidade dos direitos humanos significa a pertença desses direitos por todos os seres humanos, não importando características adicionais, como opção política, nacionalidade, credo e orientação sexual[44]. Ressalta-se que a universalidade dos direitos humanos é compreendida como aquela que reconhece que todas as pessoas, de forma indiscriminada, são titulares de direitos humanos, independentemente de condições como status social, econômico, cultural, político, circunstâncias de raça, sexo, credo religioso, entre outras. Basta a condição de *ser humano* para que se possa demandar a proteção doméstica e internacional desses direitos[45].

O conceito da indivisibilidade dos direitos humanos, por seu turno, consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos detêm a *mesma* proteção jurídica pois são essenciais para uma vida com dignidade. Objetiva-se, com a indivisibilidade, o combate às violações graves e maciças de direitos humanos e o investimento

[41] Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 1º.
[42] Declaração e Programa de Ação de Viena (1993), preâmbulo. Adotada consensualmente, em plenário, pela 2ª Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25/06/1993.
[43] ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*: Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, p. 286.
[44] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.
[45] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 900.

estatal nos direitos sociais, a fim de que o Estado proporcione condições para uma vida com dignidade[46].

> Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais[47].

Observe-se que outra característica dos direitos conectada à indivisibilidade é a interdependência, também considerada como inter-relação. Essa última está intrinsecamente ligada à primeira e consiste no reconhecimento de todos os direitos humanos contribuem para a realização de uma vida humana com dignidade, demandando uma atenção igual e integral a todos os direitos humanos[48].

5. A internacionalização dos direitos humanos

Antes da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos passavam por um processo de internacionalização em sentido amplo, no qual os ideais humanitários eram invocados apenas em relação ao tratamento de estrangeiros, e, mais raramente, em relação ao tratamento de grupos religiosos ou minorias étnicas. Os Estados só agiam pela tutela e promoção dos direitos humanos quando seus próprios interesses e direitos estavam em jogo[49]. Esta

---

[46] "O objetivo do reconhecimento da indivisibilidade é exigir que o Estado também invista – tal qual investe na promoção dos direitos de primeira geração – nos direitos sociais, zelando pelo chamado *mínimo existencial*, ou seja, condições materiais mínimas de sobrevivência digna do indivíduo. A invisibilidade também exige o combate tanto às violações maciças e graves de direitos considerados de primeira geração (direito à vida, integridade física, liberdade de expressão, entre outros) quanto aos direitos de segunda geração (direitos sociais, como o direito à saúde, educação, trabalho, previdência social etc.)" RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 91.

[47] Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), artigo 6º, parágrafo 2.

[48] RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 93.

[49] Direitos Humanos – II. Proteção Internacional dos Direitos Humanos. *In*: BOBBIO, Noberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). *Dicionário de Política*. Vol. 1. Tradução Carmen C. Varriale (*et al*.). 5. ed. Brasília:

internacionalização em sentido amplo dos direitos humanos consistia em um processo esparso de criação de normas de direitos humanos.

Como destaca André de Carvalho Ramos, após as atrocidades do nazismo, os Estados passam a atuar internacionalmente pela tutela e promoção dos direitos e liberdades do indivíduo. Surge, então, o chamado processo de internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, que busca fortalecer os direitos essenciais do ser humano para que atrocidades como as da Segunda Guerra Mundial não mais se repitam[50].

A reconstrução dos direitos humanos ocorreu após a Segunda Guerra Mundial e a universalidade desses direitos se tornou um vínculo indissociável com o processo de formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. O DIDH surge como um novo ramo do Direito Internacional com especificidade, autonomia e princípios próprios, rompendo com a rígida distinção entre direito público e direito privado e apresentando expansividade proveniente da abertura tipológica de seus enunciados[51].

Nessa etapa da internacionalização dos direitos humanos, a proteção desses direitos passou por um processo de sistematização no âmbito internacional e regional, com normas, coerência e métodos, e foi consagrada em diversos diplomas jurídicos internacionais. O respeito transnacional e universal dos direitos humanos não depende mais da existência do vínculo da nacionalidade ou do reconhecimento por parte de um Estado. Há o dever internacional de respeitar e proteger os direitos do homem[52].

a) Carta Internacional dos Direitos Humanos

A Carta Internacional de Direitos Humanos, que engloba: i) a Carta das Nações Unidas de 1945, que estabeleceu a obrigação dos Estados membros da Organização das Nações Unidas em respeitar e

---

Ed. Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 355.

[50] RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, pp. 89-91.

[51] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 910.

[52] RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, pp. 89-91.

promover os direitos humanos; ii) a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco da universalização desses direitos, que consagrou diversos direitos humanos que não haviam sido especificados na Carta da ONU; iii) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966[53] – importante diploma de consagração dos direitos conhecidos como *direitos de liberdade*; e iv) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966[54] – que destaca a relevância da garantia, proteção e promoção de diversos *direitos de igualdade*.

Ao utilizar o termo *Carta Internacional de Direitos Humanos*, o objetivo da ONU de proteção dos direitos humanos foi reafirmado, sendo reconhecido pela doutrina que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC) devem ser interpretados em conexão com a DUDH[55]. A Carta estabeleceu a necessidade de cooperação internacional em assuntos sociais e econômicos, através dos princípios da autodeterminação dos povos, da igualdade e do respeito aos direitos humanos, e deu início a positivação efetiva dos direitos humanos no Direito Internacional Público, atribuindo a estes um valor universal[56].

---

[53] Adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966. Aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 592, de 06/07/1992. BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Publicado originalmente no Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 07 Jul. 1992, p. 8716. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 jan. 2017.

[54] Adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19/12/1966. Aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto 591, de 06/07/1992. BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Publicado originalmente no Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 07 Jul. 1992, p. 8713. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 22 jan. 2017.

[55] RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 147.

[56] SOUZA, Sérgio Augusto C. Pereira de. *Premissas de direito econômico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 161 p., p. 135.

Por sua vez, o PIDCP e o PIDESC transformaram inúmeras intenções da Declaração Universal dos Direitos Humanos em obrigações legais dos Estados que a haviam ratificado. O primeiro Pacto trouxe a previsão de novas espécies de direitos humanos, além das previstas na Declaração Universal, enquanto o segundo ampliou os direitos culturais, econômicos e sociais estabelecidos na DUDH[57].

Desse modo, a centralidade no indivíduo e nos direitos humanos passa a estar presente não só no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional dos Refugiados (os três planos dos direitos humanos na ordem internacional)[58], mas também no Direito Internacional Público e no Direito Internacional Privado. O Direito dos Direitos Humanos não se restringe a uma aplicação restrita de convenções de direitos humanos, ele emerge da evolução de normas universais de direitos humanos adotadas em fóruns internacionais[59].

Sendo assim, as normas internacionais de direitos humanos devem ser amplamente respeitadas, indo além do foco do Estado como destinatário das obrigações do Direito Internacional dos Direitos Humanos contemporâneo. Dentre tais normas, encontram-se, em destaque, as que compõem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, já mencionadas, e, também, o direito convencional, o Direito Internacional costumeiro, as normas de *jus cogens*, as obrigações *erga omnes*, as normas relacionadas a crimes internacionais e os *standards* de direitos humanos.

b) Direito Internacional costumeiro

O estudo do Direito Internacional Costumeiro é relevante para a abordagem do tema das empresas transnacionais e direitos humanos

[57] MALHEIRO, Emerson. *Curso de direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 172, 186.
[58] Sobre o tema, ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gerárd; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México: Editorial Porrúa, 2003.
[59] CLAPHAM, Andrew. *Op. cit.*, p. 85.

por sua potencial maior efetividade, quando comparado ao direito convencional, em garantir a responsabilização e a prestação de contas das TNCs por violações de direitos humanos. Ademais, no campo das obrigações estatais de direitos humanos, quando os tratados não puderem abranger a situação (como ocorre nas hipóteses de reservas sobre os tratados), o respeito aos costumes internacionais continua sendo imperativo e pode ser que a jurisdição internacional ocorra com base não na violação dos termos do tratado, mas sim no Direito Internacional Costumeiro[60].

Enquanto o direito convencional e os mecanismos de proteção dos direitos humanos têm foco central no Estado, os princípios gerais de direito, aos quais sujeitam-se todos os atores internacionais, e o costume internacional podem provocar mudanças em normas substantivas de direitos humanos para que estas envolvam também empresas transnacionais[61]. Isto posto, o respeito aos direitos humanos nessa esfera pode ser promovido.

c) Normas de jus cogens

A norma de *jus cogens*, também nomeada de norma imperativa de Direito Internacional ou norma cogente (em inglês, *peremptory norm* e, em francês, *norme impérative*), é consagrada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 como:

> uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza[62].

[60] *Ibid*.

[61] CLAPHAM, Andrew. Non-state actors. In: MOECKLI, Daniel; SHAH, Sangeeta; SIVAKUMARAN, Sandesh; HARRIS, David Harris (eds.). *International Human Rights Law*, 3. ed. Oxford University Press. Forthcoming, p. 4. Disponível em: https://www.academia.edu/21158441/The_Challenge_of_Non-State_Actors_for_Human_Rights_Law. Acesso em: 26 abr. 2017.

[62] Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969, artigo 53.

O *jus cogens* manifesta valores éticos universais e absolutos, ditames da consciência pública e considerações elementares da humanidade, que o tornam inderrogável, com exceção da derrogação por outra norma posterior de igual natureza. Citam-se, entre as suas normas: o direito à autodeterminação dos povos, as normas básicas do Direito Internacional Humanitário aplicáveis aos conflitos armados, as proibições de crimes contra a humanidade e contra a escravidão, tráfico de escravos, apartheid, discriminação racial, genocídio, agressão e tortura[63].

d) Obrigações erga omnes

A Corte Internacional de Justiça compreende as obrigações *erga omnes* como obrigações sobre as quais toda a comunidade internacional possui interesse jurídico de proteger e com as quais todos os Estados devem cumprir[64]. Elas possuem âmbito de aplicação universal, sendo impostas aos sujeitos do Direito Internacional Público[65]. Estas são passíveis de derrogação, sendo inferiores hierarquicamente ao *jus cogens*.

Constata-se que toda a comunidade internacional tem interesse no respeito e cumprimento das obrigações *erga omnes*. E, embora os destinatários dessas obrigações sejam os Estados, elas também merecem prevalência em caso de choque com interesses de empresas transnacionais.

e) Normas relacionadas aos crimes internacionais

No que se refere às normas relacionadas aos crimes internacionais, estas fazem parte das chamadas normas fundamentais

[63] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), Artigo 26, Comentário ao Artigo 26 e Comentário 5 ao Artigo 40.
[64] Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, par. 33, p. 32.
[65] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 178.

da ordem jurídica internacional, juntamente com as obrigações *erga omnes* e as normas imperativas de Direito Internacional.

Aqueles que cometerem crimes internacionais podem ser julgados e responsabilizados internacionalmente pelo Tribunal Penal Internacional e os Estados possuem o direito, também considerado como obrigação, de julgar, em suas jurisdições internas, o acusado[66]. Ao mesmo tempo, quando os Estados apoiam o cometimento do crime internacional pelo indivíduo estes violam obrigações *erga omnes*.

A configuração do ato como crime internacional pode permitir não só a jurisdição penal internacional ou doméstica, mas também a demanda na jurisdição civil para que a vítima pleiteie uma indenização do criminoso e do Estado, no caso de este ter dado suporte ou apoiado o cometimento do crime[67].

f) Standards de direitos humanos

Os procedimentos tradicionais que lidam com a proteção dos direitos humanos na esfera transnacional são baseados em obrigações convencionais, nas quais houve a expressa concordância dos Estados partes dos tratados[68]. Estes também são acompanhados por um desenvolvimento gradual de procedimentos: "*from 'weak' forms, such as an obligation to file state reports with a treaty body or to accept that individuals complain by way of 'communications', to a full-*

[66] KADELBACH, Stefan. Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules – The Identification of Fundamental Norms. In: TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (Eds.). *The fundamental rules of the international legal order*: jus cogens and obligations erga omnes. Leiden e Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 471 p., pp. 21-40, p. 28, 39.

[67] CLAPHAM, Andrew. *Human rights obligations of non-state actors*. The Collected Courses of the Academy of European Law, vol. XV/1. Academy of European Law European University Institute. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2006, p. 94.

[68] REINISCH, August. The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors. *In*: ALSTON, Philip (ed.). *Non-State Actors and Human Rights*. Academy of European Law. European University Institute in collaboration with the Center for Human Rights and Global Justice, New York University School of Law. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 37-92, p. 40.

fledged judicial system with a direct right for victims to bring claims against states"[69].

Os órgãos de proteção dos direitos humanos e de organizações internacionais trabalham para desenvolver os conceitos e standards do Direito dos Direitos Humanos não escrito (*unwritten human rights law*)[70]. Embora muitos desses standards não sejam necessariamente vinculantes, eles podem ser considerados universais porque foram desenvolvidos e aceitos em nível internacional, constituindo o corpo do Direito dos Direitos Humanos[71]. Ao criarem regras claras, os *standards* de direitos humanos podem vir a se tornar parte dos princípios gerais de direito e do Direito Costumeiro Internacional[72].

6. A repercussão dos direitos humanos na atuação das empresas transnacionais

O quadro normativo internacional acerca da atuação das empresas transnacionais em relação aos direitos humanos foi, e permanece sendo, influenciado pela internacionalização dos direitos humanos em sentido estrito e pelos diplomas, princípios e regras internacionais do DIDH. Atualmente, este quadro é composto de iniciativas voluntárias (códigos de conduta e responsabilidade social corporativa), que buscam regular a atuação das empresas transnacionais para proteger os direitos humanos, e de iniciativas vinculantes, que, com exceção dos tratados de direitos humanos e do direito estatal, ainda não tiveram êxito e concretização.

a) Iniciativas voluntárias

Iniciativas mais recentes, da década de 90, compõem as chamadas responsabilidades sociais corporativas. Como os Estados, principalmente aqueles em desenvolvimento que desejam atrair investimentos, encontravam-se reticentes em relação à imposição de

[69] REINISCH, August. *Op. cit.*, pp. 39-41.
[70] *Ibid.*
[71] CLAPHAM, Andrew. *Op. cit.*, pp. 99.
[72] REINISCH, August. *Op. cit.*, p. 40, 41.

obrigações de direitos humanos às corporações transnacionais, buscou-se uma forma menos impositiva, ou seja, mais voluntária, de mobilizar as TNCs para atuarem com respeito e promovendo os direitos humanos[73].

Ainda que tais iniciativas tenham possuído um caráter mais voluntário, a pressão sobre as empresas transnacionais para respeitarem e promoverem os direitos humanos, assim como repararem as vítimas que tiveram os seus direitos violados pelas empresas, tornou-se mais forte[74]. Também a partir de 1990, as empresas, em número crescente, passaram a operar em mais Estados e a adotar modelos operacionais baseados em redes. Advieram novos desafios para as corporações que deveriam administrar suas cadeias globais de valor em harmonia com os direitos humanos[75].

Segundo Nadia Bernaz, a responsabilidade social corporativa é um campo de estudo relacionado ao campo dos negócios e direitos humanos. Esta se baseia principalmente na ideia de que as empresas não devem visar o lucro sem considerar as consequências de seus atos em outras esferas. Estas possuem responsabilidades para com a sociedade em geral e além da maximização do lucro. "*Corporate social responsability [...] often consists in* ***encouraging companies to adopt and share best practices*** *and it* ***includes notions such as corporate philatropy***. *[Corporate social responsibility] CSR is also about* ***creating value***"[76].

---

[73] DE SCHUTTER, Olivier. The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors. In: DE SCHUTTER, Olivier (ed.). *Transnational Corporations and Human Rights*. Studies in International Law, v. 12. Oxford: Hart Publishing, 2006, pp. 1-40, p. 1.

[74] Como destaca Olivier De Schutter: "**A pressão sobre as empresas também é significativamente mais forte agora do que anteriormente, tanto pela mobilização de organizações não governamentais (ONGs) quanto pelas ferramentas de comunicação que agora estas têm à sua disposição e pela ameaça de ações judiciais contra empresas por violações de direitos humanos**, especialmente perante os tribunais federais dos Estados Unidos." DE SCHUTTER, Olivier. *Op. cit.*, p. 1. (tradução livre) (grifos nossos).

[75] RUGGIE, John Gerard. *Op. cit.*, p. 56.

[76] BERNAZ, Nadia. *Business and Human Rights*: History, Law and Policy - Bridging the accountability gap. Human Rights and International Law. Nova Iorque: Routledge, 2017, 313 p., p. 3.

O Pacto Global das Nações Unidas, proposto pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas em 1999, é considerado a maior iniciativa de responsabilidade social corporativa do mundo. Este não é um instrumento regulamentador, pois foi concebido como um fórum de aprendizagem para incentivar práticas socialmente responsáveis no campo dos direitos humanos[77].

Nota-se, ainda, que os códigos de conduta, que integram as iniciativas voluntárias, possuem natureza de *soft law*. Para a OCDE, os códigos de conduta são divididos em quatro grupos: códigos corporativos; códigos criados por organizações internacionais; códigos de associações da indústria; e códigos que envolvem a parceria de distintos grupos de interesse[78].

Como são recomendações, problemas práticos relacionados à sua eficácia podem surgir. Embora atualmente exista uma tendência de adoção dos códigos de conduta e de ética nas empresas transnacionais, a implementação desses códigos parece insuficiente para o combate à corrupção e às violações de direitos humanos relacionadas às operações das transnacionais[79].

b) Iniciativas vinculantes

Enquanto alguns advogam a favor das iniciativas voluntárias, nas quais as próprias empresas se encarregam da responsabilização, outros defendem a criação e aplicação de normas vinculantes que respondam aos desafios de acesso à justiça e regulação das atividades transfronteiriças das corporações[80]. Afinal, as iniciativas voluntárias, apesar de possuírem uma função potencial de preparação do campo de valores e princípios para iniciativas vinculantes[81] são insuficientes

[77] RUGGIE, John Gerard. *Op. cit.*, p. 30.
[78] RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, p. 476, 477.
[79] RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, p. 482.
[80] Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Vol. 01, nº 2, julho de 2017. Juiz de Fora: Homa e FordFoudation, 2017, p. 19. Disponível em: http://homacdhe.com/journal/wp-content/uploads/sites/3/2017/08/HOMA-PUBLICA-N%C2%BA2-VOL.-01-1.pdf. Acesso em: 27 ago 2017.
[81] BERNAZ, Nadia. *Op. cit.*, p. 12.

para a regulação das ações das TNCs em consonância com os direitos humanos. As iniciativas voluntárias também não possibilitam a responsabilização das empresas que violem esses direitos, o que dificulta a reparação das vítimas desses abusos.

Logo, é imperioso o desenvolvimento de normas que vinculem as corporações transnacionais aos standards de direitos humanos, passando do eixo da *soft law* ao eixo da *hard law*, a fim de evitar os abusos desses atores não estatais e garantir o acesso à justiça às suas vítimas.

Atualmente, retorna ao foco das Nações Unidas a busca por um instrumento internacional juridicamente vinculante para as TNCs em relação às obrigações de direitos humanos. Através da Resolução 26/9, adotada pelo Conselho de Direitos Humanos[82], foi criado um grupo de trabalho intergovernamental com a tarefa de elaborar esse instrumento.

Nas duas primeiras sessões intergovernamentais de negociação do tratado sobre empresas e direitos humanos, ocorridas em julho de 2015[83] e outubro de 2016[84], foram debatidas questões sobre a formulação e limites do instrumento – como seu escopo, conteúdo, princípios, forma e natureza – e acerca da implementação dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos

[82] UNITED NATIONS. UN Human Rights Council. Resolution 26/9. A/HRC/RES/26/9. Elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, 25 jun de 2014. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/082/52/PDF/G1408252.pdf?OpenElement. Acesso em 26 ago. 2017. A Resolução não foi adotada por consenso. A votação registrada foi de 20 votos favoráveis, 14 contras e 13 abstenções, incluindo, nestas, a do Brasil.

[83] UNITED NATIONS. Human Rights Council. A/HRC/31/50.Report on the first session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, with the mandate of elaborating an international legally binding instrument. 10 maio 2017. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/018/22/PDF/G1601822.pdf?OpenElement. Acesso em: 15 fev. 2017.

[84] UNITED NATIONS. Human Rights Council. A/HRC/34/47. Report on the second session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights. 04 jan 2017. Disponível em: https://daccess-ods.un.org/tmp/8299422.86014557.html. Acesso em: 10 maio 2017.

Humanos[85], dos contornos de mecanismos domésticos e internacionais de acesso à justiça às vítimas de violações de direitos humanos, da responsabilidade das TNCs e das obrigações estatais, incluindo obrigações extraterritoriais. Para Luis Espinosa Salas, pela primeira vez há um crescimento da perspectiva de que as iniciativas vinculantes podem ser complementadas por *guidelines* voluntárias[86].

Na terceira sessão, que ocorrerá em outubro de 2017, em consonância com o item 3 da Resolução 26/9[87], a representação do Equador, que preside o grupo de trabalho intergovernamental de negociação do tratado, apresentará um projeto com os elementos propostos para a elaboração do instrumento internacional juridicamente vinculante. Esse momento, simultâneo a um retrocesso global em direitos humanos[88], é considerado crucial para o avanço

[85] Os Princípios Orientadores foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em julho de 2011, através da Resolução 17/4. Os Princípios estabelecem que os Estados possuem o dever de proteger os direitos humanos, inclusive nos casos relacionados às operações das TNCs e de empresas de outros tipos em sua jurisdição e/ou território. Também é exposta a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos e a importância do acesso a remédios efetivos para as vítimas de abusos desses direitos. UNITED NATIONS. UN Human Rights Council. A/HRC/RES/17/4. *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*. Seventeenth session, 6 jul 2011. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/71/PDF/G1114471.pdf?OpenElement. Acesso em: 27 ago. 2017.

[86] SALAS, Luis Espinosa. *The way ahead for the treaty process on transnational corporations with respect to human rights*. Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Vol. 01, nº 2, julho de 2017. Juiz de Fora: Homa e FordFoudation, 2017, 252 p., p. 91-95, p. 93. Disponível em: http://homacdhe.com/journal/wp-content/uploads/sites/3/2017/08/HOMA-PUBLICA-N%C2%BA2-VOL.-01-1.pdf. Acesso em: 27 ago. 2017.

[87] "[...] the Chairperson-Rapporteur of the open-ended intergovernmental working group should prepare elements for the draft legally binding instrument for substantive negotiations at the commencement of the third session of the working group on the subject, taking into consideration the discussions held at its first two sessions" UNITED NATIONS. UN Human Rights Council. Resolution 26/9, item 3.

[88] O relatório anual "Anistia Internacional Informe 2016/17: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo" da Anistia Internacional mostra o aprofundamento de sérias violações de direitos humanos e retrocessos em direitos já conquistados. Ver:

das negociações acerca do tratado sobre empresas e direitos humanos e para a proteção desses direitos e valores, reconhecidos e consagrados internacionalmente após lutas e conquistas[89].

7. Conclusão

As empresas transnacionais cresceram economicamente e o reflexo de seu novo poder nos direitos humanos é observado positivamente, quando contribuem para a proteção, realização e promoção desses direitos, e negativamente, em casos de violações destes, como nos casos Bhopal e Kiobel. Por outro lado, com sua sistematização, coerência, métodos e normas, a internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos fortaleceu a proteção da pessoa humana e permitiu a busca pelo respeito transnacional dos direitos essenciais do indivíduo por atores estatais e não estatais.

Em que pese o Direito Internacional ainda não forneça ferramentas para a vinculação das transnacionais às normas internacionais de direitos humanos, as características e desenvolvimentos da internacionalização desses direitos vêm contribuindo fortemente para a formação de um quadro internacional sobre o tema. Neste, de um lado, encontram-se as tentativas de criação de um instrumento internacional juridicamente vinculante que imponha às corporações transnacionais obrigações jurídicas

---

ANISTIA INTERNACIONAL. *Anistia Internacional Informe 2016/17: O Estado dos Direitos Humanos no Mundo*. 2017. Disponível em: https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2017/02/AIR2017_ONLINE-v.3.pdf. Acesso em: 27 ago. 2017. "[A] a realidade é que começamos 2017 num mundo bastante instável, cheio de agitação e incertezas sobre o futuro. Nesse cenário, a certeza dos valores articulados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 corre o risco de ser dissolvida." *Ibid*., p. 11.

[89] Sobre como a política mundial contemporânea pode incidir nas negociações do tratado que responsabilize TNCs por violações de direitos humanos, ver: ARAGÃO, Daniel Maurício de. *Controvérsias da política mundial em direitos humanos: o contexto em que se discute o tratado sobre corporações transnacionais*. Homa Publica: Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, Vol. 01, nº 2, julho de 2017. Juiz de Fora: Homa e FordFoudation, 2017. Disponível em: http://homacdhe.com/journal/wp-content/uploads/sites/3/2017/08/ Artigo-2.pdf. Acesso em 27 ago. 2017.

internacionais em relação aos direitos humanos[90], e de outro, a criação de códigos de conduta e a responsabilidade social corporativa.

Embora a produção dos códigos de conduta públicos e privados voluntários contribua para a proteção do indivíduo, é necessário vincular as corporações transnacionais à observância das normas internacionais de direitos humanos. As iniciativas voluntárias não obrigam a observância de suas regras e princípios, possuindo limitações de eficácia e *international enforcement*.

Desse modo, a elaboração de um instrumento internacional com natureza de *hard law* busca proteger os direitos humanos, evitar que as empresas transnacionais cometam violações, e garantir o acesso à justiça das vítimas. Complementarmente, as iniciativas voluntárias podem colaborar com um quadro de princípios preparatórios para a implementação do instrumento vinculante e promover os valores éticos na atuação corporativa.

[90] Destaca-se, também, a incorporação de tratados de direitos humanos aos ordenamentos jurídicos internos e as legislações domésticas que contribuem para a proteção dos direitos humanos no campo dos negócios. Ver: BENEVIDES, Isabella Almeida de Sá e. *Op. cit*., p. 161-170.

TRATADOS INTERNACIONAIS E PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Arianna Stagni Guimarães

Introdução

Através do presente artigo iremos analisar a correlação de forças entre a segurança jurídica em um determinado país e a sua capacidade em alavancar e atrair investimentos estrangeiros. É muito importante para qualquer país do mundo, sejam os menos desenvolvidos, como também os mais industrializados, a recepção de recursos vindos de fora de sua cadeia produtiva, a fim de maximizar as suas operações comerciais, industriais, setoriais, etc.

Nesse sentido, a busca por investimentos estrangeiros é realmente, uma competição muito acirrada. No sistema financeiro diz que quanto maior o risco maior o lucro (a sua possibilidade), e também maior a chance de grandes prejuízos. Buscar o equilíbrio entre o maior lucro e o investimento mais seguro, é a arte que todo investidor busca dominar. Se por um lado, riscos altos propiciam (possibilidades) de lucros altos, algumas aplicações ou investimentos não podem correr tal risco e preferem, ou são obrigadas (em seus países de origem) a buscar alternativas mais "saudáveis".

Assim, a segurança jurídica em um determinado país é determinante para que este consiga atrair bons investimentos. Não somente investimentos de risco, ou de curto prazo, mas investimentos de longo prazo, em obras estruturais, desenvolvimento econômico do país, em projetos de longa duração.

1. Desenvolvimento Econômico

Este é o principal objetivo dos países – o desenvolvimento econômico. Importante notar que grupos no poder, ou seja, homens

no governo podem ter objetivos diferentes, como o poder em si. Ou outras metas mais específicas. Mas, um objetivo de Estado, comum a qualquer país, é o seu interesse no desenvolvimento econômico. Atingindo tal objetivo – a geração de riquezas, o Estado conseguirá atingir todos os demais objetivos específicos.

A geração de riquezas de uma nação se dá através da produção interna e exportações dos seus excedentes. Ao gerar muita produção, e sendo valiosa, conseguir exportá-la a outros países, o Estado obterá uma entrada de recursos valiosos para o seu desenvolvimento econômico, ou em outras palavras, para o seu enriquecimento. Obviamente, se o país é um exportador de bens primários – agricultura, por exemplo, de baixo valor agregado, necessitará de uma produção gigantesca para reunir alguns milhões de dólares de saldo positivo em sua balança comercial. Por outro lado, sendo industrializado, e conseguindo produzir bens de alto valor agregado, no outro lado da equação, com certeza terá ganhos fabulosos.

O Estado busca sempre otimizar a sua economia, seja exportando produtos que produz em excesso, e ao não serem consumidos internamente por sua sociedade, viram ativos a serem exportados à outros países e gerar assim, riquezas que ingressam em sua economia. Por outro lado, também importam os bens de que necessita, seja para consumo, seja para incremento de sua produção (ex. importação de máquinas para uso em fábricas, insumos para utilização em outros bens industrializados, etc.). De qualquer forma, a entrada desses produtos importados gera receitas com os seus respectivos impostos, mas o Estado, além do ganho com os impostos, ou muito além desse objetivo, busca também, e principalmente, regular essa entrada de bens estrangeiros a fim de dinamizar a sua economia interna, e mesmo protege-la em determinadas situações da competição que vem do exterior (proteção ao comércio e à indústria interna). Nesse sentido, Adriano Stagni Guimarães[1] nos explica:

[1] GUIMARÃES, Adriano Stagni. Tributos na Importação. *In: Direito do Comércio Internacional* – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva. Editora Lex. São Paulo, 2013, p. 14.

> Uma vez que o Imposto de Importação não possui caráter arrecadatório, concluímos que este desempenha um papel de maior importância na intervenção do Estado em caráter social, econômico e outros. Lembrando que tal efeito estabelecido pelo país será com o objetivo final de incentivar ou desencorajar determinadas atitudes à vista do interesse público.

Assim, vemos que além de conseguir algum recurso com esses impostos, de importação, o Estado busca, na verdade, otimizar o seu desempenho econômico e também social, com o desenvolvimento e/ou proteção de algum setor comercial ou industrial interno que necessite de sua intervenção protetiva.

1.1 Desenvolvimento social

Uma vez obtida a riqueza através de exportações de seus excedentes, o país deverá agora (seria ideal), distribuir essa riqueza entre os seus cidadãos. No Brasil, existe até mesmo um Ministério do Desenvolvimento Social, mas, infelizmente, sua atuação é apenas no sentido de tirar de alguns para dar aos outros, numa tentativa (?) de diminuir a pobreza e a fome, sem na verdade, gerar empregos ou condições de obtenção de riqueza por parte do povo necessitado.

O desenvolvimento social verdadeiro, duradouro, importante para o desenvolvimento da nação se faz através de intensos programas de educação, nos quais o trabalhador poderá crescer profissionalmente, se especializando em determinada atividade laboral, e com isso conseguir melhores salários e condições de trabalho. Em resumo – melhoria na qualidade de vida do cidadão.

Além da preocupação com a educação, de todo essencial, deve ainda o Governo, buscar fomentar a geração de empregos, não somente os básicos, mas empregos em setores de alta tecnologia, propiciando um círculo virtuoso de melhor educação, melhores empregos e oportunidades, melhores salários, mais riqueza para o consumo, melhor qualidade de vida para o trabalhador e sua família, produção de bens de maior valor agregado, maior valor em exportações, maior desenvolvimento econômico e finalmente, de novo, maior desenvolvimento social.

2. Investimento Estrangeiro

Como já alertamos inicialmente, o investimento estrangeiro fundamental para o desenvolvimento de um País. O País, se contar apenas com os seus recursos, levará um prazo maior para o seu desenvolvimento, ao passo que a chegada de investimentos estrangeiros acelera tal desenvolvimento. Acelerar o desenvolvimento de um País é fundamental, mormente se estamos pensando num mundo atual globalizado e de alta competitividade.

Os países têm que se desenvolver industrialmente, tecnologicamente, socialmente para terem estruturas fortes de competição no mercado internacional, ou seja, no momento de exportações do excedente de suas produções, ocasião em que conseguem a geração e obtenção de grandes riquezas.

E por que o investidor busca novos mercados para aplicar os seus recursos? As respostas são variadas:

– interesse em matérias primas ou áreas (espaços físicos, climas) mais propícios para desenvolver agricultura ou pecuária;
– mão de obra mais barata, ou mais especializada;
– busca de novos mercados consumidores;
– busca de eficiência na cadeia produtiva – produzindo peças, equipamentos em diferentes países, em razão de custos, mão-de-obra, matéria prima, localização geográfica, escoamento das mercadorias, etc.

Existem algumas formas diferentes de investimento estrangeiro – são elas = a) investimento estrangeiro direto; b) investimento estrangeiro indireto.

2.1 Investimento Estrangeiro Direto

É aquele investimento mais duradouro. O investidor geralmente investe os seus recursos em alguma empresa, acompanha a sua evolução e crescimento. São investimentos de longo prazo, e geralmente feitos entre empresas do mesmo grupo empresarial, ou seja, uma transnacional com sede (matriz) no exterior traz recursos e aloca em sua filial/subsidiária aqui no Brasil, buscando a sua

otimização e crescimento. Com certeza, gerará lucros no futuro, que serão repatriados em favor da empresa investidora.

A alocação de recursos no investimento direto pode se dar sob a forma de remessa de divisas – dinheiro em espécie, ou também em patrimônio – máquinas e equipamentos. Assim, quando uma empresa envia centenas de motores de um país para outro (para sua filial), a fim de que esses motores sejam instalados em automóveis (por exemplo) a fim de serem comercializados, está havendo uma transferência patrimonial, uma transferência de recursos, sob a forma de bens que irão compor o produto final comercializado pela empresa que recebeu o investimento. Não existe, portanto, somente o ingresso de dinheiro, mas também muitas outras formas de recursos investidos internacionalmente.

Como explicado supra, indicamos, como exemplo, uma transnacional, com matriz no exterior, investindo em sua filial/subsidiária aqui no país recebedor dos investimentos. Mas, pode ocorrer de investidores (institucionais ou empresários) investirem em empresas que até então não controlavam e nem possuíam participação acionária. Aqui, nesse modelo de venture capital, a idéia é justamente ingressar numa sociedade empresária, trazendo recursos sob a forma de dinheiro, máquinas, equipamentos, tecnologia, *know how*, etc., e participar acionariamente da companhia que recebe os investimentos, controlando-a ou de alguma forma participando ativamente de sua gestão.

Outra forma de investimento estrangeiro direto é o ingresso de capital estrangeiro para a aquisição de terras no país. Ora, se por um lado tal investimento é interessante, pois ao imobilizar os seus recursos em imóveis, o capital estrangeiro ficará no país um longo período, o que é interessante e importante para a economia interna, além do desenvolvimento que acontecerá no entorno das terras adquiridas, que com certeza, terão um aproveitamento econômico. Todavia, é preciso saber qual utilização será dada às essas terras. Temos estrangeiros adquirindo grandes porções de terra no país para a produção de alimentos e exportação para os seus próprios países, ou para a produção/extração de riquezas (combustíveis, minérios, etc.).

Até que ponto isso é interessante ao país? Como apontado por Samuel Luiz Araujo[2]:

> A aquisição de terras nacionais por estrangeiros é um movimento mundial e não somente brasileiro. A preocupação com a produção de alimentos é crescente, assim como o interesse por biocombustíveis.
> Ao lado da benéfica entrada (e imobilização) de capital estrangeiro está a sobrevalorização das terras que circundam a propriedade adquirida.
> Entendemos que a aquisição por estrangeiros objetivando a produção de biocombustíveis é despropositada, assim como aquela meramente exploratória. Se estrangeiros querem pesquisar ervas para fins medicinais que se associem às universidades brasileiras.
> Fatos ocorridos no continente africano e no Leste europeu sinalizam claramente o rumo que devemos tomar. Deve-se evitar a produção especulativa, em que o estrangeiro vem para o país, produz e leva toda a riqueza.

Verifica-se, no entendimento de Samuel Araujo, que o investimento estrangeiro direto, em imóveis, pode ser interessante para ao país, mas deve ser analisado cuidadosamente, sob risco de tornar-se um "presente de grego".

2.2. Investimento Estrangeiro Indireto

Já nessa modalidade, os recursos em dinheiro são trazidos do exterior para investimento em fundos de investimentos, não são aplicados especificamente nessa ou naquela empresa, mas num fundo acionário, que irá possibilitar a alavancagem financeira de empresas de algum setor – automobilístico, farmacêutico, construção civil,

[2] ARAUJO, Samuel Luiz. Internação de Capital Estrangeiro: a Aquisição de Terras Brasileiras por Estrangeiros prevista na Lei nº: 5.709./71. *In: Direito do Comércio Internacional* – Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva. Editora Lex. São Paulo, 2013, p. 370.

aeronáutico, energia, etc., sempre de olho no retorno financeiro – lucros, que possa obter de tais investimentos.

O dinheiro é investido no mercado financeiro e no mercado de ações. Não implica em participação acionária em empresas de uma forma direta, com o controle ou influência direta em sua gestão, mas a compra de ações ou demais títulos mobiliários, que impliquem em resgate futuro de dividendos ou lucros.

Trata-se, pela própria dinâmica do investimento, em algo muito mais fluido e volátil, e a qualquer sinal de risco ou possibilidade de perda ou prejuízo, o capital investido é rapidamente retirado ou re-alocado. Pela sua volatilidade e rapidez com que muda de posição (de capital investido a não investido, e vice-versa), alternando entrada e saída dos recursos, acaba gerando significativo impacto no câmbio, o que por vezes, pode ser um problema a ser administrado pelos governos.

3. Segurança Jurídica

Um princípio muito importante, que garante às pessoas (físicas e jurídicas), o respeito aos seus direitos. Embora o Estado tenha um vasto poder, não somente de organização da sociedade, mas por conta disso, de proporcionar justiça, dirimir conflitos, obrigar o cumprimento das leis, pode parecer, num primeiro momento, um poder sem limites, sem controle. É exatamente o contrário disso que se busca.

Como nos ensina Arianna Stagni Guimarães[3] acerca dos princípios constitucionais:

> No sentido jurídico, princípios são aquelas idéias fundamentais que orientam a atuação de todas as outras formas jurídicas presentes no sistema, constituindo-se na base do Direito.
> Importante destacar que os princípios podem surgir de maneira implícita no Direito, isto é, quando não são previstos expressamente pelo ordenamento jurídico.

[3] GUIMARÃES, Arianna Stagni. *A importância dos princípios jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 2003, p. 85.

E o princípio da segurança jurídica é um dos mais relevantes, pois importa em trazer tranquilidade à sociedade, pacificá-la com a distribuição de justiça, harmonizar as relações dirimindo os conflitos entre as pessoas. Paulo de Barros Carvalho[4] esclarece tal entendimento sobre a segurança jurídica:

> Não há por que confundir a certeza do direito naquela acepção de índole sintática, com o cânone da segurança jurídica. Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com sentido deôntico; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo de interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza.

O Estado deve ter, sim, amplos poderes para implementar tudo quanto necessário para uma vida pacífica de seus cidadãos, mas tal poder não pode ser desmedido, não pode ser absoluto, ao contrário, deve ser limitado, limitado pela Constituição, pelas leis. Ao vivermos num Estado Democrático Constitucional de Direito, estamos afirmando que a Constituição é soberana e deve ser respeitada por todos, principalmente pelo próprio Estado, a fim de se evitar desmandos e medidas autoritárias, dissociadas da lei e da justiça.

Assim é que, existindo todo um arcabouço legal de como deve funcionar a sociedade e suas instituições, tal não pode ser alterado ou interpretado pelo Estado, ou pelo Governo, que seja.

Ao cumprir-se a lei, e os estamentos previamente existentes, tem-se uma segurança e uma estabilidade de que as coisas serão como

[4] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197-198.

devem ser, os conflitos serão resolvidos como merecem ser resolvidos, e tudo seguirá um curso normal, com previsibilidades de desenlaces dentro da expectativa normal dos acontecimentos, sem desvios ou ingerências que desvirtuem tal expectativa.

Em outras palavras, e trazendo para o assunto do investimento estrangeiro – se um investidor estrangeiro traz uma soma de recursos em dinheiro para investir no país, seja no sistema financeiro, seja no mercado produtivo, existem regras de como tais recursos devam ingressar no país, quais os tributos a que estarão sujeitos, qual a forma de repatriação dessa verba (ou seja, quando e como ele retornará ao seu país de origem), etc. Todas as regras "do jogo" são conhecidas pelo investidor, que tem a segurança de que os seus recursos – seu patrimônio, será respeitado pelo Estado (no qual está investindo), e poderá, dentro das regras previamente estabelecidas, retira-lo no futuro.

Qualquer mudança desse quadro normativo, seja por alteração das leis, seja por medidas administrativas, seja por julgamentos em ações judiciais totalmente fora das previsões possíveis, trará um clima de instabilidade ao investidor, que, obviamente, optará por alocar os seus recursos em local mais privilegiado.

O país interessado em atrair investimentos estrangeiros deve buscar, ter e oferecer, segurança jurídica à aqueles. O excesso de regulamentação – muitas leis, variadas, confusas, conflitantes, a alta volatilidade das suas mudanças/alterações contribuem negativamente.

Outros fatores importantes que influem negativamente – a instabilidade política – hoje se tem um governo com um determinado foco de atuação, amanhã aparece outro governo com um direcionamento totalmente diverso; a excessiva burocracia, a grande corrupção. E principalmente, a possibilidade (real) de saída dos recursos investidos – a sua repatriação, com regras bem claras, bem definidas, sem interpretações de momento.

4. Tratados Internacionais sobre investimento estrangeiro e segurança jurídica

Tratados ou acordos internacionais, como já tivemos a oportunidade de esclarecer em livro publicado sobre o assunto[5]: é um acordo formal entre Estados, celebrado por escrito, que visa estabelecer direitos e obrigações entre os contratantes e que irão gerar efeitos aos seus súditos/cidadãos.

Existem diferentes espécies e formas de tratados e acordos internacionais, cada qual com a sua finalidade e objetivo específico. O que irá nos interessar são os chamados acordos internacionais de cooperação entre os Estados visando regular o fluxo econômico-financeiro das moedas, ou em outras palavras – a entrada e saída de divisas (dinheiro, ou algo reduzido a dinheiro), sua permanência, tributação, regras específicas para sua utilização.

De se conferir, por exemplo, a cooperação internacional que existe entre os países no tocante à regulação de atividades anti-concorrenciais que prejudicam, não somente um determinado país, mas vários outros que também acabam por serem envolvidos, dado que a atividade das empresas é internacional, transcendendo sua atuação só neste ou naquele país, mas em vários ao mesmo tempo.

Fernando de Oliveira Marques e Monica Yumi Shida Oizumi[6] nos apresentam uma visão de cooperação internacional entre os países, visando estabelecer uma segurança jurídica entre eles e pacificar os respectivos mercados, adotando regras de impedimento e regulação contra a concorrência desleal:

---

[5] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. *Tratados Internacionais.* São Paulo: Aduaneiras. SP, 2010.

[6] OLIVEIRA MARQUES, Fernando; OIZUMI, Monica Yumi Shida. Mecanismos Internacionais frente aos Desafios decorrentes da Globalização no Direito Concorrencial Internacional. *In: Atualidades do Direito Internacional* – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Antônio Márcio da Cunha Guimarães. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 166.

> Em razão do acelerado processo de globalização e internacionalização do comércio internacional, diversas foram as consequências para os direitos internos dos Estados, principalmente no que diz respeito ao direito concorrencial.
> [...]
> As infrações econômicas e atos de concentração passaram a englobar diretamente diversos Estados e consequentemente geram efeitos positivos ou negativos para o mercado de diversos outros.
> Nesse sentido, a análise unilateral dos atos de concentração ou infrações econômicas de âmbito internacional verificam-se ineficientes, uma vez que as decisões muitas vezes podem ser divergentes nos diferentes Estados. Assim, em razão dessa divergência a aplicação das decisões, em alguns casos punitivas, não são concretizadas.
> Por isso, surge a necessidade de cada vez mais dialogar com os Estados envolvidos, a fim de se chegar a um consenso que harmonizem os interesses e vontades de todos os países envolvidos, para que haja efetiva aplicação internacional do direito concorrencial.
> A cooperação internacional, tanto no âmbito bilateral como multilateral surge como instrumento efetivo, uma vez que possibilita o diálogo aberto entre as autoridades antitrustes, troca de informações e estudos.

Esse é, em primeiro lugar, o objetivo principal dos tratados internacionais celebrados pelos países – regular atividades de seus mútuos interesses, pacificando ou evitando-se conflitos nas diversas áreas envolvidas. Assim como existem tratados internacionais na área da tributação, temos também, como visto supra, na área concorrencial, e não poderia ser diferente – também na área de investimentos.

Os tratados celebrados pelos países visam proporcionar uma segurança adicional aos investidores, os chamados TBI – tratados bilaterais sobre investimentos tem por escopo evitar a bi-tributação e estipular regras claras e bem definidas acerca do ingresso e saída dos recursos dos investidores, bem como a tributação e encargos que irão sofrer.

Tomemos o caso brasileiro, que na década de 1990 assinou 14 tratados bilaterais de promoção e proteção ao investimento estrangeiro, porém, não ratificou nenhum deles, o que nos coloca numa posição isolada no contexto mundial.

Nos últimos anos (desde 2015) o Brasil tem se empenhado mais em celebrar ACIFs (acordos de cooperação e facilitação de investimentos), com os países parceiros. Importante notar, que diferentemente dos TBIs, os ACIFs visam muito mais a *promoção* dos investimentos do que a sua *proteção* propriamente dita. Isso pode gerar um desconforto na medida em que se promove o ingresso do capital estrangeiro no país, sem as devidas salvaguardas ou proteção necessária à permanência mais longa do mesmo. Promover simplesmente, sem proteger, pode causar o efeito de ingresso expressivo de capital estrangeiro, mas que com a volatilidade de nossa sociedade, com a insegurança jurídica existente, esse capital acaba saindo com a mesma rapidez que entrou, o que, muito longe de ser uma vantagem, acaba por se mostrar uma grande desvantagem.

Em 2017 (Itamaraty) foi assinado o Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul:

- Firmado com parceiros no Mercosul
- Membros da Aliança do Pacífico
- Países africanos – Angola, Moçambique e Malaui
- Oferecem proteção jurídica a investidores e investimentos brasileiros no exterior e dos países parceiros no Brasil
- Igualdade de tratamento
- Regulação da expropriação de ativos e compensação devida
- Liberdade de transferências de ativos financeiros ao exterior, entre outras medidas.

Um fator que poderia ser interessante ao Brasil, pois é importante aos grandes investidores internacionais, seria possibilidade de se levar as disputas para uma discussão arbitral, mas o Brasil igualmente não participa do ICSID – *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, ligado ao Banco Mundial.

Conclusões

O investimento estrangeiro admitido em um determinado país é realmente algo de muito valor, seja pela possibilidade simplista de alavancagem de caixa pelo ingresso de capital, mas principalmente, pelo incremento na produção, quando se agrega, além de capital, mas também tecnologia, *know-how*, técnicas de produção, de gestão, etc., melhorias em infraestrutura – portos, rodoviais, ferroviais, aeroportos, geração e transmissão de energia, etc.

Para que tal ocorra – ingresso de capital estrangeiro, e principalmente, o "bom" capital, qual seja, aquele de longo prazo que agrega valor ao produto e à produção, gera desenvolvimento econômico, ao invés do capital ingressante puramente especulativo, volátil, de baixíssima permanência, se faz necessário a criação e manutenção de um ambiente absolutamente estável, com segurança jurídica a toda prova.

Um mercado no qual o investidor conhece as regras e sabe que elas não irão mudar (desfavoravelmente) da noite para o dia. Um país onde não haja (ou seja, em níveis toleráveis) corrupção, com baixa burocracia (que além de entraves e custos administrativos, além do tempo gasto, alimenta também a corrupção), ineficiência do sistema judicial, ministerial, de alfândegas, alta carga tributária, etc.

Um fator que auxilia esse ambiente de segurança jurídica é justamente a assinatura de acordos (tratados) internacionais firmados com o exato objetivo de aumentar tal segurança aos investidores. E também, a possibilidade de levar-se eventuais disputas à cortes internacionais de arbitragem de grande e notório reconhecimento internacional – ICSID.

Infelizmente, o nosso país – Brasil sofre de todos os males apontados, e ao que parece, não existe nenhuma gestão, no momento, para se reverter tal quadro.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO PELA VISÃO JURÍDICO-ECONÔMICA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E DA CARTA DE DEVERES E DIREITOS ECONÔMICOS DOS ESTADOS

Everton das Neves Gonçalves
Joana Stelzer

1. Introdução

O esforço na Organização das Nações Unidas (ONU) para que se perpetuem e dignifiquem os Direitos Humanos (DH) bem como o desenvolvimento econômico-social concretizam-se em documentos do Direito Internacional. Destarte, especificamente, podem ser lembrados Documentos como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) em 10/12/1948; a Declaração de Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Mundial (NOEM) (Resolução 3.201, de 01/05/1971); o Plano de Ação para o Estabelecimento de uma NOEM (Resolução 3.202, de 01/05/1974) e a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (CDDEE) (Resolução 3.281, de 12/12/1974). Ainda há que se enumerar; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela AGNU em 19/12/1966 que, a sua vez, entrou em vigor, para o Brasil, em 24/04/1992 e cuja exigibilidade em solo Pátrio foi determinada pelo Decreto 591, de 06/07/1992. Da mesma forma, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DDD), adotada pela AGNU segundo a Resolução 41/128, de 04/12/1986. Ao que se percebe, o desiderato da ONU é o desenvolvimento econômico-social coadunando-se os Direitos Humanos com os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os Direitos e Deveres Econômicos dos Estados para que se viabilize, derradeiramente, efetiva e promissora NOEM. Para tanto, entende-se

que o Direito ao Desenvolvimento deve ser perseguido segundo viés jurídico-econômico conforme ao que se defende como Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES). Detecta-se, assim, a compatibilidade entre fins jurídico-sociais e econômicos para o desenvolvimento, mormente em escala Planetária. O Direito, pois, interfere na fenomenologia social e *vice-versa*; portanto, devem ser compatibilizados; o Direito ao Desenvolvimento e os princípios que regem a DUDH e a CDDEE segundo visão inclusora, socialmente progressista e conforme ao PEES.

Trata-se de pesquisa qualitativa exploratória, de procedimento monográfico, de abordagem dedutiva e técnica de pesquisa bibliográfica. Estruturado em quatro tópicos principais, o estudo apresenta, inicialmente, a DUDH; a seguir, trata dos documentos normativos relativos à NOEM, ao Direito ao Desenvolvimento na órbita internacional; aos DDEE e aos DESC; em terceiro momento, descreve o marco teórico do PEES e, no quarto tópico, a visão jurídico-econômico-social do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH).

Para conforto do leitor, apresenta-se glossário[1] com abreviaturas dos principais termos utilizados no trabalho.

Conclui pela simbiose entre o DIDH e a Ciência Econômica segundo o PEES em busca do desenvolvimento; eficiente,

[1] **Glossario:** AED – Análise Econômica do Direito; AGNU – Assembleia Geral das Nações Unidas; CDDEE – Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados; CDHNU – Carta dos Direitos Humanos das Nações Unidas; DD – Direito do Desenvolvimento; DDD – Declaração do Direito do Desenvolvimento; DDEE – Direitos e Deveres Econômicos dos Estados; DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; DH – Direitos Humanos; DIDH – Declaração Internacional dos Direitos Humanos; DIE – Direito Internacional Econômico; DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos; MEL – Mínimo Ético-Legal; MERCOSUL – Mecado Comum do Sul; NOEM – Nova Ordem Econômica Mundial; OEI – Ordem Econômica Internacional; OEM – Ordem Econômica Mundial; OIT – Organização Internacional do Trabalho; ONU – Organização das Nações Unidas; PEES – Princípio da Eficiência Econômico-Social; PIDCP – Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Politicos; PIDESC – Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; URSS – União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

socialmente inclusor e interação recíproca dos interesses econômicos e humanitários para (re) construção normativa dos Direitos Humanos, na esfera internacional econômica.

2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH): os objetivos econômico-sociais

Desiderato da ONU é o desenvolvimento econômico-social coadunando-se os DH com os Direitos Econômico-Sociais. Os DH, considerados como "conjunto de direitos que expressam valores da pessoa humana e que se encontra em contínua gestação, exigem uma investigação que se destine, sobretudo, a recuperar a dimensão fundacional dessa categoria de direitos"[2]. A DUDH, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da AGNU, em 10/12/1948 apresenta seus trinta artigos[3] que se encontram assegurados na

[2] BARRETO, Vicente. Ética e Direitos Humanos: aporias preliminares. *In:* TORRES, Ricardo Lobo. (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 509.

[3] Para além do Art. 22, podem ser destacados os seguintes artigos com viés econômico na DUDH: "**Artigo 17. 1.** Todo ser humano tem **direito à propriedade**, só ou em sociedade com outros. **2.** Ninguém será arbitrariamente pri-vado de sua propriedade. **[...] Artigo 23. 1.** Todo ser humano tem **direito ao trabalho, à livre escolha de emprego**, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. **2.** Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. **3.** Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma **remuneração justa e satisfatória**, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. **4.** Todo ser humano tem direito a **organizar sindicatos** e neles ingressar para proteção de seus interesses. **Artigo 24.** Todo ser humano tem **direito a repouso e lazer**, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas. **Artigo 25. 1.** Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família **saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais** indispensáveis, e **direito à segurança em caso de desemprego**, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. **2.** A **maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais**. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.[...] **Artigo 27. 1.** Todo ser humano tem o direito de **participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes** e de participar do processo científico e de seus benefícios. **2.** Todo ser

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Assim, já se adota, no Brasil, o direito à propriedade (Art. 5º, XXII e 170, II); ao trabalho e à livre escolha de emprego (Art. 5º, XIII); a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego e igual remuneração por igual trabalho, à remuneração justa e satisfatória, à organização sindical, ao repouso e lazer, à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas; à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle; aos cuidados e à assistência especiais à maternidade e à infância (Art. 7° e incisos); assim como, garantido está, o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios; de proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor (Art. 5°, IX, XXVII, XXVIII e XXIX) e o direito a padrão de vida que assegure a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (Art. 6°).

É, no entanto, de se destacar, o Art. 22 da DUDH:

> **Artigo 22.** Todo ser humano, como membro da sociedade, tem **direito à segurança social** e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos **direitos econômicos, sociais e culturais** indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (grifo nosso).

O Art. 22 da DUDH é reflexo da sociedade global que toma consciência de si por intermédio da maturação político-ideológica, do implemento de cidadania ativa e da evolução econômico-social.

---

humano tem direito à **proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor**" (grifo nosso). Ver *in* ONU BR (Organização das Nações Unidas Brasil). *Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/. Acesso em: 10 ago. 2018.

Nesse sentido, trata de normatividade progressista e inclusora em apropriada instância Universal, como é o caso das Nações Unidas. Do contrário, poder-se-ia tornar ineficaz e obsoleto, levando ainda ao mal-estar característico do Direito desvirtuado da fenomenologia social.

Os direitos que protegem os seres humanos, inicialmente, eram denominados "direitos do homem", depois, "direitos fundamentais" (quando eram recepcionados nas Constituições dos Estados) e, por fim, de "direitos humanos" (quando inseridos em tratados internacionais). Essa última expressão é que se utiliza na presente investigação[4].

De acordo com o Art. 22 da DUDH, fica claro que são duas metas a serem alcançadas: (1) a segurança social e (2) a realização de direitos econômicos, sociais e culturais que; a sua vez, alcançados, são *conditio sine qua non* ou direitos indispensáveis à realização de, também, duas elementares necessidades; que são: (I) a dignidade humana e (II) o livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, essas são efetivas razões do regramento na consecução dos direitos humanos. O dispositivo, finalmente, fornece o indicativo da operacionalização. Serão dois caminhos a serem trilhados: (a) pelo esforço nacional e (b) pela cooperação internacional, que obedecerão e estarão de acordo com mais duas diretrizes. As duas vias sempre estarão em harmonia com (i) a organização e (ii) os recursos de cada Estado.

Não há que se estranhar a amplitude da previsão normativa, já que o citado Art. 22 da DUDH, pode praticamente ser entendido como base para os direitos detalhados nos artigos 23 a 27 da DUDH, que se referem à livre escolha do trabalho, à educação fundamental básica gratuita, ao salário digno, à filiação sindical, entre outros.

---

[4] Reconhece-se a dificuldade no uso terminológico das expressões. "Direitos humanos é a expressão preferida nos documentos internacionais. Contra ela, assim, como contra a terminologia direitos do homem, objeta-se que não há direito que não seja humano ou do homem, afirmando-se que só o ser humano pode ser titular de direitos. Talvez já não mais assim, porque, aos poucos, se vai formando um direito especial de proteção aos animais". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 176.

No que tange aos aspectos indispensáveis à pessoa humana: a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade entende-se que a dignidade humana tem origem remota, embora tenha alcançado plenitude na filosofia iluminista de Immanuel Kant (1724-1804) com inspiração na antropologia de Rousseau (1712-1778). Analice Parente revela que foi com Kant que o processo de secularização da noção de dignidade consolidou-se vez por todas, abandonando quaisquer "vestes sacrais", enfim, "representou o 'ponto arquimediano' da moderna concepção laicizada da dignidade da pessoa humana, fundada na doutrina da autofinalidade (Selbstzweck)"[5].

Desde os primórdios aflige o espírito humano o que é a dignidade no "humano". A partir de Kant, na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, a discussão ganhou atenção ainda mais especial, na qual o autor se pergunta: "como devo agir para que a minha ação seja boa?" Mas, talvez tenha sido na dor do sofrimento experimentado pela civilização nas duas Grandes Guerras que a afirmação tenha recebido especial atenção. A Humanidade compreendeu, "mais do que em qualquer outro período da História, o valor supremo da dignidade humana"[6].

> Surge agora à vista o termo final do longo processo de unificação da humanidade. E, com isto, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: ou a humanidade cederá pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente técnica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética[7].

[5] PARENTE, Analice Franco Gomes; REBOUÇAS, Marcus Vinícius Parente. *A construção histórica do conceito de dignidade da pessoa humana.* Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b27c40f1f7fb. Acesso em: 10 ago. 2018.

[6] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55.

[7] *Op. cit.*, p. 57.

Hannah Arendt também emergiu para explicar a dignidade, embora tenha alertado que "talvez os verdadeiros transes do nosso tempo somente venham a assumir a sua forma autêntica – embora não necessariamente a mais cruel – quando o totalitarismo pertencer ao passado"[8]. Por isso, a reflexão sobre os direitos humanos se justifica para que se possa verdadeiramente ponderar sobre sua necessidade antes que novamente se instale qualquer tipo de ameaça de grande envergadura. Luana Turbay, ao refletir sobre Arendt e sob a "lente" da compreensão a partir do totalitarismo, entende:

> A partir desta perspectiva caberá ao homem, como ser racional supostamente capaz de manipular o processo histórico, controlar as condições em que vive e adaptar-se a elas. Proceder à elaboração teórica das transformações pelas quais as instituições de controle deverão passar e manipular o próprio modo de existência dos homens via organização institucional, mesmo que para isso tenha que ser deformada a própria humanidade[9].

Assim, percebe-se que a dignidade humana, efetivamente, é o núcleo do Art. 22 da DUDH, inclusive, porque representa valor fundamental da ordem jurídica contemporânea, pátria e internacional.

O segundo direito que emerge do Art. 22 da DUDH consiste no livre desenvolvimento da personalidade. Em que pesem as múltiplas possibilidades hermenêuticas para explicar o conceito adota-se a ideia de emancipação humana, centrada na autonomia do ser para a escolha da felicidade e o encontro dos próprios caminhos. A doutrina indica que foi na Alemanha onde a expres-são encontrou amparo doutrinário e jurisprudencial na Lei Fundamental de Bonn, afinal, assegurava: "Todos têm direito ao livre desenvolvimento de

[8] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo.* Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 512.

[9] TURBAY, Luana. *A dimensão política da dignidade humana em Hannah Arendt*. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/93159/turbay_l_me_mar.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 14.

sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral"[10].

Com a proteção da personalidade, o que o direito busca tutelar é a identidade, "a capacidade de a pessoa desenvolver suas características individuais, especiais, o modo de pensar e de agir, sua ideologia, a construção de seus valores, seus sonhos, seus projetos de vida. É tutelar a individualidade inerente a cada pessoa"[11]. Significa dizer que cada um pode eleger (livremente) seu próprio modo de vida, exercendo suas opções quando quiser, encontrando os limites dessa possibilidade quando prejudicar outrem. Essa liberdade, aliás, vai além. Para Felipe Miranda, não se trata apenas de desenvolver sua personalidade e fazer com que o Estado não permita interferências (aspecto omissivo), mas, um "dever de ação do Estado, em possibilitar meios para que o indivíduo desenvolva sua personalidade da forma que lhe aprouver"[12]. Rodrigo Pereira Moreira explica que após o Art. 22 da DUDH, o "livre desenvolvimento da personalidade" ou "o desenvolvimento da pessoa humana" acabou sendo incorporado por várias Constituições, com exceção do Japão e da Coréia do Sul, que preferiram consagrar a expressão "busca da felicidade"[13].

Assim, tanto o direito à dignidade quanto ao livre desenvolvimento da personalidade, representam direitos que tornam as pessoas humanas e as diferenciam de outros seres, assegurando evolução material e, acima de tudo, espiritual. Não fosse assim, tornar-se-ia difícil diferenciarem-se de outros seres vivos. Não se trata de entender o ser humano como superior aos demais seres e epicentro das relações vivas, mas, sim, de responsável para assegurar a profícua

---

[10] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 328.

[11] MIRANDA, Felipe Arady. *O Direito Fundamental ao Livre Desenvolvimento da Personalidade.* RIDB, Ano 2 (2013), n 10. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11175_11211.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 1178.

[12] *Op. cit.*, p. 1179.

[13] MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade: caminhos para a proteção e Promoção humana.* Dissertação de Mestrado, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13228/1/DireitoLivreDesenvolvimento.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018, pp. 85-86.

convivência, uma vez que é dotado de razão para as escolhas discricionárias. Não havendo essa autoconsciência e esse polimento da razão de existir rebaixar-se-ia a civilização humana aos demais seres, conduzidos pelo instinto e pela pura sobrevivência.

Quanto ao direito à segurança social tem-se que consiste na satisfação das necessidades dos cidadãos face às situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, impondo ao Estado a obrigação de organizar um sistema capaz de satisfazer essa carência. Maria Inês de Oliveira Martins expõe que a segurança social aparece como necessidade de sistema público que não poderia ser suficientemente coberto, caso fosse deixado à iniciativa dos mercados ou dos beneficiários[14]. Dessa forma, é possível entender que segurança social possui duas vertentes: uma, que compete ao Estado garantir e viabilizar enquanto Ente jurídico dotado de tal competência; outra, que emana da própria sociedade e que será vertida na Lei Fundamental do Estado enquanto reflexo dos valores elementares daquele coletivo.

Enquanto direito constitucionalizado à segurança social, cada Ente Estatal deve possuir em seu direito positivado obrigações que lhe competem em relação às quais não pode se eximir, no intuito de assegurar ao cidadão a satisfação de necessidades que façam frente à falta ou diminuição de condições mínimas de subsistência ou de capacidade laboral. Ao Estado caberá a responsabilidade pela cobertura dos riscos sociais, pois ao contrário estar-se-ia frente à destruição da solidariedade coletiva, agravando as desigualdades e reforçando o individualismo. "Não é exagero afirmar que, em determinados contextos, a luta pelo direito humano à seguridade social corresponde à luta contra a pretensão de mercantilização de algumas dimensões da vida"[15].

---

[14] MARTINS, Maria Inês de Oliveira. *Do Direito à Segurança Social*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/35527/1/BCE56_artigo3.pdf?ln=pt-pt. Acesso em: 10 ago. 2018.

[15] BRASIL. *Direito à seguridade social. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos*, 2013. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/005434POR.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 24.

Essa necessidade de segurança decorre da condição humana de determinada sociedade que esboça sua preocupação frente ao reconhecimento dos infortúnios do cotidiano, especialmente consignados na tutela do direito à saúde, à previdência social, à assistência social e ao seguro desemprego. Nesses casos, é a solidariedade que rege o bem-viver coletivo enquanto resposta às situações de grave carência humana. Naturalmente, trata-se de uma opção do coletivo.

> Paralelamente ao capitalismo mundializado há, também, um sentimento de solidariedade que se eleva na busca de relações equânimes. A situação é resultado da diversidade de atores interagindo: pessoas humanas, Organizações Não Governamentais (ONGs), blocos regionais, corporações transnacionais (CTNs), entre outros. Todos esses sujeitos tanto podem cooperar entre si quanto concorrer. A motivação para interagir decorre dos interesses em jogo[16].

Assim, qualquer reflexão sobre o sistema de segurança social necessita ponderar tanto sobre o conteúdo dos direitos sociais dos cidadãos e dos respectivos deveres que nesse domínio cabem primordialmente ao Estado, quanto pela análise de valores fundamentais que presidem a concepção desses direitos e deveres, tal como vertidos na Constituição, enquanto Lei Fundamental de determinada ordem jurídica.

Trata-se de discussão sobre direito elementar para um ordenamento que consagra a dignidade da pessoa humana na íntegra enquanto ser no mundo real, vale dizer, sujeito singular e passível de ser captado pelos sentidos, absorto de criações imaginárias ou idealizadas. Decorre, portanto, premência em oportunizar condição mínima a esse ser humano, capaz de fazer frente à desigualdade de oportunidades e, por intermédio do ordenamento, superar a miserabilidade da existência. O direito à segurança social inscreve-se

[16] STELZER, Joana. *Direito do Comércio Internacional: do Free Trade ao Fair Trade*. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 144-145.

nos direitos econômicos, sociais e culturais, mas, é juntamente com os direitos civis e políticos, que formam um conjunto coeso e robusto.

Historicamente, a Declaração de Filadélfia[17], de 1944, é compreendida na qualidade de norma internacional inauguradora da segurança social, acolhida pela DUDH (1948) (especialmente, mas, não exclusivamente, acolhida neste Art. 22) e, posteriormente, reforçada pelo PIDESC, de 1966[18].

Depois, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), avançou-se ainda mais em 1952 com a Convenção nº 102, denominada Convenção Concernente às Normas Mínimas para a Seguridade Social; e, em 1962, com a Convenção nº 118, chamada Convenção sobre a Igualdade de Tratamento dos Nacionais e não Nacionais em Matéria de Previdência Social.

A Convenção nº 102, provavelmente, representou o mais emblemático documento da OIT, pois trouxe o delineamento mínimo para a seguridade social. Sob tal ênfase, destacou a prestação de serviços médicos (arts. 7º a 12), o auxílio-doença (arts. 13 a 18), as prestações de desemprego ou seguro-desemprego (arts. 19 a 24), a aposentadoria por velhice (arts. 25 a 30), as prestações em caso de acidente de trabalho e de doenças profissionais (arts. 31 a 38), as prestações de família (arts. 39 a 45), as prestações de maternidade (arts. 46 a 52), a aposentadoria por invalidez (arts. 53 a 58), pensão por morte (arts. 59 a 64), além do cálculo dos pagamentos periódicos e a igualdade de tratamento para os residentes e estrangeiros. À Convenção nº 118, por sua vez, coube inovação da proposta de igualdade no tratamento a nacionais e estrangeiros em matéria de previdência social, ainda que sujeita a determinadas condições contributivas e participativas e que pudessem vir a ser objeto de

[17] A Declaração da Filadélfia, de 04/07/1776, reafirmou os objetivos da OIT. Em virtude dos efeitos da Grande Depressão de 1929 e da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a OIT adotou a Declaração da Filadélfia como anexo de sua Constituição. A Declaração trouxe parâmetros para a Carta das Nações Unidas (CNU) e para a DUDH.

[18] Com destaque para o art. 9º, PIDESC – Os Estados membros no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

acordos mútuos (multilaterais ou bilaterais), em complemento ou garantia a essas disposições.

No Relatório "Segurança social para a justiça social e uma globalização justa", a OIT frisa que a segurança social "é direito humano, ao qual, todas as pessoas, em qualquer sociedade, deveriam ter acesso; é também um pré-requisito para a coesão e a justiça social. Constitui uma ferramenta poderosa para diminuir a pobreza e a desigualdade [...]"[19]. Com efeito, emerge fundamental eleger mecanismos sociais eficazes para definir limites ao funcionamento dos mercados capitaneados exclusivamente por aspectos econômicos.

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, referem-se ao direito à educação, ao alojamento adequado, à comida, à água, às condições dignas de trabalho e aos mais elevados padrões de prestação de cuidados de saúde físicos e mental. Em verdade trata-se de elenco longo, que admite muitas digressões e subdivisões[20]. Além de a previsão contida na DUDH, foi o PIDESC (1966) que buscou tornar juridicamente vinculantes esses dispositivos frente aos Entes Estatais. Para esses, há previsão de longo prazo para sua realização, esperando que sejam os investimentos dos Estados (sujeitos desses deveres) que o efetivem (Princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais).

Não se pode olvidar que toda a forma de pensar o econômico-jurídico está inserida em contexto de globalização e que a NOEM estrutura-se em função do esgotamento dos sistemas tradicionais de acumulação de capital. Tal circunstância leva a perseguir-se e harmonizar-se o bem-estar mundial, o desenvolvimento global dos povos e a manutenção da raça humana sob as condições de "vida

[19] OIT (Organização Internacional do Trabalho). *Segurança social para a justiça social e uma globalização justa.* Disponível em: http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatoriosegurancasocial_2011.pdf. Acesso em: 10 ago. 2018.

[20] A título de exemplo: o direito ao trabalho; à associação sindical; à greve; à previdência social; à constituição e manutenção da família; à proteção especial de crianças e adolescentes; à proteção contra a fome; à cooperação internacional; à saúde física e mental; ao desenvolvimento da personalidade humana; ao respeito; à cultura dos diversos povos; ao progresso científico e tecnológico; dentre outros.

fraternas e, no mínimo, suficientes, inclusive, segundo internacionalização dos mercados e do capital, gerando-se a equalização no nível de emprego mundial, nas condições dignas dos povos e na realização de fins sociais"[21].

Dois são os caminhos a serem trilhados para o alcance dos direitos contemplados no Art. 22 da DUDH (esforço nacional e cooperação internacional) e a necessária harmonia com a organização do Estado e seus recursos. Destarte, é por intermédio do esforço nacional e da cooperação internacional que os respectivos direitos serão efetivados. O denominado "esforço nacional" configura qualidade política de Estado, decorrente da articulação de forças do território nacional. Aguarda-se, assim, que os países executem iniciativas concretas que permitam o alcance dos direitos estampados no documento. A implementação dos preceitos da DUDH necessita permanente processo de sensibilização e formação de consciência crítica nos respectivos Estados, direcionando o encaminhamento de reivindicações e a formulação de propostas para políticas públicas efetivas no alcance dos direitos. O esforço nacional ocorre no mundo concreto, no qual seja possível perceber ações consistentes. Com isso, espera-se sensibilização de autoridades, fortalecimento de programas públicos, fomento de centros de formação, criação de comissões que implementem e acompanhem as propostas, capacitação de profissionais, enfim, um conjunto de ações que verdadeiramente assegure os compromissos assumidos.

Além do esforço nacional, por intermédio da cooperação internacional igualmente se aguardam conquistas que avancem na concretização dos direitos humanos. Não poderia ser diferente, já que é na seara do Direito Internacional que se estabelece a DUDH. Ademais o pressuposto da cooperação decorre da própria Carta de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDHNU) em seus artigos 1º, § 3º e 55. Enquanto o Art. 1º, § 3º estabelece que o propósito das Nações Unidas consiste em: "3. Conseguir uma cooperação

[21] GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. *O Direito e a Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito*. Disponível em: https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/595/138. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 209.

internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião", o Art. 55 especifica: "Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: [...] b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional".

Finalmente, cumpre lembrar que tudo será feito em consonância com a organização e os recursos de cada Estado. Desde sua origem os Estados possuem processo de formação e organização político-econômico-jurisdicional própria e singular, iniciada pelo nascimento estatal e, posteriormente, aperfeiçoada por parâmetros políticos e jurídicos internos. O alcance da DUDH está adstrito e respeita essa organização, vale dizer, essa vontade coletiva e específica de articulação institucional e de harmonização das forças pátrias.

Outro aspecto que deve ser respeitado refere-se ao fato dos direitos contemplados no Art. 22 da DUDH, encontrarem limite nos recursos de cada Estado. Os compromissos assumidos pelos Estados acarretam todo um manancial de iniciativas, muitas vezes de significativo valor para que possam avançar. Portanto, o alcance desses direitos está "ligado a um conjunto de prestações positivas do Estado que se faz indispensável, pois a garantia da satisfação desses direitos de igualdade corresponde a toda uma estrutura para sua aplicabilidade cotidiana, impondo aos Estados altos investimentos de recursos financeiros e humanos"[22]. Assim em que pese a importância da DUDH enquanto valioso instrumento de fomento internacional, o seu Art. 22 reconhece a limitação de alguns países membros em dispor de recursos econômicos e humanos para a consecução do dispositivo.

[22] BRASIL. Direito à seguridade social, p. 24.

3. A Nova Ordem Econômica Mundial (NOEM), os Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (DDEE); os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) e o Direito ao Desenvolvimento (DD).

No âmbito da ONU, as tentativas para equalizar Ordem Mundial inclusora e progressista, com efetivos avanços para a proteção dos DH em uma práxis econômico-social fraterna, uma pragmática política igualitária e uma prática jurídica justa têm sido, incansavelmente, implementadas. As Ciências, Politicas, Jurídicas e Econômicas, no entanto, para além de sua própria onti-cidade, espelham as imposições das vivencias históricas, temporais e locais da fenomenologia social. Não por outro motivo que as Ciências acompanham e justificam o meio produtivo econômico-social (Sistema Econômico) e a força política (Regimes e Sistemas de Governo). Moll assim expressa:

> A Ciência, como força produtiva no sistema de produção capitalista, é a condição objetiva pela qual se processam as mudanças estruturais, sejam as materiais, políticas, sociais e "por cause" formais ou, propriamente, jurídicas. Para os cientistas sociais este **contexto de transformações gera perplexidades** porque seus tradicionais esquemas explicativos, nas diversas áreas de conhecimento, não tem respostas para fenômenos desconhecidos e inéditos na história da humanidade (grifo nosso)[23].

Tal é o avanço da voracidade humana em perseguir objetivos tão pouco nobres e, até mesmo, tão necessários para a perpetuação da espécie (como, *v.g.* a proteção ambiental) que Diniz, na Federal de Minas Gerais, já advertia:

---

[23] MOLL, Luiza Helena. Externalidades e apropriação: projeções sobre o Direito Econômico na nova Ordem Mundial. *In:* Trindade, Antonio Augusto Cançado [*et al*.]; Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional:* estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 140.

> (...) tal é a característica principal de nossas relações econômicas internacionais. Inúmeros economistas chegaram a denunciar a preocupação com os direitos humanos como perigoso entrave ao desenvolvimento econômico. Perdemos todo o referencial de uma economia humana. O Deus sanguinário do mercado tritura muito mais vítimas do que todos os sacrifícios realizados pelas primitivas civilizações. Vivemos um irracional assustador. Mais grave ainda, não nos demos conta de uma civilização necrófila que ameaça destruir grande parte do legado espiritual de milênios. Da fome de lucros surge a incapacidade de uma verdadeira convivência internacional[24].

O paradoxo contemporâneo traz perplexidades na medida em que a ideologia liberal, legitimadora do Estado de Direito, hodiernamente, inclina-se pela sua minimalização, flexibilização das relações de produção, desconstitucionalização de direitos historicamente conquistados e; mesmo, a dissolução das amarras legislativas para o avanço do capital. De outra banda, o pensamento marxista que pregava, como utopia, a extinção do Estado e do Direito, percebe, agora, como baluarte indispensável para defesa dos direitos básicos do indivíduo, a preservação do Estado. Moll ainda adverte:

> Em termos de projeto pós-industrial, na era da automação, (...) É a fase do capitalismo flexível, do mercado desregulado e da flexibilização dos direitos dos trabalhadores, também designado capitalismo desorganizado em oposição ao capitalismo organizado. O paradoxo - (...) em uma reestruturação político-econômico-social de liberalização dos mercados verifica-se o recrudescimento da legislação em termos de direito econômico[25].

---

[24] DINIZ, Arthur. A Fome de Lucros. *In* Trindade, Antonio Augusto Cançado [*et al*.]; Ricardo Antonio Lucas Camargo (org.). *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional:* estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 39.
[25] MOLL, Luiza Helena. *Op. cit.*, p. 140.

A pragmática neoliberal propagou-se desde os anos sessenta, com Friedrich Von Hayek, e, pragmaticamente, com os governos de Margaret Thatcher (1979-1990), Helmut Kohl (1982-1998) e Ronald Reagan (1981-1989). No Brasil, lembre-se do Governo Collor de Mello (1990-1992). Em meio à expansão neoliberal e já com a preocupação quanto aos direitos político-econômico-sociais básicos, implementava-se a Declaração para o estabelecimento de uma Novel OEM segundo a Resolução 3.201, de 01/05/1971; bem como, o Plano de Ação para o Estabelecimento da NOEM, conforme a Resolução 3.202, de 01/05/1974 tomada durante a 2.229ª Reunião do Plenário. A referida Carta inicia, afirmando:

> Nós os membros das Nações Unidas; (...) Solenemente proclamamos nossa determinação de trabalhar urgentemente para o estabelecimento de uma **nova ordem econômica internacional**, baseada na **equidade, na soberania, na igualdade, na interdependência, no prevalecimento do interesse comum e na cooperação entre todos os Estados**, independentemente de seus sistemas econômicos ou sociais, no sentido de reparar desigualdades e injustiças, eliminar a lacuna existente entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento social, baseada ainda na paz e na justiça para as presentes e futuras gerações, e, para esse fim (...). (grifo nosso).

No bojo do Texto da Novel proposta para uma Ordem Econômica Internacional (OEI) verificam-se os seguintes fundamentos e necessidade de respeitarem-se os seguintes princípios:

> A **Igualdade soberana dos Estados, a autodeterminação dos povos**, a inadmissão da aquisição de territórios pela força, a integridade territorial e a não interferência em transações internas de outros Estados; b) A ampla **cooperação por parte de todos os Estados-membros** da Comunidade Internacional, baseada na equidade, pela qual as disparidades predominantes do mundo possam ser banidas e a prosperidade assegurada a todos; c) Total e efetiva participação, sob a base de **igualdade entre todos os países, na solução dos problemas econômicos de**

interesse comum, tendo em mente a necessidade de **assegurar o acelerado progresso dos países em desenvolvimento,** bem como para os atingidos por crises econômicas ou calamidades naturais; d) O direito de todo país de **adotar o sistema econômico e social que pareça ser o mais apropriado** ao seu próprio desenvolvimento e a sua não sujeição a qualquer tipo de discriminação como resultado dessa atitude; e) Total **soberania permanente de todo Estado** independentemente de seus recursos naturais e atividades econômicas. Para resguardar seus recursos, cada Estado é encarregado de exercer controle efetivo sobre os mesmos e sobre sua exploração, através de meios condizentes com sua própria situação, incluindo o direito de nacionalização e transferência de propriedade aos seus nacionais; este direito é uma expressão da soberania permanente de cada Estado. Nenhum Estado pode ser sujeito à coerção política, econômica ou de qualquer outro tipo que impeça o livre exercício de seu inalienável direito; f) O direito de todos os Estados de serem **indenizados (compensados) pela exploração e dano aos seus recursos naturais e outros,** ocorridos quando ainda estavam sob ocupação estrangeira, dominação colonial ou "Apartheid"; g) **Regulamentação e Supervisão das atividades de corporações transnacionais**, adotando medidas de interesse das economias nacionais dos países onde essas corporações operam baseadas na total soberania de suas próprias nações; h) O **direito dos países em desenvolvimento e dos povos pertencentes a territórios sob dominação colonial e racial ou ocupação estrangeira, de atingir a sua liberação e obter controle efetivo sobre seus recursos naturais e sobre suas atividades econômicas;** i) A extensão da **assistência aos países em desenvolvimento**, povos e territórios os quais estão sob dominação colonial e estrangeira, discriminação racial ou "Apartheid": ou que estão sujeitos a medidas coercitivas de ordem política, econômica ou de qualquer outro tipo, medidas estas que intentem obter deles a subordinação do exercício de seus direitos soberanos e assegurar sobre eles vantagens de todo o tipo, neocolonizá-los de todas as formas e estabelecer efetivo controle sobre os

recursos naturais e atividades econômicas que estiveram ou ainda estão sob o controle estrangeiro; j) Um **justo e equitativo relacionamento entre os preços das matérias-primas, artigos principais**, manufaturados e semimanufaturados exportados pelos países em desenvolvimento, e os preços dos mesmos quando importados, com o intuito de incrementar o seu desenvolvimento (nos seus insatisfatórios termos de comércio) e a expansão da economia mundial; k) Extensão da assistência ativa aos países em desenvolvimento por parte de toda a Comunidade Internacional, independente de qualquer condição política ou militar; l) Garantia de que um dos principais objetivos do Sistema Monetário Internacional reformado será a **promoção do desenvolvimento dos países subdesenvolvidos** e o adequado fluxo de recursos aos mesmos; m) **Incremento da valorização dos materiais naturais** em face da competição com substitutos sintéticos; n) Um **tratamento preferencial e não recíproco para com os países em desenvolvimento,** quando e onde quer que seja praticável, em todos os campos da cooperação econômica internacional; o) Garantia de condições favoráveis à transferência de **recursos financeiros aos países em desenvolvimento**; p) Oferecimento aos países em desenvolvimento de **acesso às realizações da ciência moderna e da tecnologia e a promoção da transferência de tecnologia** e de tecnologia indígena para o benefício desses países, de forma compatível com os procedimentos tomados em suas próprias economias; q) A necessidade de todos os Estados porem um **fim ao desperdício de recursos naturais, incluindo produtos alimentícios**; r) A necessidade dos países em desenvolvimento voltarem todos os seus recursos ao seu próprio desenvolvimento; s) O fortalecimento de uma **cooperação técnica, financeira, comercial e econômica mútua entre os países em desenvolvimento**, através da atividade coletiva e individual, principalmente sobre uma base preferencial; t) Encaminhamento da ação de associados produtores dentro da estrutura da cooperação internacional e, de acordo com seus objetivos, estímulo ao crescimento da economia mundial e à aceleração do progresso dos países em desenvolvimento. [...] 7- A

> presente Declaração para o Estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional será uma das mais importantes bases das relações entre povos e nações[26]. (grifo nosso).

A sua vez, a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (CDDEE), concretizada na Resolução 3.281, (XXIX) e aprovada na 2.315ª Sessão Plenária de 12/12/1974 destaca:

> Preambulo [...] Capítulo I Princípios Fundamentais das Relações Econômicas Internacionais. As relações econômicas, políticas e de outra índole entre os Estados reger-se-ão, entre outros, pelos seguintes **princípios:** a) Soberania, integridade territorial e independência política dos Estados; b) Igualdade soberana de todos os Estados; c) Não agressão; Não intervenção; e) Benefício mútuo e equitativo; f) Coexistência pacífica; g) Igualdade de direitos e livre determinação dos povos; h) Solução pacífica das controvérsias; i) Reparação das injustiças existentes pelo império da força que privem a uma nação dos meios naturais necessários para seu desenvolvimento normal; j) Cumprimento de boa fé das obrigações internacionais; k) Respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; l) Abstenção de todo intento de buscar hegemonia e esferas de influência; m) Fomento da justiça internacional; n) Cooperação internacional para o desenvolvimento; o) Livre acesso ao mar e desde o mar para os países sem litoral dentro do marco dos princípios acima enunciados. [...] Art. 31. Todos os **Estados têm o dever de contribuir para a expansão equilibrada da economia mundial,** tendo devidamente em conta a estreita relação que existe entre o bem-estar dos países desenvolvidos e o crescimento e desenvolvimento dos países em desenvolvimento, e tendo em conta que a prosperidade da comunidade internacional em seu conjunto depende da prosperidade de suas partes constitutivas. (grifo nosso).

[26] ONU BR (Organização das Nações Unidas Brasil). *Nova Ordem Econômica Mundial (NOEM).* Resolução 3.202, de 01/05/1974.

No mesmo sentido o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)[27], adotado pela AGNU

[27] Para além do destacado, podem, ainda ser lembrados os seguintes artigos: [...] ARTIGO 4º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compa-tível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática. ARTIGO 5º 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas. 2. **Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais** reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regu-lamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau. [...] ARTIGO 10 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: 1. Deve-se conceder à **família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis**, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimonio deve ser contraí-do com o livre consentimento dos futuros cônjuges. 2. Deve-se conceder **proteção especial às mães** por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. 3. Devem-se adotar medidas especiais de **proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes**, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se **proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social.** O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento norma, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assa-lariado da mão-de-obra infantil. ARTIGO 11 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o **direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e mo-radia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida**. Os Estados-Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados-Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as

em 19/12/1966, e internalizado, no Brasil, pelo Decreto n° 591, de 06/07/1992, em conformidade com a DUDH, especialmente, dispõe:

> ARTIGO 1º 1. Todos os povos têm direito a **autodeterminação**. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem **dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais**, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência. [...] ARTIGO 3º Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a **assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais** enumerados no presente Pacto. [...] ARTIGO 6º 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o **direito ao trabalho,** que compreende o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, e tomarão

---

medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: a) **Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios** pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma **repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais** em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios. ARTIGO 12 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possí-vel de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças; b) **A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente**; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (grifo nosso).

medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada Estado Parte do presente Pacto tomará a fim de assegurar o pleno exercício desse direito deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas e técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais. ARTIGO 7º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de **condições de trabalho justas e favoráveis,** que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual; ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) A segurança e a higiene no trabalho; c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos. ARTIGO 8º 1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O **direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos** e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias; b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas. c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer

limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas: d) O **direito de greve**, exercido de conformidade com as leis de cada país. 2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública. 3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção. ARTIGO 9º Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à p**revidência social, inclusive ao seguro social.** [...] ARTIGO 13 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o **direito de toda pessoa à educação**. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o **respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.** Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do

ensino gratuito; d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primaria ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 1. Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado. ARTIGO 14 Todo Estado-Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos. ARTIGO 15 1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) **Participar da vida cultural; b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações; c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor**. 2. As Medidas que os Estados-Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura. 3. Os Estados-Partes do presente Pacto

> comprometem-se a respeitar a **liberdade indispensável à pesquisa cientifica e à atividade criadora.** 4. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do **fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura**. (grifo nosso).

Em adequado diapasão, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (DDD), adotada pela AGNU segundo a Resolução 41/128, de 04/12/1986. Destaca:

> Artigo 1º § 1. O **direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável**, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a **participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político,** para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. [...] Artigo 2º § 1. **A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e** deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. § 2. **Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente,** levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento. § 3. **Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento,** que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. [...] § 3. Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a **promover uma nova ordem**

> **econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos.** [...] § 2. Todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. [...] Artigo 8º § 1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, *inter alia*, **igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda.** Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais. (grifo nosso).

A referida Declaração releva os princípios da Carta das Nações Unidas relativas à realização da cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito aos DH e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Conceitua desenvolvimento como "processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes".

Reconhece a DUDH, o PIDES Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP); além de outros Acordos, Convenções, Resoluções e Recomendações relativos ao desenvolvimento integral do ser humano, ao progresso econômico e social e desenvolvimento de todos os povos, inclusive os instrumentos relativos à descolonização, à prevenção de discriminação, ao respeito e observância dos direitos humanos e das

liberdades fundamentais, à manutenção da paz e segurança internacionais e maior promoção das relações amistosas e cooperação entre os Estados. Considera a paz e a segurança internacionais como elementos essenciais à realização do direito ao desenvolvimento que é um direito humano inalienável, sendo que a igualdade de oportunidade para o desenvolvimento é prerrogativa tanto das nações quanto dos indivíduos.

Em que pese o caráter normativo dos Atos Internacionais enunciados, para além de serem considerados *soft Law*, no Direito Internacional; uma vez assinados e internalizados, os referidos pactos; devem inspirar e determinar legislações internas nos países signatários, tornando-se documentos cogentes e, portanto, necessariamente obrigatórios de serem observados, enaltecendo-se e priorizando-se o desenvolvimento econômico-social em sintonia com os Direitos Humanos.

Ao que se percebe, o desiderato dos plenipotenciários, na ONU, então, foi, e é, o desenvolvimento econômico-social coadunando-se a NOEM, os DDEE, os DESC e a DUDH para que se viabilize, derradeiramente, efetivo e promissor Direito ao Desenvolvimento (DD). Destarte, devem tais Instrumentos normativos, na órbita internacional, serem aplicados e interpretados de forma a romperem-se os extremismos Capitalistas e Socialistas; para tanto, identificando-se os erros e acertos da presente política neoliberal.

Como principais características das medidas neoliberais podem ser enumeradas as seguintes: a) a economia almeja, em primeiro plano o crescimento econômico e não o desenvolvimento; b) a redução da ação do Estado – Estado-Mínimo; c) a eliminação de programas de caráter geral, no nível social; para a implementação de ajudas pontuais a determinados grupos; d) a privatização de empresas estatais; e) a abertura comercial de fronteiras para produtos e capitais sem o devido respaldo ao mercado interno dos países; f) a dívida externa torna-se cada vez mais impraticável; g) a gestão da economia nacional visa obstinado acerto do caixa através da manipulação de variáveis macroeconômicas, orçamento fiscal, balança de pagamentos, controle da inflação e outras medidas de cunho

meramente econômico sem, contudo, levar em conta o custo social; h) a política de aumento do "bolo" para posterior distribuição da renda protela-se no tempo sem efetivos resultados; i) a eliminação dos direitos sociais e legislações que porventura impeçam a expansão do capital; j) a concentração da riqueza se faz pela concessão de benesses tributárias a grupos poderosos em uma tentativa da busca de aceleração para o processo de industrialização; k) a política coloca-se a serviço da chamada economia livre propiciando condições favoráveis para o exercício do livre mercado e impondo controles – regulamentos – para conter avanços sociais que onerem o sistema.

Quanto aos aspectos positivos das medidas neoliberais flexibilizadoras da economia tem-se: a) o aumento da oferta e da qualidade de bens e serviços a preços melhores; b) a redução da inflação; c) a liberação dos governos quanto às tarefas que não lhes competem; d) a conscientização do dever de austeridade fiscal e; e) o estreitamento de relações comerciais entre as nações.

No que concerne aos aspectos negativos das medidas neoliberais enumeram-se: a) o desequilíbrio pela concentração da renda; b) a multiplicação dos desempregados e da economia informal; c) a falência de pequenas e médias empresas; d) o êxodo rural e indígena; e) a expansão do narcotráfico; f) a falta de planejamento e segurança alimentar; g) o aumento do índice de criminalidade; h) a fome nos países em desenvolvimento; i) a vulnerabilidade das economias nacionais frente a movimento de capitais internacionais especulativos; j) o mal-estar social levando a protestos, greves e movimentos reivindicativos de melhores condições de vida, em detrimento da corrupção, da desigualdade e da miséria; k) a racionalidade econômica neoliberal concebe o ser humano como mero "gerador de renda monetária" exacerbando seu egoísmo e a corrida para o "ter" sempre mais e mais; l) a imposição da ideologia da liberdade individual como meio para poder atender, sem restrições, a satisfações e prazeres considerados legítimos – erotismo e droga e; m) a destruição de valores locais em detrimento do processo globalizante.

Para fazer frente aos desafios econômico-sociais do Sec. XXI; passa a ser possibilidade interessante, então, a aplicação e

interpretação jurídico-econômica do Direito Internacional, seja na esfera da NOEM, dos DDEE, dos DESC e da DUDH ou, ainda, do desejado e propalado Direito ao Desenvolvimento (DD), conforme ao PEES.

4. O Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES)

O Princípio da Eficiência Econômico Social (PEES)[28] foi, inicialmente, intuído a partir das *Economic Schools*[29] próprias da Análise Econômica do Direito (AED) conforme visão econômico-jurídica, que surgiram a partir de pioneiros como Ronald Coase (1960)[30], Guido Calabresi (1961)[31] e Richard Allen Posner (1977)[32].

---

[28] Para maiores esclarecimentos sobre o PEES, ver, dentre outras obras: GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. *In:* OPUSZKA, Paulo Ricardo e SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho (Orgs.), *Revista Jurídica do Unicuritiba*, v. 3, n. 32, 2013. Pp. 128-162. ISSN 0103-3506. Disponível em http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/682. Acesso em: 10 ago. 2018; _____ e _____, O Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *In Sequencia*. V. 35, n. 68. Florianópolis, SC. 2014, pp. 261-290. ISSN 2177-7055. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v 35n68 p261. Acesso em: 10 ago. 2018; e _____ e _____. Eficiência e Direito: pecado ou virtude, uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *In: Revista Jurídica do UNICURITIBA*. Curitiba, PR: Unicuritiba. Revista Eletrônica, v. 1, n. 28. 2012, pp. 77-122. ISSN 0103-3506. Disponível em: http://revista.unicuritiba. edu.br/index. php/RevJur/article/view/412/317. Acesso em: 10 ago. 2018.

[29] Andrés Roemer chama a atenção para as seguintes vertentes doutrinárias sobre os estudos jurídico-econômicos: o tradicional – encabeçado por Richard Allen Posner; o neoinstitucional – destacado por Oliver Williamson ou, também, conhecido como *property rights* – enfatizados por Frank Stephen*;* a *public choice* de Gordon Tullock e James Buchanan; para além dos Estudos da Crítica Jurídica de Roberto Unger Mangabeira. Consagrou-se a expressão *Law and Economics* para designar o enfoque tradicional da Escola de Chicago. Neste trabalho, adota-se a expressão AED como corolário dos movimentos que, de alguma forma, implicam no uso da Microeconomia para a análi-se/interpretação do Direito. Ver in ROEMER, Andrés; *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Tradução José Luis Pérez Hernández. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 4.

[30] Ronald Coase, economista, foi professor de Richard A. Posner, no final dos anos cinquenta. Na *Virginia University*, escreveu divorciando-se das teorias de Arthur

Entende-se, pois, que o método analítico-interpretativo-construtivista da AED torna o Direito consequencialista e jurídico-persuasivo esgotando o paradigma jurídico-coercitivo vigente e determinando o comportamento social segundo análise da relação de custo e benefício. Assim, a prática jurídico-econômica de mercado-social deve refletir fenômeno jurídico-social conforme realidade inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de dialética social-econômico-normativa inclusiva e progressista, ainda conforme ao que se defende como Mínimo Ético Legal (MEL) e segundo o PEES.

Como postulados da AED defendem-se: a um, o individualismo metodológico, segundo a racionalidade maximizadora economicista; a dois, necessária harmonia entre as normas jurídicas e as leis econômicas e; a três, o paradigma jurídico deve volver-se para a agilização e fluidez das relações de produção, maximização dos lucros e otimização da produção e utilização da riqueza individual e social; ao que se acrescenta a necessidade de ação inclusora e responsável social e ambientalmente. É nessa perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado e do Direito para resolução de controvérsias segundo (re) distribuição de renda e alocação de

---

Cecill Pigou, defendendo a necessária e eficiente reparação do custo social, segundo quem melhores – eficientes – condições tivesse para arcar com o ônus da internalização, no cálculo econométrico, principalmente, das chamadas externalidades negativas. Defendeu, como principal axioma, que quando os custos de transação estão zerados, é indiferente a adjudicação de direitos e *vice-versa*. Para maiores informações, ler COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. V. 3. *The Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1.

[31] Guido Calabresi é professor de Yale. Ver, dentre outras obras: CALABRESI, Guido. *El Coste de los Accidentes: Análisis Económico Y Jurídico de la Responsabilidad Civil.* Tradução Joaquin Bisbal. Barcelona: Ariel, 1984 e _____. Some Thoughts on Risk Distribution and the law of Torts. V. 70. *Yale Law Journal.* p. 499, 1961.

[32] Richard A. Posner foi Juiz da 7ª Corte de Apelação dos Estados Unidos da América (EUA) em Chicago, Illinois, onde, hoje, exerce as funções de professor - *Senior Lecturer* - na Universidade de Chicago. Em 1973, publicou, pela primeira vez, sua obra *Economic Analysis of Law*. Ver POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7ed. Boston: Austin: Kluwer. 2007.

recursos a partir de tomada de decisão racional consideradora do social sob a égide do PEES, ampliando a riqueza, porém, sem descuidar da necessária inclusão social como forma ideal de eliminação das externalidades negativas.

Eficiência, por excelência conceitua-se através de Vilfredo Pareto (1984), de Nicholas Kaldor (1939) e de John Hicks (1939). Assim a doutrina econômica conhece o que se chama de melhoria de Pareto, ótimo de Pareto e critério de compensação potencial de Kaldor-Hicks.

Para além dos conceitos de eficiência produtiva, alocativa e de escopo, entende-se, o PEES segundo maximização de resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. O PEES considera, no cálculo econométrico, as variáveis de cunho social e temporal que, corretamente valoradas, devem ser internalizadas de forma que a relação de custo e benefício demonstre a realidade das utilidades auferidas quando se sacrificando determinados bens e serviços de outrem; considerado o maior número ou a totalidade dos agentes envolvidos. Observa-se que, para o PEES, o altruísmo não está descartado, mesmo em termos econômicos, segundo derivação de utilidade, por parte de alguém, em relação à utilidade desejada por outrem, conforme a satisfação do próximo.

A aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica torna-se possível segundo aplicação do PEES, dadas as restrições materiais, segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos envolvidos no caso concreto, ainda, mediante tratamento equitativo aos iguais e, diferenciado aos desiguais, difundindo-se incentivos para a ação socialmente desejada ou obstáculos para atos condenados pelo acordo social previamente estabelecido em normas e nos costumes.

Nesse sentido, de ação balizada pelo MEL e perseguindo os objetivos do PEES é que se deve pensar o Direito ao

Desenvolvimento conforme sejam superados os egoísmos individuais. Já se disse:

> [...] a humanidade cresce globalmente e, a transitoriedade da vida individual não representa, nem justifica o isolacionismo doentio do poder ineficiente, egoísta, despótico e descomprometido com a própria sobrevivência e a dos demais componentes da humanidade; assim como, não justifica a ganância que desconsidera o social; nem a inércia que aumenta o fardo do próximo. Muito menos, justifica-se a destruição do suporte material da vida na Terra, uma vez que se entende, dentro de perspectiva progressista e includente, ser, a riqueza social, individualmente apropriada, porém, e sempre, segundo o eficiente uso comprometido pelo PEES. É nesta perspectiva de reflexão que se discute o papel do Estado, do Direito e do mercado[33].

A tomada de decisão econômico-jurídica, segundo o PEES, deve levar em consideração: a um, a inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício; a dois, a consideração, para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos – adjudicação de direitos, da totalidade dos agentes econômicos e das partes envolvidas, ou que venham a sofrer reflexos em virtude da tomada de decisão econômico-jurídica; a três, o primado da distribuição e redistribuição dos escassos recursos em função da eficiência econômico-social, segundo o MEL determinado pelo Estado; a quatro, a eliminação dos reflexos das externalidades individuais ou coletivas que venham a determinar injustificáveis custos sociais, bem como, os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras e; a cinco, a avaliação dos resultados da ação em

[33] GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *In*: *Sequencia.* V. 35, n. 68. Florianópolis, SC. 2014, pp. 261-290. ISSN 2177-7055. Doi: http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261. Acesso em: 10 ago. 2018.

sociedade a partir da consideração dos incentivos indutores ou obstantes da ação social.

Compatibilizam-se, em termos de práxis ideológico-normativa, os fins racionais econômicos do Direito e a necessidade elementar de equidade, distributividade e comutatividade, através do PEES, uma vez adotado o apropriar individual racional – uso eficiente dos recursos e relevadas as consequências sociais – externalidades causadas pela tomada de decisão jurídico-econômica. Para tanto, se exige a modificação social que passa pela necessária reforma íntima – obtida pela educação e pelo amadurecimento dos processos cognoscitivos – da vontade racional dos indivíduos submetidos a determinado paradigma jurídico-normativo que, persuasivo, antes de ser mero controlador social, deve indicar a ação individual e determinar políticas econômico-sociais, através de sistema de incentivos e obstáculos dirigidos para a ação, inibindo qualquer forma de imposição violenta.

A justiça no Direito implica na tomada de decisão que leve em consideração os questionamentos indissociáveis do PEES, tais como: a) a avaliação dos resultados de um sistema jurídico e de sua concreta aplicação a partir da consideração dos incentivos indutores e inclusão do maior número de variáveis no cálculo econométrico de custo e benefício; b) o primado da distribuição dos recursos em função de eficiência e em detrimento de processos decisórios de caráter, *v. g*., meramente político; c) a apreciação do caso concreto de forma eficiente conforme as expectativas da AED, eliminando-se as externalidades sociais e os reflexos da ação presente com relação às gerações futuras e d) a consideração, para fins de cálculo e distribuição de benefícios ou imposição de custos, da totalidade dos agentes econômicos e dos participantes do processo de continuado desenvolvimento, ou que venham a sofrer reflexos de dada tomada de decisão.

5. A visão jurídico-econômica do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) para o desenvolvimento: da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) para o Direito ao Desenvolvimento (DD), segundo o PEES

Considerado o marco teórico da AED e, mais especificamente, do PEES, tem-se que deve existir simbiose entre a garantia dos DH, próprios da DUDH, e o DD que, a sua vez, é, pois, corolário do PEES, como forma de superação das dores e misérias existenciais inerentes a uma coexistência desprovida dos devidos e necessários recursos materiais bem como da ausência e solidão própria da não alteridade e da desconsideração do outro. A máxima felicidade pelo acesso à riqueza de todos os envolvidos no processo civilizatório é inexorável desiderato a ser objetivado, segundo perspectiva social e economicamente inclusora, (re) distribuição progressista dos escassos recursos e ação empresarial que vise o lucro que, sendo privado, não pode desconsiderar o uso da riqueza social.

Os DH, no Direito Globalizado, não podem se preteridos na busca do desenvolvimento que, para além do crescimento econômico, implica em bem-estar social, atenção e respeito às necessidades humanas: há que se verificar, portanto, derradeira aproximação jurídico-sócio-econômica conforme ao PEES.

A sociedade, na medida em que toma consciência de si através da maturação político-ideológica, através do implemento de uma cidadania ativa e ainda pela evolução econômico-material, gera ansiedade em relação à norma que, por sua vez, deve acompanhar este evoluir. Do contrário, pode se tornar ineficaz e obsoleta, levando ainda ao mal-estar característico do Direito desvirtuado do fato social. Frequentemente, as normas do Direito Internacional Econômico (DIE) não correspondem às expectativas sociais, especialmente no âmbito dos DH, pois derivam do modelo econômico vigente, afastando-se da sociedade civil e legitimando-se em procedimento sistêmico tecnoburocrata. O resultado derradeiro é a inobservância de questões fundamentais envolvendo a pessoa humana. De fato, não há como "se esquivar da análise de uma tentativa de implementação dos Direitos Humanos, tendo como cenário o espectro das transformações

das relações socioeconômicas e seus corolários, sobretudo quando visamos instrumentalizar para isso as práticas jurídicas e os operadores do Direito por elas responsáveis [...]"[34]. No âmbito do Direito Internacional exige-se a cooperação como "pedra basilar" para sua eficácia. As Ciências Sociais, destarte, permitem introduzir a realidade na formação dos juristas, fazendo-os perceber o quotidiano e as repercussões fáticas do Direito, alcançando uma prática jurídica legitimada pelo social.

Lembre-se, nesse sentido, o entendimento do sociólogo Habermas e sua razão comunicativa como forma de legitimação da norma. Nesse processo de contato entre o social e o jurídico algumas etapas são identificáveis desde o processo legiferante, perpassando-se a aplicação coativa das normas e o Judiciário, relevando-se o perfil do operador jurídico e das Instituições, analisando-se o desvio de conduta e, finalmente, relacionando-se a norma jurídica com o social. Em síntese, é possível delimitar interdisciplinariedade rumo à novel concepção científica não hermética de interpretação das manifestações jurídicas em meio aos fatos sociais. Um enfoque funcional do Direito, não deve apenas garantir a ordem e a paz no plano normativo, mas materializar a organização e a legitimação do poder social. O Direito, então, passa a ser apreciado segundo métodos empírico-sociais que, inevitavelmente, detectam a disfunção entre o poder e a norma.

É nesse contexto interpretativo interdisciplinar do Direito, que se encontra a Ciência Econômica, enquanto Ciência Social, capaz de interferir significativamente nesse processo. Ora, se Hans Kelsen em sua norma pura determinou, a seu tempo, o espaço próprio de cientificidade pura para o Direito, é nítido no espaço internacional a ineficiência desse paradigma jurídico positivista-legalista, evidenciando a necessidade de novas técnicas interpretativo-construcionistas para o Direito. Um deles é a AED, através da qual se prega a interpretação econômica do Direito.

---

[34] MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos Humanos "Globais e (Universais)" de todos, em todos os lugares. *In:* PIOVESAN, Flávia. (Org.) *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

Extrai-se desse raciocínio a idéia de utilização da Sociologia Jurídica e de outras ciências sociais para investigar a eficácia do Direito. Destarte, sugere-se a seguinte idéia para conjectura: se existe a teoria "pura da norma" por que não se pode falar da "eficiência marginal da norma?" Torna-se, pois, possível, sim, a análise jurídica que, para além da ética voltada para os ideais de justiça; também, seja voltada à ótica racional embasada na eficiência e na racionalidade técnica. Afinal, se o paradigma normativo-dogmático hodiernamente criticado é fruto histórico da ascensão hegemônica da burguesia e, conforme Marx afirma, trata-se de produto (superestrutura) oriundo da estrutura econômica, emerge necessário assumir esse caráter do Direito.

Com isso, seria possível, igualmente, verificar qual o papel do Estado na seara internacional em relação à ordem econômica, dentro de ótica interpretativo-jurídica de atuação conforme os ditames da AED. Considerando a existência da Teoria Microeconômica que, simultaneamente, exerce papel normativo e positivo no estudo dos institutos do Direito, emerge possível a interpretação jurídico-econômica capaz de compreender o universo jurídico, partindo de pressupostos econômicos, mas com a devida consideração dos desideratos próprios do DD e que seja capaz de preservar os DH previstos na DUDH.

O DIE deve, assim, fundamentar-se na NOEM, para enfrentar os desafios dos DH de forma intrasistêmica. Entende-se, a partir do exposto, que a prática jurídico-econômica deve fazer refletir, como fenômeno jurídico-social, realidade inevitável e inarredável da previsão legal em meio aos critérios jurídicos embasados na racionalidade normativa que busque a eficiência.

A referência diz respeito ao surgimento de um Sistema Econômico híbrido caracterizado pela diversidade de práticas econômicas líbero-socializantes, qual seja, o sistema líbero-social. Não há mais espaço para a unitarização do pensar e proceder ou, ainda, de pensar o econômico e os DH de maneira estanque. Igualmente, não há sentido no isolacionismo seja no âmbito individual ou de coletividades inteiras, na medida em que os agentes econômicos interagem em busca da satisfação de suas necessidades e

dentro da perspectiva máxima de otimização de ganhos e de minimização de prejuízos. Verifica-se, em verdade, como condição *sine qua non* dessa fase do desenvolvimento, a defesa dos interesses econômicos pessoais e coletivos. Não por outro motivo, é preciso encontrar alternativas que levem em consideração aspectos jurídicos, sociológicos e econômicos, sob pena do homem sucumbir em meio à desordem física e espiritual que desarticula sua própria existência e a dos demais. É preciso realizar os DH dentro do sistema econômico mundial, sob o risco de sucumbir na utopia ou no idealismo.

Se o comércio é necessário e apresenta benefícios para as relações internacionais, deve ser estimulada a sua criação em condições de liberdade para os agentes que, por sua vez, ao extrapolarem suas possibilidades devem ser cooptados ou persuadidos a proceder competitiva, leal e concorrencialmente em detrimento de qualquer meio outro que leve ao desvio da consciência humanitária. A respeito, lembre-se do ensinado por Adam Smith comparando o proceder de uma nação, no campo econômico comercial internacional, com o proceder de um chefe de família:

> O que é prudente na conduta de qualquer família particular dificilmente constituirá insensatez na conduta de um grande reino. Se um país estrangeiro estiver em condições de nos fornecer uma mercadoria a preço mais baixo do que o da mercadoria fabricada por nós mesmos, é melhor comprá-la com uma parcela de produção de nossa própria atividade, empregada de forma que possamos auferir alguma vantagem. [...] O valor da produção anual da atividade do país certamente diminui mais ou menos quando ele é artificialmente impedido de produzir mercadorias que evidentemente têm mais valor do que a mercadoria que está orientado a produzir. [...] Dessa forma, a atividade do país é desviada de um emprego mais vantajoso de capital e canalizada para um emprego menos vantajoso; consequentemente, o valor de troca da produção anual do país, ao invés de aumentar – como pretende o

> legislador – necessariamente diminui, por força de cada norma que imponha tais restrições à importação[35].

Mais adiante o autor de Glasgow apologizando o comércio espontâneo que apresenta vantagens em relação ao mantenimento de normas restricionistas ou de utilização de recursos de forma ineficiente acrescenta:

> Mas o efeito imediato de todas essas restrições às importações é diminuir a renda do país, e o que diminui essa renda certamente não tem muita probabilidade de aumentar o capital da sociedade mais rapidamente do que teria aumentado espontaneamente, caso se tivesse deixado o capital e a atividade encontrarem seus empregos naturais[36].

Constatado que a melhor forma para o desenvolvimento das economias dos diversos países passa pela trilha de um comércio internacional promissor e forte, na medida em que se abandonam as radicalidades do isolacionismo, resta identificar em que grau de liberdade deve operar a economia mundial e, especialmente, o comércio. A liberdade de comércio plena leva à máxima especialização dos fatores produtivos.

Nesse sentido, a AED pode ser instrumental próprio do sistema de mercado cujas verdades e dogmas são irrefutáveis como princípios definidores de justiça econômica aplicável ao ambiente institucional desse mercado e conducentes da atividade regulatória dos governos, quando da apreciação da atividade econômica interna ou externa, ainda, zelando-se pelo interesse público e pelo PEES. Economicamente, falar-se-ia da aplicação de máximas microeconômicas às circunstâncias do DIDH em vistas a se alcançado o DD segundo o PEES.

Como alternativas para compatibilizar a NOEM, os DDEE, os DESC e a DUDH ou, ainda, o Direito ao Desenvolvimento (DD) deve

---

[35] SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações investigação sobre sua natureza e suas causas*. Introdução Edwin Cannan. Apresentação. Winston Fritsh. Tradução Luiz João Baraúna. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 380.
[36] *Op. cit.*, p. 381.

ser adotada especifica visão do DIE construtor do bem-estar socioeconômico conforme ao PEES. De maneira genérica, e sob o enfoque cartesiano, muitos objetivos estão capitulados em Tratados internacionais isolados, no qual são balizados os princípios organizativos do poder econômico. Diversas são as proposições teórico-positivadas, normalmente oriundas de cúpulas envolvendo Chefes de Estado, que vivenciam a especificidade de cada povo e a situação político-social-institucional historicamente construída.

O Ordenamento Internacional que resulta nos textos finais dos Tratados, contudo, deve refletir as possibilidades e necessidades inerentes ao processo econômico de tal modo que seja alcançado não somente o desenvolvimento nacional, mas critérios de eficiência e valor econômico abrangentes de todo o contexto social. Dessa maneira, podem ser detectadas soluções tanto para as questões sociais (com destaque para os Direitos Humanos), como para as questões econômicas.

Uma dessas soluções pode ser a aplicação de uma interpretação econômica do Direito (como método). Na realidade cotidiana do mercado, não se eliminam as oscilações por intermédio de acordos internacionais. Os diplomas jurídicos não mudam a realidade, embora a influenciem. Em consequência, os Tratados internacionais devem guardar mínima harmonia com as máximas econômicas, sob o risco de trazer a falência aos mais idealizados objetivos sociais, próprios dos DH.

Não se pode olvidar que toda a forma de pensar o econômico está inserida em contexto de globalização. O que passa, em verdade, é que a NOEM estrutura-se em função do esgotamento dos sistemas tradicionais de acumulação de capital. Verifica-se a procura de economias de escala através da institucionalização de grandes mercados (a exemplo da União Europeia, do MERCOSUL e dos Tigres Asiáticos), em meio ao não menos presente rompimento de instituições e práticas tradicionais de unificação social-econômica como no caso da desintegração da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Hodiernamente, almeja-se modelo de superação das crises cíclicas do hegemônico Sistema Capitalista de acumulação na busca

de resultados de prosperidade que, até o presente momento, o imperialismo econômico – caracterizado pelo Capitalismo ou pelo Socialismo real do Leste Europeu – não conseguiu efetivar. Afinal, as economias nacionais e a própria economia internacional já não podem mais ser analisadas como sistemas fechados, mormente, intrafronteiras de um Estado. Não há como permanecer indiferente à realidade do outro, pois a alteridade é essencial e traz como necessidade um amplo "aperto de mãos" na tentativa de escapar dos maléficos efeitos acarretados pela globalização. As constantes mudanças sócio-político-econômicas demonstram que existe uma significativa instabilidade institucional que ronda o mundo.

Não por outro motivo, muitas vezes emerge a falsa questão quando se rotula dado Sistema Econômico de Capitalista ou Socialista. Da mesma forma, no âmbito da juridicidade, apresenta-se equivocada a exposição dicotômica de um Direito eminentemente burguês comparado com outro chamado Direito social (no qual, se incluem os Direitos Humanos). Na verdade, é possível perseguir terceira via que foge à idiossincrasia parcial e tendenciosa em relação a um ou outro Sistema, devendo-se observar o assunto com "olhos de isenção" para a compreensão científica da realidade existente em busca da coexistência dos DH, previstos na DUDH, e os objetivos da NOEM, dos DDEE e dos DESC; tudo, voltado para o derradeiro DD.

O padrão jurídico-normativo, dentro de perspectiva interdisciplinar, deve refletir um consenso econômico-social que respeite a decisão individual não segundo a hegemonia majoritária, mas segundo a interação dialógica dos diversos centros de decisão. Dito de outro modo, que mediante a aplicação de critérios econômico-racionais e jurídico-sociais seja possibilitado à pessoa humana a tomada de decisão no âmbito do mercado respaldada pela responsabilidade-social e pela observação da preservação dos DH como Direitos Fundamentais.

Diversas são as análises que procuram recriar o Direito, reinterpretando-o para, então reconstruí-lo. Acredita-se, portanto, que o método calcado na AED e no PEES (como método jurídico-persuasivo) é uma dessas possibilidades. Em tal contexto inovador, a Ordem Internacional precisa estar adaptada e receptiva às

progressistas opções de desenvolvimento. Repensar a realidade legal e econômica mundial a partir de ótica despreconceituosa, aberta para a razão e refratária aos extremismos, é necessidade que "bate à porta".

A temática econômica internacional e a defesa dos DH podem e devem ser analisadas em sua justa perspectiva jurídica. Conforme a tendência doutrinária do PEES, não se trata de atribuir exclusiva hegemonia à eficiência de mercado em detrimento do Direito, senão, pelo contrário, determinar a necessária interação entre a fenomenologia desenvolvida no espaço econômico e sua regulação normativa, de forma a evitar o descompasso entre a realidade econômica dinâmica e a realização de condições mínimas, no âmbito dos DH. A realidade internacional deve estar amparada por sistema interpretativo-normativo que, antes de entravar os diversos processos sociais, deve estruturá-los e dinamizá-los rumo à superação conjunta dos problemas que assolam as sociedades desatendidas em seus Direitos Fundamentais.

Desnecessário é exemplificar que, com o passar dos anos, o próprio DIE, bem como o Direito Comunitário desenvolvido na União Europeia ultrapassaram os institutos inerentes às dificuldades jurídicas internas dos Estados-membros. O fenômeno da integração econômica ampliou a discussão a respeito dos Ordenamentos Constitucionais pátrios que, hoje, submetem-se às necessidades econômicas integracionistas, à medida que os países não podem manter-se isolados e, portanto, percebem-se absolutamente inseridos naquele contexto. O Direito não pode ficar alheio à discussão sobre organização produtiva, participação social, liberdade de iniciativa, organização cooperativo-social, atuação estatal no domínio econômico, investimentos e problemas dessa ordem, pois são inerentes ao bem estar de inúmeros Estados inseridos em única "malha institucional" mundial.

Em evidência, também está a real necessidade de análise (e opções de saída) para a chamada crise de governabilidade, evidente em diversos países, especialmente no Brasil, cujo Sistema Econômico estrutura pseudocapitalismo muito aquém, obviamente, do real socialismo, mas que apresenta forte intervencionismo estatal, envolto

em política neoliberalizante. O *Welfare-State*[37], característico do Capitalismo monopolista, reorganiza-se, também, no Brasil, sob a égide da flexibilização global do capital internacional.

Ocorre que a decisão da vida econômica é tomada por grande número de agentes, mas nem sempre de forma socialmente justa. A formação de cartéis, os trustes, as *holdings* e o intervencionismo do próprio Estado levam à complexa situação de desigualdade e de abuso do poder econômico. Mesmo sob ótica liberal, reconhece-se que o abuso do poder econômico deve ser evitado sob pena de ver-se cumprida a ideia marxista de que o Capitalismo é "autofágico".

Ao se inserir princípios jurídicos em textos internacionais de DH, é preciso lembrar que as normas sobre a realidade econômica não podem se olvidar de diversos aspectos histórico-sociais que marcam a realidade econômica internacional. Urge, pois, em tempos neoliberais, examinar através de perspectiva crítico-racional, as possibilidades de influência da AED sobre a Ordem Econômica Internacional. Em especial, devem ser apreciados, sob inovadora ótica, os Tratados internacionais que envolvem os DH, considerando-se o fato dos Estados estarem inseridos em uma NOEM dinâmica e interativa. Dessa análise, decorre a possibilidade de adequação do novo sistema interpretativo-jurídico-econômico, mediante formulação de novas premissas para os DH, relevando-se e sugerindo-se aplicativos para a AED ao DIE.

Se a perspectiva de consideração da DUDH deve coadunar-se com o DIE para o Desenvolvimento próprio da DDD, adotada pela AGNU em 04/12/1986; deve-se aceitar que a sociedade, na medida em que toma consciência de si através da maturação político-ideológica; do implemento da cidadania ativa e, ainda, pela evolução econômico-material e espiritual, desenvolve expectativa em relação à norma e à sua aplicação que, por sua vez, devem ser inovadoras e compatíveis com as exigências da global, evolutiva e inovadora

[37] *Welfare State*, de uma forma simples, pode ser tido como o Estado assistencial em que o desenvolvimento ocorre segundo padrões de excessivo endividamento dos governos mediante maciços empreendimentos estatais, buscando a dinamização do processo econômico através da intervenção do Estado na ordem econômica, seja normatizando-a, seja atuando como importante agente econômico.

fenomenologia social, sob pena de se perpetuar o Direito ineficaz, obsoleto e descontextualizado. Não se desconhece que o Direito é importante fator para promover o crescimento econômico, mas é preciso ir além, fazendo com que a Ordem Jurídica Internacional Econômica influencie os Países e as Instituições Internacionais promovendo a "alteridade" mesmo em condições econômicas marcadas pela ganância. Com isso, a "cooperação internacional para o desenvolvimento necessita, ela própria, de se adaptar ao movimento de mundialização da economia"[38].

Quando as normas do Direito Internacional Econômico não correspondem às expectativas sociais, é porque derivam de modelo econômico afastado da sociedade civil e legitimado em mero procedimento sistêmico técnico-burocrata que leva à maior "defasagem entre o Primeiro e o Terceiro Mundo, Norte e Sul, desenvolvidos e subdesenvolvidos, ricos e pobres, em que o mais significativo é o fato de essa desigualdade ser uma fonte de dificuldades para todos"[39]. Destarte, o operador jurídico deve perceber que o conceito de desenvolvimento não pode restar minorado à noção de crescimento econômico, eis que abrange valores sociais atrelados à integridade da pessoa humana.

Hodiernamente, questiona-se sobre a elaboração e aplicação do Direito expresso no "senso comum teórico dos operadores jurídicos" que, em meio a ideais distintos de justiça e ao nefasto formalismo, descuidam do regramento capaz de solucionar a crise entre os parceiros econômicos mundiais. O modelo jurídico puro kelseniano já não corresponde às necessidades sociais, ao mesmo tempo em que se tem, por reprovável, levantar bandeiras extremistas desacreditando-se as instituições, os sistemas jurídicos e idealizando-se sociedades perfeitas à margem do concretamente possível e, mesmo, do legal-instituído que se faz substituir por "fetiches ideológicos" e manipuladores da real vontade popular. Certamente, a guiar solução intermédia, acredita-se, está a necessária pesquisa e a

[38] BÉLANGER, Michel. *Instituições Econômicas Internacionais*. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 226.
[39] DALAI LAMA. *Uma ética para o novo milênio*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 182.

inovação em favor do Direito Internacional Econômico possibilitador da transigência e negociação entre possuidores e despossuídos, incluídos e excluídos, jurisdicionados e não jurisdicionados, na busca de solução instrumentalizadora do real e possível para a tomada de decisão pragmática e eficiente, ainda, socialmente inclusora e adequada ao desenvolvimento sustentável, no âmbito nacional e internacional. Esse é o Direito que, inevitavelmente, acompanha os fenômenos sociais, conforme a ideologia político-social-econômica adotada para Estados, inclusos em Ordem Mundial Econômica dinâmica e questionadora do porvir, servindo como instrumento capaz de "ouvir a voz de todos" na solução de seus conflitos e reconhecer seus direitos e garantias; considerando a pluralidade da sociedade de países que não pode ser submetida ao individual ineficiente e ao casuísmo das arbitrariedades.

Tem razão Amartya Sen quando faz referência ao desenvolvimento como liberdade, contrastando com visões mais restritas como o mero crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB). Isso significa que "os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros. Não precisam ser vistos, sobretudo como beneficiários passivos de engenhosos programas de desenvolvimento"[40]. Contudo, ainda conforme Sen, não é possível ser genericamente contra os mercados, pois se trata, acima de tudo, de realidade humana. Então, o problema que resta é a necessidade de buscar a liberdade através da realidade econômica que se apresenta, pois entre os desafios cruciais do desenvolvimento em muitos países "inclui-se a necessidade de libertar os trabalhadores de um cativeiro explícito ou implícito que nega o acesso ao mercado de trabalho aberto. [...] A liberdade de participar do intercâmbio econômico tem um papel básico na vida social"[41].

Para desenvolver-se, a sociedade humana buscou a criação do Estado de Direito e da *Lex mercatoria* que, por sua vez, culminaram, no Séc. XIX, no modelo do *Welfare State*; agora, no Séc. XXI, impõe-se inovador modelo jurídico-econômico capaz de embasar as

[40] SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 26.
[41] *Op. cit.*, pp. 21-22.

relações internacionais tão ágeis, fugazes, inusitadas, complexas, informatizadas, dinâmicas e exclusoras como as que a "pequena aldeia global" propõe e exige, segundo critérios de eficiência no uso da riqueza sem descuidar da necessária inclusão social aos moldes do que, aqui, se defende como PEES.

Na esfera internacional, os países encontram-se juridicamente equidistantes, respeitadas suas soberanias e vontades manifestadas nos órgãos colegiados internacionais; em que pese tão díspares circunstâncias que os dividam em países desenvolvidos e em desenvolvimento, ricos e pobres, poderosos e aviltados. Decorre que não pode haver ingenuidade na construção do DIE, idealizando-se máximas fundamentadas unicamente na solidariedade humana. Fernand Braudel alerta:

> Não explora o mundo quem quer. [...] Para isso, é preciso possuir de antemão um poder lentamente amadurecido. Mas é certo que esse poder, embora resulte de uma lenta ação sobre si próprio, reforça-se pela exploração dos outros, e, no decorrer desse duplo processo, a distância entre esse poder e os outro aumenta[42].

A crise, pois, do Estado intervencionista ou *Welfare-State*, contribuiu para que fossem discutidos pontos de estrangulamento do sistema como um todo, procurando-se alternativas que viabilizassem as instituições dentro de contexto social carente de soluções para seus conflitos.

Através da AED e do PEES, entende-se a maximização da riqueza social, individualmente apropriada para a consecução dos DH em acordo com o DD. Partindo-se do pressuposto de que a Economia Mundial desenvolve-se em ambiente orientado pelo interesse econômico e que alternativas idealizadas já fracassaram diante dos egoísmos que caracterizam o sistema de trocas, propõe-se a viabilidade do PEES, enquanto critério orientador para criação,

---

[42] BRAUDEL, Fernad. *A Dinâmica do Capitalismo.* Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Roccco, 1987, p. 116.

aplicação e interpretação das normas de Direito Internacional Econômico. Tal fato decorre da necessária interatividade que deve haver, entre os interesses econômicos que caracterizam o comércio multilateral e a premência em desfazer as desigualdades de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Deseja-se, com isso, vislumbrar espécie de convergência entre os ideais sociais e os princípios da ordem econômica, sob o risco de um ameaçar o outro.

Em perspectiva internacional, é possível pensar a nova Teoria Geral do Direito ou, especificamente, o DIE ou DD persuasivos, flexíveis, desconectados dos *ranços dogmáticos* de tradição individual-absolutista e dirigidos para a instrumentação moderna de caráter racional-eficiente de melhor aproveitamento da riqueza, satisfazendo, por fim, os desejos gerais dos nacionais e internacionais. Compete, pois, para o Direito, ideal de justiça próprio da sociedade eficiente, que avalie os benefícios e os custos advindos da tomada de decisão individual e social, em ambiente institucional de mercado internacionalizado, em tempos de globalização e de neoliberalismo. O Sistema Econômico interage com o institucional; consequentemente, o Estado e o Direito assumem papel garantidor da ação dos indivíduos, segundo suficiente flexibilidade para a adjudicação de direitos e fixação de obrigações.

Os institutos e premissas do meio social e institucional de mercado delineiam o proceder racional do *homo economicus* que, não obstante, persegue objetivos outros, inclusive sociais, em amplo sentido, através do PEES. A AED, como método ou instrumental normativo e normativo-analítico-interpretativo da Ordem Jurídica internacional voltada para os DH e para o DD, sugere que seja adotada, no que se considera um Sistema Econômico Líbero-Social, economia de mercado-social, capitaneada pelo PEES, prevalecendo o livre arbítrio das escolhas, em meio da atitude, socialmente responsável, de maximização dos interesses individuais que, por sua vez, devem ser negociados considerando-se a natureza recíproca das consequências quando da tomada das decisões, por parte dos agentes econômicos.

Dadas as restrições materiais (escassez), segundo se almeje a equiparação dos níveis de satisfação individuais e coletivos

envolvidos no caso concreto e mediante o implemento do tratamento equitativo aos iguais e diferenciado aos desiguais, busca-se promover a derradeira justiça em perspectiva econômica, ao difundir incentivos para a ação socialmente desejada. Tendo em vista o Sistema Econômico Internacional, propõe-se dinâmico Direito interpretado à luz da eficiência e da racionalidade econômica, mas não se desprezando a visão social dos fenômenos, *máxime* quando se almeja o desenvolvimento e não meramente o crescimento econômico.

A partir de tais considerações, sugerem-se as seguintes estratégias no intuito de tornar o DIE e o DD justos, equilibrados e capazes de viabilizar condições sociais que assegurem os DH para o almejado desenvolvimento: a) demonstrar que, no binômio *fato econômico versus norma*, as ciências sociais gerais precisam interagir em visível processo dialético; b) apontar procedimentos e máximas interpretativo-jurisdicionais na esfera da AED e do PEES que legitimem a prática econômica global, desburocratizada e livre dos resquícios fundamentalistas extremados; c) levantar estratégias que viabilizem o Sistema Econômico Líbero-Social dentro de perspectiva de interação entre interesses capitalistas e necessidades sociais; e) avaliar a crise jurídico-normativa do Direito Internacional Econômico em função da crise econômico-social; f) evidenciar que os padrões jurídico-normativos expressam-se como oriundos do poder político e econômico, mas, indubitavelmente apresentam-se eficazes desde que observadas e consideradas a articulação de valores e anseios sociais; g) avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade econômica (grau de intensidade e necessidade); h) verificar a crise existente entre a ineficiência das regras de Direito Internacional e a busca da eficiência econômica, viabilizando soluções para que a aproximação dessas esferas normativas não se torne impossível; i) constatar a mudança do paradigma mecanicista-procedimental para o modelo holístico-interativo nos diversos campos do conhecimento, em especial das Ciências Sociais, do Direito e da Economia; j) considerar na práxis normativa do DD os ideais e prerrogativas intrínsecas da DUDH.

Destarte, o paradigma jurídico-econômico para uma NOEM, segundo a AED e o PEES, deve volver para a agilização e fluidez das

relações de produção, maximização dos lucros e otimização no uso da riqueza, ainda considerando a inclusão social e os reflexos atuais e vindouros da tomada de decisão hodierna para o calculo econômico. Portanto, determinando políticas econômicas progressistas, as leis jurídico-econômicas devem buscar a eficiência para a adjudicação dos diversos fatores de produção objetivando o desenvolvimento regional e a garantia da seguridade e certeza jurídica em pragmática legalista que combine a racionalidade material do economista e a formal do jurista, conforme consenso para a governabilidade substantiva e a inclusão social segundo o PEES.

A política de Estado minimalista justifica-se no fortalecimento da sociedade civil e na consecução complementar da ação estatal na atividade econômica, implementando padrões de distributividade e equidade capazes de propiciar a inclusão de todos os cidadãos presentes, respeitados os interesses das gerações futuras. A AED adapta-se às atuais perspectivas do Estado neoliberal, orientado para a economia de mercado e eficiência, assim como, pode ser discurso adequado à defesa do Estado Líbero-Social, na medida em que permite prioridade para a tomada de decisão segundo o PEES, seja pelo ente privado ou pelo Estatal, desde que, invariavelmente, maximizando-se o uso da riqueza nas economias participantes do processo de desenvolvimento, mormente, integradas, eliminando as externalidades causadas pela ação no mercado-social e possibilitando a negociação para a consequente diminuição dos custos de transação.

Ao Direito Internacional Econômico compete indicar as medidas de política jurídico-econômica próprias para possibilitar a justiça econômica, defendendo-se e considerando-se os DH segundo o PEES, dando entendimento teórico-jurídico ao mundo real, sob pena de esterilidade da lei. Em situação ideal de mercado Líbero-Social, maximizada resultará a utilidade dos escassos recursos e será verificada justiça se, a cada um, segundo sua capacidade – eficiência – tornar-se possível ser distribuído à respectiva parte da felicidade ou bem-estar social. Associam-se, pois, as ideias de justiça distributiva, comutativa e eficiente segundo adjudicação racional da riqueza para os agentes e respectiva compensação daqueles que sofram as imposições – externalidades, advindas do processo econômico de

mercado-social, segundo seus méritos, respeitando-se, definitivamente, o outro – alteridade. Por outro lado, a injustiça reflete falhas de mercado pelas quais a distribuição ideal de recursos e a adjudicação eficiente destes terminam prejudicadas em função do desperdício, do mau uso e da escassez, fazendo urgir a ação do Estado como reorganizador das relações econômico-sociais através do Direito.

A lógica que sustenta a nova organização do capital é a ampliação de mercados, via integração, segundo obtenção de economias de escala, diminuição de custos, preços e aumento da produção, possibilitando-se a competitividade internacional embasada na eficiência produtiva, ou mesmo, na competitividade internacional. Entretanto, no sistema econômico-político mundial, a meta definitiva, como forma de universalização do nível de bem-estar, gera, ainda que, a partir de perspectivas econômico-utilitárias, espaços comuns, "Superestados e cidadãos comunitários ou, mesmo, universais" unidos pelas mesmas necessidades de idealizado bem-estar, por sua vez, assegurado por um Direito de ampla racionalidade e magnitude a partir de visão interdisciplinar – como ocorre, a exemplo da AED e do PEES.

Ao que se vê, a simbiose entre a garantia e a defesa da DUDH e o DIE para que se alcance o desiderato do DD perpassa o pluralismo econômico líbero-social, característico da inserção das economias locais e regionais em Ordem Econômica Internacional Global conforme possibilidade de negociação dos termos de abertura econômica para as diversas economias, inclusive, hegemônicas. A negociação eficaz dos termos da globalização, da internacionalização de mercados e da abertura neoliberal deve ser tratada por meio de critérios racionais, em perspectiva de interação global, consideradas as vantagens da inserção no contexto evolutivo mundial e sopesados os custos (externalidades) a serem pagos por tal avanço.

A tomada de decisões encaminha-se para perspectiva global. A tendência, no "campo" das ações internacionais, verifica-se no sentido da universalização; mesmo que disfarçada na lógica de Estado-Nação. Apesar de todas as guerras, de todas as intrigas, de todo egoísmo, existe conjuração ideológica universalista que haverá

de romper com as resistências locais – disputas étnicas, ideológicas, etc. – pois, como primeira razão, a humanidade tem de sobreviver, o Planeta tem de continuar vivendo e o progresso do homem em direção a sua origem Divina é inexorável. De forma racional e progressiva, a Ordem Internacional Econômica, fundamentada conforme os auspícios do PEES, deve primar pela adjudicação de direitos e determinação de obrigações, uma vez que paute eficientemente as relações dos agentes públicos e privados, maximizando resultados esperados e considerando as externalidades e o reflexo social sofrido pela sociedade presente, e mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos sociais, determinados pelo ganho privado imediato dos participantes do processo de decisão, com relação aos demais indivíduos contemporâneos à tomada de decisão – alteridade – e às gerações futuras – condescendência para com a própria espécie.

A humanidade, em função de sua infantilidade moral, defende, mesmo que de forma condenável e não consideradora do outro – estrangeiro, seus parcos recursos e os de seus próximos – nacionais; inclusive, através da criação jus-ideológica ou de instituições que, em seu âmago, revelam a existência do próprio homem – Estado-Nação, Mercado, Globalização, etc. Já, na natureza, verifica-se o equilíbrio nas relações (vasos comunicantes, margem de um rio, a sobrevivência das espécies, em meio a um ritual de vida e de morte,...). Questiona-se, então, quanto à escassez? Afirma-se. É fruto do egoísmo do *ter;*... Quanto às dificuldades *hodiernas* – se é que não são companheiras eternas – pobreza, inflação, fome, instabilidade econômica? São produtos engendrados pela desconsideração do outro – alteridade. Qual solução, para a tomada de decisão econômico-jurídica segura? A convivência mutua. A consideração do outro. A observação ou a análise minuciosa do reflexo das ações presentes para o próprio agente – consciência da vida, para os contemporâneos – alteridade, e para as vindouras gerações – condescendência com a própria espécie humana.

Ora, até mesmo, no comércio internacional, o homem amadureceu, inclusive, abandonando o egoísmo mercantilista para adotar, inteligentemente, a especialização e a saudável divisão

internacional do trabalho; reconhecendo que para receber é preciso dar – para exportar é necessário importar, mantendo-se a paz fraternal mediante o equilíbrio da balança comercial mundial. A solução justa para o problema econômico-social, então, tomada como decisão e afetando a totalidade dos indivíduos participantes das sociedades integradas, elidindo crises particulares; não deve propiciar externalidades, sejam de quaisquer ordens, para os demais membros da sociedade presente e das futuras gerações – que perpetuam a inteligente ação humana; para a natureza – que mantém a vida em condições ecológicas; assim como, para os atributos da idealidade, como podem ser memorados, os valores da justiça, da honestidade, do belo, do correto, do amável, do razoável, do espiritual,... da Divindade.

Pelo que se diz, se intui, dentro de visão holística – ampla, própria do não preconceito e inovadora que, tanto o Direito, a Ciência Econômica, a Economia, a Sociologia, a Filosofia, a Historia, a Ecologia, a Psicanálise e tantos outros ramos do universo grandioso, próprio do conhecimento humano, podem, de forma interdisciplinar, contribuir para a ética de alteridade – de consideração do outro durante a jornada rumo à reunião da família, à associação dos cidadãos, à comunhão dos variados povos, à internacionalização de países e, por fim, à universalização. Abre-se, pois, perspectiva que busca amenizar as angústias que rondam os ideais próprios de uma Ordem Jurídica Mundial mais equilibrada. Naturalmente, não se desconhecem as extremas dificuldades que deverão ser vencidas frente a um histórico desequilíbrio entre o individual e o coletivo, entre o atraso e o desenvolvimento, entre os métodos jurídico-coercitivo e jurídico-persuasivo. De qualquer maneira, o debruçar sobre novas soluções precisa ser exercitado para lançar alternativas capazes de fomentar a discussão e viabilizar estratégias na busca do bem-estar social, econômico e jurídico.

Destarte, não é pela isolada institucionalização da norma, mediante apologia do rechaço social gerado pela violência coercitiva legal – uso egoísta da norma, ou estruturação desta, em função de intolerável e cega defesa dos interesses mesquinhos; que serão rompidas as resistências para o amanhecer do novo milênio.

6. Conclusões

O trabalho, através de quatro tópicos, incursionou pela DUDH, pelos documentos normativos relativos à NOEM, aos DDEE, aos DESC e ao Direito ao Desenvolvimento (DD), assim como descreveu o marco teórico da AED e do PEES. No quarto tópico tratou de defender a interação entre os objetivos humanitários e a conquista do necessário desenvolvimento segundo visão jurídico-econômico-social para o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e para o DD própria da adoção do PEES na órbita internacional. Após detalhamento das principais disposições contidas em Pactos da ONU tais como, a DUDH; a Declaração de Estabelecimento de uma NOEM; o Plano de Ação para o Estabelecimento de uma NOEM; a CDDEE; o PIDESC e a DDD percebeu-se, o desiderato da ONU; qual seja, o desenvolvimento econômico-social coadunando-se os DH com os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e os Direitos e Deveres Econômicos dos Estados para que se viabilize, derradeiramente, efetiva e promissora NOEM. Para tanto, entendeu-se que o Direito ao Desenvolvimento deve ser perseguido segundo viés jurídico-econômico conforme ao que se defende como PEES. Pugnou-se pela compatibilidade entre fins jurídico-sociais e econômicos para o desenvolvimento, mormente em escala Planetária.

O Direito, pois, interfere na fenomenologia social e *vice-versa*; portanto, devem ser compatibilizados; o Direito ao Desenvolvimento e os princípios que regem a DUDH, a NOEM, a CDDEE e o PIDESC segundo visão inclusora, socialmente progressista e conforme ao PEES. Partindo do pressuposto de que os Estados participam em processo interativo no mercado mundial, entende-se pela inexorável necessidade de desenvolver e compatibilizar os DH sem descuidar das questões do DIE, pela interatividade entre as duas áreas com vistas a que se alcance o derradeiro DD. Por essa razão, é preciso vislumbrar espécie de convergência entre os ideais humanistas e os princípios da ordem econômica, sob o risco de, um ameaçando o outro, chegar-se a derradeiro regresso social; o que, certamente é um *nonsense*.

No caso específico do Direito Internacional, deve ser aventada a possibilidade de sugerirem-se modificações na realidade social exposta a partir de pragmática interpretativo-normativo-econômica progressista e própria do PEES. Necessário se faz o dinâmico Direito interpretado à luz da eficiência e da racionalidade econômica, mas não se desprezando a visão social dos fenômenos, *máxime* quando envolve os DH.

A partir de tais considerações, sugerem-se as seguintes estratégias no intuito de habilitar uma sociedade internacional juridicamente, mais justa, economicamente, mais fraterna e politicamente, igualitária; segundo, então, pontos de vista jurídico, econômico e social: a) especificar o papel do Estado, enquanto sujeito inserido dentro do contexto da atividade econômica; b) demonstrar que, no binômio *fato econômico vs. norma*, as ciências sociais gerais interagem com o Direito em um processo dialético; c) apontar procedimentos e máximas interpretativo-jurisdicionais na esfera do Direito Internacional Econômico que legitimem a prática econômica global *lato sensu* desburocratizada e livre dos resquícios fundamentalistas extremados, bem como voltada para a consideração dos objetivos humanitários; d) levantar estratégias que viabilizem um sistema econômico líbero-social dentro de perspectiva de interação com os Direitos Fundamentais; e) avaliar a crise jurídico-normativa do Direito Internacional em função da crise econômico-jurídico-social; f) evidenciar que os padrões jurídico-normativos expressam-se como oriundos do poder político e econômico, mas, indubitavelmente apresentam-se eficazes desde que observadas e consideradas a articulação de valores e anseios sociais; g) avaliar o controle jurídico interpretativo-normativo da atividade econômica (grau de intensidade e necessidade); h) verificar a crise existente entre a ineficiência dos Tratados internacionais sobre os Direitos Humanos e a busca da eficiência econômica, viabilizando soluções, via PEES, para que a aproximação desses âmbitos não se torne um paradoxo; i) constatar a mudança do paradigma mecanicista-procedimental para o modelo holístico-interativo nos diversos "campos" do conhecimento, em especial das Ciências Sociais, do Direito e da Economia.

O PEES aplicado para coadunar objetivos humanitários e o necessário desenvolvimento efetiva o DIDH e o DD. Abre-se, pois, novel perspectiva econômico-jurídica que busca amenizar as angústias que rondam os ideais de uma Ordem Jurídica Mundial mais equilibrada e socialmente inclusora. Naturalmente, não se desconhecem as estremas dificuldades que deverão ser vencidas frente a um histórico desequilíbrio entre o individual e o coletivo, entre o marasmo e o desenvolvimento, entre os métodos jurídico-coercitivo e jurídico-persuasivo. De qualquer maneira, o debruçar sobre novas soluções precisa ser exercitado para lançar alternativas capazes de fomentar a discussão e viabilizar estratégias na busca do bem-estar social, econômico e jurídico.

Concluiu-se, assim, pela necessária simbiose entre o DIDH e a Ciência Econômica segundo o PEES em busca do desenvolvimento (DD); eficiente, socialmente inclusor e interação recíproca dos interesses econômicos e humanitários para (re) construção normativa dos DH e do alcançar do desenvolvimento na esfera internacional econômica.

NEW FRONTIERS, NEW ACTORS, NEW RULES: GLOBAL COMMONS, HUMAN RIGHTS, BUSINESS. HOW TO IMPROVE JUDICIAL COOPERATION AND INTERNATIONAL DEVELOPMENT

Cristiana Carletti
Laura Guercio

Preliminary remarks on the state of the art about the complex nexus among global commons, human rights and business

The state of international relations and the effort of international public actors and non-state entities to adopt new rules to govern their relationships by balancing human rights protection, human development and economic business growth is at stake.

The creation of new legal frameworks to introduce innovative concepts and to regulate the interaction among traditional and innovative actors is not an easy task: it demands from States and International Organizations a proper determination and patience to preserve original legal features while advancing different notions and operational tools to found special regimes and disciplines which could be mutually and complementary reinforcing.

Against this background several factors might impact on the definition of a multifaceted legal framework: the role and involvement of legal makers such as the business actors, which have divergent needs in respect of traditional actors in the search for a clear but flexible legal environment to preserve and improve their economic power and advantages; the peoples at large, who call for a reinforced protection of their human rights at the individual and collective level, especially when they are the first recipients of development assistance lead by business companies but also the first victims of intrusive cooperative interventions at the local level; the larger spectrum of rights and freedoms that are going to be touched

upon, apart from the original categories of human rights generations and including mixed legal features which should be comprehensively protected.

In a nutshell this contribution aims at debating legal concepts, different stakeholders, renewed procedures that have emerged in the global scenario and that need for appropriate and applicable international rules for a challenging governance.

The key arguments of this contribution have been conceived to debate over the following issues.

Firstly a comprehensive definition of the global commons concept will be provided in order to examine its potential in relation to the effective protection of human rights generations – in particular the fourth one, as proposed by the best international doctrine.

The commons have a constitutional origin that moves from the social, public and collective approach to share basic rights and freedoms of a community of peoples far beyond territorial boundaries and geographic limits: they are based indeed on the principles of universality, indivisibility, interdependence and interrelation as clearly reported in the 1993 UN Vienna Declaration and Programme of Action.

This statement has induced the best doctrine to attempt for a proper categorization of the legal basics of human rights and fundamental freedoms: the theoretical narrative supported so far the idea that human rights generations are only purposeful for leading institutional national and international actors to reinforce their legal systems and to define and adopt the most suitable measures to implement international human rights standards in an effective and successful manner.

In a following section of the contribution specific attention has been devoted to the considerable input coming from public and private actors in drafting and adopting new international rules and contributing for the elaboration of challenging transnational legal regimes within multilateral frameworks. Although binding instruments to govern this very unique relations between States and business companies are not yet in force, some common features and factual problems to ensure the respect of soft laws by the

aforementioned stakeholders could be identified. Indeed, as testified by relevant drafting processes launched in past decades within multilateral settings, the innovative substantial and formal features of soft laws have encouraged the elaboration of significant binding instruments to rule multi-actoral and multi-sectoral legal environments. These processes are now considered as relevant lessons learned to be replicated to cope with new challenges coming from a dynamic and complex contemporary global scenario and the need for a renewed legal international order.

The last section of the contribution is intended to promote a discussion on how the current international public-private relations can rise to innovative forms of national and international governance: it could be contemplated as a new promising frontier to enhance judicial and economic cooperation to strengthen the responsibility of States, International Organizations, business actors and peoples for a tangible human rights protection and an efficient human development management. The case of the violation of human rights related to the protection of natural environment, health and well-being of our peoples – present and future generations – significantly reveals how the urgency of this matter, encompassing global commons, human rights and environmental liability, is relevant enough to induce public and private stakeholders to adopt legal measures and to develop common practices to minimise the risks and to manage the violations descending from the non-compliance with international legal standards.

1. Global commons: for a (consolidated?) definition of the concept

The term 'global commons' is inherently connected with the legal notion of the governance upon all the areas and resources that are placed beyond the sovereignty of the State and not subject to the national jurisdiction of a certain State[1,2].

[1] WIJKMAN M. (1982). Managing the Global Commons. *In*: *International Organization*, v. 36, n. 3, pp. 511-536.
[2] BUCK S.J. (1998). *The Global Commons. An Introduction*, Island Press.

Its meaning is intended to extend the exercise of the governance in a shared perspective, i.e. to assign to the international community as a whole the control over these areas and to preserve the freedom of access and the use of the resources contained therein for the benefit of all peoples.

Traditionally the 'commons' were identified with resources held in common and jointly exploited by a local community, assumed that all the members have equal property rights in that respect and could exploit these resources to gain proper economic advantages. All the decisions about this resources' domain, composed of common pool resources, must be adopted by the aforementioned members, avoiding any exclusive property title on them.

By refining the original meaning, the 'commons' have been referred to the material notion of 'goods': the obligation to control and to protect the property as well as all the benefits descending from its use and exploitation could be associated only with territorial accessible areas and resources.

In translating the concept from the national to the international setting the struggle among States to expand their power and to exercise their jurisdiction in areas beyond their sovereignty was at the core of the elaboration of the best doctrine on the idea of *mare liberum* of Grotius[3,4].

The principle that lies behind the Grotius idea on *mare liberum* consists of an original legal distinction among the categories of no one property (*res nullius*), of the common possession (*res communis*) and of the public/State property (*res publica*). Beyond this categorization, the freedom of access to the sea and the exploitation of its resources to gain benefit for all peoples is the key element to create a new classification including the common properties whereas no specific property law is in force: in these circumstances the natural law governs the management of things that are shared in a community without any kind of sovereignty over natural resources. According to

[3] FEENSTRA R. (2009). *Hugo Grotius Mare Liberum 1609-2009.* Original Latin and English Translation. Leiden: Brill.

[4] SCHRIJVER N., PRISLAN V. (2009). *From Mare Liberum to the Global Commons:* Building on the Grotian Heritage, Grotiana, v. 30, n. 1, pp. 168-206.

Grotius reasoning, at the beginning the concept of common property avoids any form of physical delimitation or boundary as well as any contractual rules providing for trade exchange following the exploitation of common resources. Afterwards, through their shared use and the possibility to put them at risk of unfitting or over-exploitation, the common property concept has encompassed a further distinction: from one side the occupation title could not be applied on areas that cannot be the property of individual or collective owners; on the other side common resources are naturally be put under the property of one owner but, at the same time, could benefit also other persons and all users are required to preserve them so far granting access for all those ones who potentially are in conditions to use them.

The common property category proposed by Grotius might be exemplified by referring to the existence of a twofold component: the natural use and the public utility of the resource, respectively by and in favour of the community and its members. If we apply this doctrine to the international legal system, as Grotius has done in his times, we could mention several samples of common properties such as the outer space or the high seas: the impossibility to be susceptible of occupation, their adaptability in terms of access and exploitation, their common use for producing benefits to all peoples confirm us the rightness of Grotius idea of categorization also in the contemporary global scenario.

Indeed the inoccupation of these areas by nature or on grounds of public utility has led to significant paths of exploration and to the drafting and adoption of common rules – *rectius* special international regimes – excluding any right of public or private ownership beyond the national jurisdictions.

Conversely the Grotius doctrine has informed the elaboration of extensive regulations to oblige namely public actors – States and International Organizations – to not claim any property right but to protect natural resources in the abovementioned areas: the increasing number of potential users putting at risk the preservation of common goods and resources has not been translated into strict norms negatively impacting on the access and the use of such areas but into

a renewed meaning of the concept of 'global commons' supporting the principle of freedom of access and use but also of highly protection of the resources contained therein.

As above reminded also the economic and trade component has reflected new necessities of global users in respect of the proper sustainable use of common resources. In other terms national and international policies in the field of the environment could not be defined and implemented autonomously from economic and trade planning. This has been an essential precondition to promote the drafting of international legal standards and instruments taking into account multiple factors, so far excluding any property right claim but also recalling that all natural resources are part of the humankind heritage both in current and future times and that all members of the international community are recommended to put their particular interests aside and to promote the preservation of commons at their best.

If we try to apply this consideration to the original Grotius doctrine, it's true that the principle of the *mare liberum* and of all similar areas beyond national jurisdictions has proved to be critically accomplished in respect of complementary but opposing factors. Outer spaces and planets, high seas, polar regions have a proper legal nature of global commons: it is out of questioning. So far the impracticality to exercise an effective control over these territories entails the unfeasibility to claim any kind of jurisdiction on them. Nevertheless, due to relevant technological improvements as for scientific research in such areas, their access and use has been inspired by the principle of 'first come, first served': this meant and means at present that the global commons could not be considered as totally 'free' areas. Even if industrialised and technologically advanced countries and well as private actors which invest in this field could take a great advantage in accessing and exploiting the resources in these areas, however new rules governing international cooperation and special legal regimes for the protection of natural wealth and resources beyond the limits of national jurisdictions have been sponsored by developing countries. These rules have surely

updated the Grotius doctrine and have provided for a renewed meaning of the global commons in the current global scenario.

Moving from this consideration, it's evident that the traditional definition of the concept of 'global commons' is partially consolidated. Apart from the global natural asset, the environmental and economic functions performed by some commons in favour of all peoples are undoubtable and have informed the drafting or the re-elaboration of international legal standards to be translated and implemented at the national level by States. The results could be simplified by mentioning the following general legal categories: natural resources fully under the national jurisdiction of one State; natural resources shared by two or more States; natural resources located beyond the limits of national jurisdictions, i.e. in international areas so out of any State control.

As for the third category, we can assume that 'global commons' could be included in, also attempting to review the Grotius idea by introducing the principle of the common property to testing new legal features, rights and duties on behalf of public and private actors in the global scenario. The linkage with human rights of individuals and peoples to reinforce the judicial cooperation to prevent and to punish violations and to support new development cooperation lines is the natural consequence of the application of the Grotius approach in contemporary times.

2. Human rights generations: evolution ad doubts

Before analyzing the specific subject of this work, some considerations on the theory of human rights generations are necessary.

Generational classifications of human rights are currently legion in international legal scholarship: institutions, judges and scholars specialise in them and invoke them continuously. Less common are explanations of what actually is meant when we speak of human rights in generational terms.

The division of human rights into generations, initially proposed in 1979 by Karel Vasak, provided firstly the following

classification: the first generation concerns civil and political rights, enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); the second generation concerns economic, social and cultural rights, specifically those enshrined in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR); and finally, the third generation, reflected in different specific instruments, mainly General Assembly declarations, refers to what Vasak called 'solidarity rights', which include the right to development, the right of self-determination, minority rights, the right to peace and the right to ownership of the common heritage of mankind[5]. More recently, the proposal has also been made to add a fourth generation of human rights comprising the rights connected with information technology and the right to sustainable development of the future generations. According to the universally recognized principle of social equity the future generations are entitled to find at their birth a friendly environment and sufficient resources for development.

This classification raises some considerations. Certainly no denies the predetermined rights. The question does not involve them, but their classification. Without going into the deep analysis of this theory, on which scholars have already widely written, there are some questions that deserve reflection. Is "generation" accurate when describing categories of human rights? Do 'generations' refer to temporal differences regarding the rise of different human rights in international law? Or do they refer to the opportunity that certain kinds of rights can have a prior protection over other kinds of rights? But basically, the main questions concern the opportunity of this description: is the term "generation" accurate when describing categories of human rights? Is understanding human rights in international law in terms of generations historically, chronological or analytical correct?

On an historical approach, Vasak himself describes that the generational conception of human rights came into existence in different 'waves' throughout history. The first wave, which

[5] VASAK K. (1977). *A 30-year struggle*, *UNESCO Courier.*

accompanied the French revolution, gave rise to the generation of civil and political rights. With the second wave, after the Russian revolution of 1917, economic, social and cultural rights gained universal recognition. The third wave accompanied 'the emancipation of colonised and dominated peoples' in the middle of the 20th century. Other scholars consider different events to describe the generational waves[6,7,8,9].

Some doubts emerge on the generational theory based on an historical approach. Recalling events prior to the 20th century to classify a chronology of international human rights confuses the origins with their legal existence, as the historic chronology of human rights generations does not correspond to the history of human rights in international law. But this consideration does not exclude the possibility of a chronological account of their international legal status.

Human rights received formal expression in 1948, with the adoption of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) which is not only a list of human rights: even if questioned by some no western countries, it is the first legal complete recognition of the inherent human dignity and of the equal and inalienable rights of all individuals. It enshrines civil and political rights at the same time as the social, economic and cultural rights, rendering suspect the claim that first-generation rights chronologically preceded second-generation and, also, third generation rights. As Fausto Pocar quotes, in the context of UDHR "the rights of the so-called first and second generations are expressly and simultaneously listed in the document, while the so called third generation rights, although not expressly described in a detailed text, may largely, and perhaps entirely, find their recognition under the general provision in Article 28. This

---

[6] HEADLEY J.M. (2008). *The Europeanization of the World*. Princeton: Princeton University Press.

[7] MOYN S. (2010). *The Last Utopia: Human Rights in History*. Harvard: Harvard University Press.

[8] HOFFMANN S.-L. (2010). *Introduction*, in HOFFMANN S.-L. (ed.). *Human Rights in the Twentieth* Century. Cambridge: Cambridge University Press.

[9] MARTINEZ J.S. (2012). *The Slave Trade and the Origins of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.

Article states that "everyone is entitled to a social and international order in which the rights and freedoms set forth in this Declaration can be fully realized"[10].

One comes to the same conclusions sharing the positivistic idea, underlined by Patrick Macklem, that human rights first appeared in international law in 1976, when the ICCPR and the ICESCR entered into force. Even in this case, as the Scholar quotes, a chronological explanation of the three classes of rights is erroneous. First and second-generations of human rights received international legal existence simultaneously also with some of the rights of third generation[11]: for example, the right of self-determination, considered of third generation, was formally recognised as a human right by the International Court of Justice just one year before the two Covenants came into force (*Western Sahara* (Advisory Opinion) ICJ Reports (1975).

The result is that however accurate such chronological descriptions of human rights may be, they fail in the description of a sequential generation of human rights.

Even if one considers the human rights generations as analytical instead of chronological categories, some doubts remain. Vasak himself distinguishes a human right connected to a particular generation of rights because of distinctive properties that it possesses, specifically in terms of the obligations they generate and on whom their obligations fall. He considers civil and political rights "as their respect requires that the state do nothing to interfere with individual liberties"[12]. Social, economic and cultural rights, in contrast, require "positive action by the state to be implemented"[13]. Unlike first and second generation rights, third-generation rights, because they "reflect a certain conception of community life, … can only be

[10] POCAR F. (2015). Some thoughts on the universal declaration of Human rights and the generations of Human rights. *In*: *Intercultural Human Rights Law Review*, v. 10, n. 3, pp. 43-53.
[11] MACKLEM P. (2015). Human rights in international law: three generations or one? *In*: *London Review of International Law*, v. 3, n. 1, pp. 61–92.
[12] VASAK K. (1977). *Op. cit*.
[13] *Ibidem*.

implemented by the combined efforts of everyone: individuals, states and other bodies, as well as public and private institutions'"[14].

Contrary to this analytical division between positive and negative rights, all rights—civil, political, social or economic—give rise to both positive and negative State obligations to protect certain interests and not others. Also, the so-called third-generation rights have negative and positive dimensions: for example, the right to development imposes internal negative and positive obligations on States. Another way of understanding generations in analytical terms is to highlight a conceptual sequencing of types of human rights: that means that civil and political rights can be thought of as conceptually prior to social and economic rights, because civil and political rights establish the legal and political standing of those entitled to exercise and enjoy social and economic rights. But also this explanation risks to fail: social and economic rights can just as easily be comprehended as conceptually prior to civil and political rights: these last rights are practically meaningless if a person cannot satisfy his or her most basic needs in life.

Then, in conclusion, is it appropriate to talk about human rights generations? There is no doubt that different human rights seek to protect different kinds of interests that require different means of protection. In such a sense, a categorization of human rights makes sense. But a generational classification of them, whether chronological or analytical, risks to fail to appreciate what is common to all human rights in international law: their common nature and their common purpose. Understanding classes of rights as conceptual sequences must confront a foundational commitment in international human rights law to the concept of indivisibility that first explicitly surfaced in the Proclamation of Tehran in the International Conference on Human Rights held on 22 April-13 May 1968. Indivisibility, interdependency and interrelatedness of human rights is beyond argument. As an umbrella concept, indivisibility advocates that the realisation of each right is necessary to the realisation of all others for the final common purpose to mitigate injustices. For this reason, civil and political rights, social, economic and cultural rights,

[14] *Ibidem*.

as well those thought of as third-generations or, currently, also fourth-generation rights, comprise but one a single population of rights, dialoguing with the structure and operation of international law.

3. New actors on the global setting: public and private stakeholders along the international legal perspective

The global setting has always seen States as key actors that are called to debate, draft and adopt international standards and rules to implement policies and measures impacting on their domestic legal frameworks.

The original state-centric perspective has been made more complex and dynamic in terms of global governance when non-state actors have appeared on the scene: this has had a great impact on the identification of common features or, conversely, on the opportunity to change models and forms of institutionalized settings and practices to be adapted to the newcomers.

In this context two issues need to be explored: the different legal nature of private actors and their role and activities within the international framework in compliance with standards and rules in force; the nature of the relationship between public and private actors in defining and adopting new forms of joint governance to protect human rights and to promote the human development at large[15].

About the first point under consideration the compression of the role of States and International Organizations in rules' drafting through an appropriate use of their technical knowledge and the availability of financial resources has called for complex and hard regulatory issues entailing the involvement of non-state actors. Indeed the challenge of the global regulation has encompassed not a State capitulation but a reassertion of public actors in rule-making and decision-making: institutional authorities have decided to impose renewed rules upon private actors when both have common interests to be accomplished; alternatively they have proposed to private actors

[15] KELL G. (2016). Relations with the Private Sector. *In*: COGAN J.K.-HURD I.-JOHNSTONE I. (Eds.). *The Oxford Handbook of International Organizations*. Oxford: Oxford University Press, pp. 730-753.

to work together to gain the same goal but also achieving proper comparative advantages.

In both cases a good compromise that could satisfy public and private actors is to create a joint or hybrid governance model, whose main features are: the clarity about roles and gaming rules, the procedural transparency and the opportunity to broaden the number of partners involved in the rule-making process. This model is based on the complementarity of functions ascribed to public and private actors: the first ones are requested to define some relevant criteria and ad hoc details for drafting rules and facilitating their full implementation at the national and international level; the latter ones have a supporting role in providing key services as far as the compliance at national and local level, the real legitimacy of the institutional governance, some logistic and financial assistance to enable the rule-making process[16].

The power of private rule-makers could be expanded over times: they are very close to peoples' preferences which could strongly influence the contents of key policies and at the same time they are able to perceive if these preferences are favourable also for their proper economic interests[17]. On a general note, it's often true that private rule-makers have a longstanding technical knowledge and experience that could help in planning medium and long term policies and measures: but they must be confronted with public actors to fully understand the regulatory setting in force and to propose potential amendments to ensure a stronger compliance with international legal standards. Meanwhile the opportunity to support the rule-making process but also to be included as direct recipients of the legal results, i.e. national and international standards and rules, could be noticed as a robust limitation for the activities of private actors on the global scene. This increasing legal return could also encompass new competitors which have diverging interests from the private actors

[16] SENDING O.J., NEUMANN I.B. (2006). Governance to Governmentality: Analyzing NGOs, States and Power. *In*: *International Studies Quarterly*, v. 50, n. 3, pp. 651-672.

[17] MATTLI W. (2016). Private Transnational Governance. *In*: COGAN J.K.-HURD I.-JOHNSTONE I. (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*. Oxford: Oxford University Press, pp. 171-188.

supporting the rule-making process and that hope to be part of the process itself as supporters.

For the last reason private stakeholders involved in such processes must always take into account to strengthen their power and influence as well as their technical knowledge to impact on their rulemaking capability in relation to institutional and public actors. This means for them: to be enough aware about the dynamicity of the international scenario and of international standards and rules as translated and implemented in national legal frameworks; to know which are the vulnerabilities and the practical limitations of the public capabilities to let private actors to expand their role and support; and to have clear ideas about the challenge of matching the private rule-making with public policy goals.

If we deserve our attention on potential renewed relationships between International Organizations and private actors, it is clear that political, social and economic changes have pushed for a new approach: it is based again on the failure of the traditional state-centric model, also within the proper International Organization scheme, so far encouraging private actors to be more evident and to interact with the IOs membership in a different manner.

Since the launch in June 2000 of the UN Global Compact, private actors – in this case business companies – have dealt with significant challenges in order to align their strategic priorities and working mechanisms with the ten universal principles contained therein and aimed at improving politically and operationally the cooperation between the UN Member States and private partners.

Following this first occasional contact, the public-private dialogue has been pursued and increased in a more coordinated manner with concrete double efforts from both sides. There have been several reasons for achieving this common aim: the global dimension of business and, so far, the role of business companies in defining new criteria and parameters for reinforcing the IOs global governance; the financial availability of private actors and the potentiality of increased investments in key-development sectors; the respect of international standards and principles, such as corporate sustainability performance and operational transparency.

Moreover the IO has linked non-traditional financial issues with market potential of business companies in the environmental, social and governance domains, so far aiming at finding valuable private partners for exploring new international partnership opportunities. This approach has covered also the drafting of new dialogue models, calling private actors for their experiences in the field of fund-raising, for the evaluation and adaption of international soft law standards to IOs membership, for improving due diligence and integrity measures within the IOs framework, for a concrete structural engagement with the private sector at large.

Along the aforementioned considerations the basics of parallel interactions among States, International Organizations and private actors are driven by a dynamic interplay of political, economic and institutional changes concerning these three players on the global scene. If the first two ones have partially changed their operational approach while always working for the achievement of economic and social progress and development both at the bilateral and multilateral level, the latter ones have been the most exposed to test their capabilities vis-à-vis the key-issues of the current global agenda, i.e. environmental protection, human rights, social inclusion and good governance.

If we focus now on the nature of the relationship between public and private actors, the conceptual viewpoint is that the relationship between public (States and International Organizations) and private actors is merely described as public-private partnership (PPP). But the terminology needs to be explored and adapted to several contexts[18,19].

Apart from theoretical categories of possible relationships which assign to public and private actors codified and hierarchical roles such as "private self-governance in the shadow of hierarchy",

[18] BORZEL T., RISSE T. (2005). Public-Private Partnerships: effective and legitimate tools of international governance? *In*: GRANDE E., PAULY L. (Eds.), *Complex Sovereignty: On the Reconstitution of Political Authority in the 21st Century*. Toronto: University of Toronto Press, pp. 195-216.

[19] ANDONOVA L. (2010). Public-Private Partnerships for the Earth: Politics and Patterns of Hybrid Authority in the Multilateral System. *In*: *Global Environmental Politics*, vol. 10, n. 1, pp. 25-53.

"delegation to private actors", "co-governance of public and private actors" and "consultation and co-option of private actors", we could find some guiding principles that inform the PPP.

Firstly the engagement of private actors should be driven by public actors in a coherent, enabling and empowering manner; secondly it should be inspired by a concrete realism about common opportunities and benefits, assumed that both public and private actors are equally motivated and committed to responsible practices being encouraged through successful partnerships; thirdly, private actors should move from a cloistered original business approach to more strategic and transformational attitudes for building an effective PPP.

Furthermore the PPP should be based on a common understanding of at least two key values: respect and support. Public and private actors are requested to not harm and to not abide international legal standards. At the same time they are called to define shared opportunities for action, collaboration and mutual engagement, by identifying risks and negative impacts and provide for practical solutions. Above all, due to global political and economic openness, PPPs should pursue the common goal of serving the public good: this means that, if it's true that public and private goals are intrinsically overlapped, the classic global issues are interrelated with business and this demands for co-power, co-responsibility, co-adaptation of strategies and operations, exploring the potential of the PPP.

To leverage this advantage and to unlock the functionality of the PPP, a new template for networked public-private governance could be explored to achieve greater stability, stronger cooperation, higher protection of human rights, effective environmental safeguarding, concrete rule of law and good governance. The template could be tabled by translating some rules of the private governance into the global public setting, without attempting to traditional governing principles of the State but responding to the challenges of the globalization and to different categories of actors and rules to be composed in a multi-actoral and multi-sectoral framework. This template proposal should also encompass a new kind

of communication among concerned actors, inspired by common formal rules beyond traditional boundaries. In other terms the template will try to solve typical problems of public and private actors within their specifically defined and functionally distinct frameworks and could be considered as a new model of coordinated meta-governance for better performing of the PPP.

Within the political and economic global arena this will promote different opportunities to renovate the potential of the public-private relations and partnerships.

The core of this common route will depend upon a mix of institutional networking to find innovative forms of state and non-state actors governance through: rule-making and global agenda setting; political challenges and trends along the lines of an inventive multilateralism based on an extended engagement of private actors; economic and trade developments as a field where cooperation with the private sector could be positively explored and encouraged in compliance with corporate social responsibility standards.

The institutional and political engagement of private actors has been represented by the permanent dialogue with traditional actors at the international level in order to mobilize the contribution of business to support the achievement of global public policies' goals.

This led to a sort of legitimacy of private actors to reflect over the opportunity to regulate their activities through the rules in force for States and International Organizations: even if the contribution from business companies to draft a legal binding instruments covering the issue of monitoring and assessment of human rights international compliance is at present an on-going process, the idea to build a soft law consensual conceptual framework addressed to all the above mentioned categories to drive them for the application of human rights standards has been translated into the elaboration and adoption in 2011 of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights.

The demand for a targeted action to deal with broader economic and trade challenges has been another setting to test the capabilities of the private actors: greater investments as well as the

establishment of global value chains worldwide required governmental support well beyond traditional geographic boundaries and entered into a global public domain which falls under the double competence of States and International Organizations, ranging from education and health to trade investments and environmental policies. Such conditions have called for differentiated but complementary responsibilities on behalf of States, International Organizations and private actors/business companies-transnational corporations: they are requested to act in compliance with corporate sustainability and responsibility principles whenever they operate individually or jointly at the international, national, and local level. If they do not miss to work transparently and grant full access to information, the disclosure approach on governance, social and environmental issues will pave the way for a fruitful and constructive engagement in both easy and difficult settings to deal with challenging issues such as child labour, gender equality, climate adaptation, water scarcity, corruption. In this way the sharing of universal principles and common values is evidently the right cooperative methodology to gain long-term results to be assessed in financial, social, environmental and ethical terms.

4. The business model and action within the multilateral framework

Before going forward on the analysis of the subject of this work, it seems necessary to dwell on a question: does the current business model fit with the existing multilateral framework that is supposed to develop an equal economic system?

Founders of the post-war international economic system knew the importance of multilateralism. They had all experienced the enormous cost of individual actions taken outside a multilateral framework in the 1930s. Governments, struggling to offset the impact of the Great Depression, adopted measures that were designed to export their problems but that could only succeed if other countries did not take similar measures. Then, it was clear that if trade and capital flows take place on a multilateral framework, economy enhances efficiency and increases competition. It was understood that the multilateral track is fairer given that it encompasses a wide

diversity of strong and weak, big and small, economies: it provides a stable and predictable environment to a maximum number of operators. It is more resilient because it is organized to deliver what is expected from a regulatory system: negotiate the rules; monitor their implementation; and settle disputes when they arise.

Since then, the international economy has prospered over the past few years. World real GDP has grown and the world is a far more affluent place than it was a half century ago: living standards, measured by indicators such as life expectancy, infant mortality, nutritional status, and literacy, have all improved. But, beneath the surface, there are causes for concern. There are three major, related factors that give rise to worry. The first one is the increased reliance on preferential arrangements, with their implied discrimination. The second is that private capital flows do not yet fall into any coherent multilateral regime. The third is the increasing tendency, for individual countries, to place emphasis on their own position vis-à-vis the system without considering how outcomes may weaken the institutional underpinning and the international governance of the current multiculturalism framework. These three aspects risk to contrast an equal worldwide economic development in a multilateral framework, where multilateralism is, as Robert Keohane defines, "the practice of coordinating national policies in groups of more states"[20]. The consequence is that some parts of the world continue to fail to share in the gains.

These problems need to be addressed by enforcing legal instruments and international institutions inside a multilateral system.

Since the 1947 creation of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), which in 1994 was converted into the World Trade Organization (WTO), the number of member countries has grown to exceed 160. This illustrates that the there is an international interest for building international trading rules along the multilateral track.

But still some of the rules of trade remain unbalanced against developing countries. This is not the place to analyze all the economic

[20] KEOHANE R.O. (1990). Multilateralism. An Agenda for Research. *In*: *International Journal*, v. 45, n. 4, pp. 731-764.

imbalances in the world. What is important is to underline that some current principles of the multilateral system have to be readjusted in order to factor in the new strength of emerging countries. Some of the WTO disciplines remain too weak to properly level the playing field in an international economy which has globalized rapidly in recent decades, subsidies being a case in point. The relative importance of obstacles to trade is changing because of factors such as e-commerce and non-tariff measures.

To address these various weaknesses and to consolidate the multilateral system, one should launch a major initiative to update the multilateral rules book and modernize the organization that should include a thorough review of the basic principle that has underpinned the WTO - the reciprocity between developed countries and "special and differential treatment" in favor of poorer countries: whereas this principle made sense a few decades ago, the emergence of major developing countries, starting with China,has created a new "in-between" class, which needs to be recognized and organized. We see a pressing need for greatly expanded support for a well-defined set of global public goods where the multilateralism institutions, and particularly the World Bank, should be contributing given their sectoral and financial capabilities: climate change, agriculture, health, and data relevant for development policies and programs. With greater global integration, developing countries face increasing risks over which they have little or no control, and which no one country, rich or poor, has the incentive to tackle alone.

The World Bank is particularly well suited for raising and deploying financing models of development—at the political level in raising and acting as a reliable conduit for resources, and at the technical level in setting priorities for use of those resources and their allocation across needs. It does so in a spirit of cooperation with other international institutions as WHO, FAO, Green Climate Fund, and the regional Banks, especially in supporting the provision of regional public goods.

But it is clear that it is not sufficient without a long term agenda involving the responsibility of all countries. Global leaders have set ambitious social, economic and environmental goals in the

form of the 2030 Agenda for Sustainable Development, the Paris Climate Agreement, and subsequent the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) and G20 commitments in favor of open trade and investment.

Specifically, the OECD has developed deep knowledge on the value of trade through its analytical work, especially on Global Value Chains (GVCs), Trade in Value-Added (TiVA), and the Services Trade Restrictiveness Index (STRI). Its support will be essential in developing a renewed understanding of the benefits of trade and foreign direct investment (FDI). Trade is often blamed for negative impacts in national economies, due to the lack of flanking policies to support competitiveness and flexibility. In this sense, towards the 24th Conference of the Parties (COP24) in December 2018, the OECD is supposed to facilitate an exchange on market-oriented, cost-effective and competition enhancing national strategies for member countries.

Also, the OECD will be an important agent to further mobilize private sector support for the SDGs which come in to force on 1 January 2016 after being adopted by world leaders in September 2015 at an historic UN Summit. Over the next fifteen years, with these new goals that universally apply to all, countries will mobilize efforts to end all forms of poverty, fight inequalities and tackle climate change, while ensuring that no one is left behind. For a company, 17 goals and 169 targets can seem intimidating but companies need to be seriously addressing those goals and targets that are material to their business and where they have the biggest impact.

Business is moving fast on the implementation of the Sustainable Development Goals (SDGs). Many businesses are actively incorporating the SDG framework into their business models and reporting. This is because the SDGs not only identify where we have to be in 2030 to create a sustainable world: they also consider new markets and opportunities for companies all over the world, turning the global goals into local business.

5. International and national legal compliance: the access to remedy and the challenges of the judicial cooperation

Business enterprises can be easily involved with human rights abuse. Businesses can affect the entire spectrum of internationally recognised human rights – civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights – for example, workers' rights, the right to privacy, equality and non-discrimination, freedom of expression and the right to health. It can depend to the virtue of their activities and to their negative impacts on the social life. Although causing human rights abuse is considered a crime in most of the domestic jurisdictions, business enterprises are seldom the subject of law enforcement and criminal sanctions: yet private claims often fail to proceed to judgment and, where a legal remedy is obtained, it frequently does not meet the international standard of "adequate, effective and prompt reparation for harm suffered", according to the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law (adopted by General Assembly resolution 60/147, Article I.2 (b) and VII), and to international human rights law that stipulates the right to a fair trial and the right to an effective remedy – i.e. Article 8 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 2 (3) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), Articles 6 and 13 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Also European law provides, under Article 47 of the Charter, for access to justice, including legal aid to ensure that access is effective, when Member States act within the scope of EU law.

Subsequent interpretations have stressed the importance of making remedies accessible to persons in situations of vulnerability, such as Article 13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) and the General Comments by the monitoring mechanism for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR).

There are different means of achieving accountability and access to remedy in cases of business-related human rights abuses,

including State-based non-judicial mechanisms and non-State complaint mechanisms, such as operational level grievance mechanisms. But among them, effective State-based judicial mechanisms "are at the core of ensuring access to remedy", as the 2011 UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework (A/HRC/17/31) quote in Principle 27. The obligations of States with respect to this right have been reflected in the Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the Protect, Respect and Remedy Framework in terms of a "State duty to protect" against business-related human rights abuses.

The question is that those seeking to use judicial mechanisms to obtain a remedy face persistent problems common to many jurisdictions: fragmented, poorly designed or incomplete legal regimes; lack of legal development; structural complexities within business enterprises; problems in gaining access to sufficient funding for private law claims. This situation is particularly acute in cases involving gross human rights abuses and other particularly serious offenses – such as slavery, torture, extra-judicial killings, forced and child labour, and large-scale harm to human health and livelihoods. Companies can be involved either as offenders or by being complicit in such abuses.

The challenges of how to secure accountability and access to remedy for victims of business-related human rights are exacerbated in cross-border cases.

That is due also to the structure of business companies.

Business enterprises can take many legal and structural forms: they may be single corporate entities or a group of companies working together through relationships on the basis of shared ownership, or contract. According to the company law doctrine of "separate corporate personality", recognized in most jurisdictions, each company has a separate existence from its owners. Consequently, a company, a parent company, that owns shares in another subsidiary company will not generally be legally responsible for acts, omissions or liabilities of that subsidiary merely on the basis of the shareholding. In other words the legal liability for human rights

abuses of a subsidiary's activities may not extend beyond the subsidiary itself.

The structure of business companies is not the only obstacle to an easy access to judicial remedies against human rights violations. While many domestic legal regimes focus primarily on within-territory business activities and impacts, the realities of global supply chains, cross-border trade, investment, communications and movement of people are placing new demands on domestic legal regimes. Cross-border cases pose particular challenges that can undermine effective cooperation: these challenges include a lack of information about how to make a request to agencies in other States, a lack of opportunities for cross-border consultation and coordination; a lack of resources needed to process requests in a timely manner; a lack of awareness of investigative standards in other States. The main question is the lack of clarity across jurisdictions about the roles and responsibilities of different interested States in cross-border cases create a significant risk that no action will be taken, leaving victims with no prospect of remedy.

Rectifying these deficiencies require concerted and multifaceted efforts from all States, including actions relating to law reform, law enforcement, and closer international cooperation. For this reasons, it is relevant to consider a range of bilateral and multilateral arrangements to support, facilitate and enable international cooperation with respect to legal assistance and enforcement of judgments in cross-border cases. States should work for both "vertical" and "horizontal" policy coherence in the development of laws and policies on business and human rights.

To elaborate further the responsibility of business to respect human rights, a number of instruments have been developed.

At the international level, the Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) has provided additional guidance and interpretative instruments, the Council of Europe has issued recommendations, the International Labour Organization (ILO), the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) and the International Organization for Standardization (ISO)

have also contributed significantly in establishing instruments and mechanisms related to business and human rights.

At the national level, the interlink between businesses and human rights has also received greater attention, with action plans, guidance and legislation aimed at mitigating any negative impact of business on human rights – or even stimulating positive impact.

Basically, two instruments are relevant. As already mentioned, the 2011 UN Guiding Principles is the first global framework that exclusively addresses business-related human rights abuses. Although not legally binding, they enjoy serve as a basis for policy approaches towards business and human rights; the 2016 Council of Europe Recommendation on human rights and business includes a particular focus on access to remedy. These instruments emphasize the importance of access to remedy in cases of business-related human rights abuse.

Besides the UN Guiding Principles, OHCHR issued in 2016 a comprehensive guidance dealing in particular with access to remedy, called the OHCHR Accountability and Remedy Project, the 2016 UN Guidance. This guidance concretely advises on which tools work well to implement the UN Guiding Principles.

Besides, according to the Recommendations of the 2016 OHCHR Report (A7HRC/32/19) "Member States should: (a) As part of their implementation of the "Access to remedy" pillar of the Guiding Principles, consider undertaking a review of the coverage and effectiveness of their domestic law regimes that regulate the respect by business enterprises of human rights, using the guidance in the annex to the present report as a starting point, with a view to (i) developing policies and legal reforms that respond more effectively to the practicalities of organization and management of business enterprises and which take into account the particular challenges arising from complex global supply chains; and (ii) improving the effectiveness of State-based judicial mechanisms as a means of delivering corporate accountability and remedy in cases of business-related human rights abuses; (b) Develop a comprehensive strategy for implementation of the guidance in a manner that responds appropriately to local legal structures, challenges and needs, for

instance, as part of national action plans on business and human rights, and/or as part of strategies to improve access to justice generally; (c) Take steps, using the guidance, to improve the effectiveness of crossborder cooperation between State agencies and judicial bodies, with respect to both public and private law enforcement of domestic legal regimes".

6. Business and human rights: how to cope with bad practices to improve the protection of human rights, the contribution of environmental human rights defenders

The promotion and protection of human rights is at present a global commitment assumed by all relevant public and private stakeholders. Also the civil society at the collective and individual level is actively involved to ensure its contribution to support the respect of human rights: a peculiar role is attributed to individuals who spare no efforts to defend human rights by raising their voices and bringing the issue to the attention of all national and international public and private actors.

Apart from a partial international definition of human rights defenders, the most relevant reference to introduce this special category of 'private' actors is contained in the UNGA Declaration adopted by Resolution 53/144 of December 9 1998, titled "Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms": its Art. 1 mentions the individual or collective element to identify the human rights defender as the actor who promotes and fights for the protection and the enjoyment of human rights and fundamental freedoms at the national and international level.

Giving legitimacy to the work of human rights defenders on the global scene has been a fundamental step for their status and for the recognition of the concrete impact of their actions.

The attempt to categorize human rights defenders is based only on the common intent to put their life at risk for the protection and promotion of human rights, to prevent violations and to call for

global responsibilities of public and private actors whenever a human rights violation is reported. These individuals indeed could be: lawyers who look for ensuring that human rights violations are properly prosecuted; journalists who denounce governmental authorities or military personnel as the main responsible for ordering or committing crimes against peoples, vulnerable categories, minorities; healthcare personnel in charge for assisting victims of every form of ill-treatment, violence and torture and for witnessing for them against the offenders and perpetrators in order to be brought in front of judicial authorities; trade unionists and indigenous groups.

The efforts of human rights defenders in making aware the public opinion about human rights violations could for sure put at risk their personal freedom and well-being as well as that one of their families: in every part of the world they have been perceived as illegitimate combatants for the cause of human rights and this has put them in critical conditions to be threatened, arbitrarily arrested, expelled, defamed or accused of being responsible for individual or collective fuelling aimed at carrying out subversive activities, mentally and physically tortured or even murdered.

For these reasons in several intergovernmental international and regional systems the role and action of human rights defenders has been legitimised, in order to protect their personal safety and to recognise their valuable contribution for the protection and promotion of human rights.

Within the UN framework in 2000 the Commission on Human Rights issued a proper mandate for the appointment of a Special Procedure on the situation of human rights defenders. This mandate was extended in 2008 by the Human Rights Council and at present the Special Rapporteur exercise this role by seeking, receiving and examining all information reports on the critical working conditions of human rights defenders worldwide; the mandate-holder has also the competence to dialogue with public and private actors to ensure the implementation of the contents of the above mentioned Declaration; he/she reports annually to the UN system and provides for targeted recommendations for improving the situation of human right defenders within international and national contexts under

attention, also monitoring their follow-up by public and private stakeholders. The annual reporting is also an occasion to further detail specific topics or relevant issues concerning the promotion and protection of human rights defenders that, in the opinion of the mandate-holder, need to be explored according to thematic or country priorities and related concerns.

Also in other intergovernmental systems, such as the Council of Europe and the OSCE, the same approach has been adopted in terms of reinforcement of legal and operational mechanisms and measures to ensure that human rights defenders could safely carry out their ordinary work.

Apart from such systems, the role and action of human rights defenders has been promoted by the governmental authorities of concerned States: the public support to individuals who put their life at risk for strengthening human rights protection has strongly impacted on the global public opinion, making peoples aware about their courage and the relevance of their voluntary initiatives.

To this purpose the UN Special Rapporteur on the situation of human rights defenders has promoted an interesting debate over business and human rights. In his opinion business actors have different but complementary responsibilities if compared with States and International Organizations, depending upon their legitimacy and the subsequent compliance with hard and soft laws, i.e. international treaties, guiding principles and codes of conduct, common practices and operational features. He has proposed the following categories of actions to be expected from business actors within a multifaceted international legal framework.

The first category is composed of legal obligations on behalf of business actors, similarly reproducing the contents of the 2011 UN Guiding Principles on business and human rights as well as some provisions contained in the human rights international core treaties. These legal obligations refer directly to the protection of human rights defenders and strongly recommend business actors to refrain from or to be complicit in ordering or carrying out physical or moral attacks against human rights defenders, so far compressing their basic rights and freedoms, such as opinion, information and expression,

association and assembly. The second category encompasses legal obligations contained in the above mentioned UN Guiding Principles and aimed at facilitating an active engagement, consultation and involvement of human rights defenders and those individuals and groups who demand to be appropriately defended: the common aim of this process consists of designing, implementing, assessing and evaluating cooperation interventions carried out by business actors in favour of beneficiaries. Along these circumstances, on an equal foot with concerned public actors, business actors should apply due diligence and monitor the full respect of human rights during and at the completion of the field intervention. The third category looks forward an ordinary business practice based on a permanent dialogue and advisory mutual exchange of information and support between business actors and human rights defenders: in this situation business actors could act by providing direct technical and financial assistance to human rights defenders working individually or in close cooperation with local organizations and associations, otherwise could encourage institutional actors to provide for open and fruitful conversations to reinforce the legal and operational framework to consult, respect and protect human rights defenders. As for the latter action, the multiple advisory national mechanisms involving both business actors and human rights defenders interacting with governmental authorities in designing the contents of the National Plans of Action on business and human rights has proved to be an efficient tool to gain the respect for this kind of obligation. Lastly, the fourth category demands business actors to be actively involved in advocating and seeking remedy for human rights defenders whose rights and freedoms have been totally or partially compressed by domestic laws and policies. The obligation could be performed in relation to unique public occasions where the business actor supports openly a human rights defender through a statement addressed to concerned governmental authorities and to the public opinion. But it could also be embodied by business actors as influential supporters in respect of the institutional domestic stakeholders to reinforce their legislative framework and their judiciary mechanism to facilitate the access to remedy and to provide for appropriate redress and

compensation for human rights defenders and direct victims of human rights violations. In this sense human rights defenders could play a significant role in order to create partnership opportunities with business actors and to foster simultaneously their collaboration with public and private actors.

In one of the most recent report submitted to the UNGA in 2015 the Special Rapporteur has introduced an overview about the critical relationship between human rights defenders and business in relation to human rights violations – particularly in the environmental context.

The Special Rapporteur refers to the defender within a predetermined vulnerable context where multiple political, economic and social factors impact negatively on its role, personal dignity and freedom of movement, freedom of expression and opinion through communication channels. At the same time each attitude or action putting the defender at risk often goes unpunished.

The Special Rapporteur also reports an alarming aspect about human rights defenders working to detect the respect of corporate social responsibility principles by business companies: the complicity between States and business companies for partially ensuring high legal standards, so far letting business activities unpunished when they violate human rights. The Special Rapporteur has adopted specific recommendations on this point that are addressed to States (asking for an effective protection of human rights defenders and for facilitating their advice in the compilation of National Plans of Action and in cooperative interventions) and to business companies (to encourage human rights defenders activities and to protect their freedom of expression and assembly).

In another recent report released in 2016 the Special Rapporteur has examined the environmental human rights defenders conditions in relation to business.

In his view environmental human rights defenders need for specific legal and institutional safeguards, jointly with the respect and support from business companies.

For this reason the Special Rapporteur assigns to States the obligation to protect directly environmental human rights defenders

as representatives of the civil society, being further empowered as actors within the 2030 Agenda for Sustainable Development. They have the right to life, personal liberty and security, freedom of expression, freedom of peaceful assembly, right to privacy, as enshrined in the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on civil and political rights and in the abovementioned 1989 Declaration. In other terms States have the duty to respect these rights as well as to act in order to prevent and repress all violations of human rights of environmental defenders, facilitating their access to remedy and compensation.

At the same time the Special Rapporteur assigns to States the obligation to protect indirectly when the violation has been committed by public or private business companies in relation to UNGPs. He stresses the need for an enhanced domestic legislation and real participation of environmental human rights defenders to joint planning and decision-making processes to ensure the full protection of their human rights. Whenever the violation has been already recorded, the environmental human rights defenders safeguard and the support in accessing remedial judicial and non-judicial mechanisms should be granted: this is crucial especially when they are not familiar with remedies or have difficulties in accessing due to the blurring legal nature of the violation and the related accountability on business companies/multinational corporations.

In the final section of the report the Special Rapporteur makes relevant recommendations to concerned actors while aiming to aware the public opinion about the role of environmental human rights defenders and stigmatizing violations of their rights by States and business companies.

States are recommended to adopt a human rights based approach for the economic development, strengthening the participation of non-institutional stakeholders to the compilation of strategies and NAPs on business and human rights. They are further requested to ensure the functioning of investigation and remedial mechanisms to punish the offenders violating environmental defenders human rights.

Business companies are recommended to respect national legal obligations – soft laws and ethical international norms – promoting the dialogue with environmental human rights defenders, granting them access to data and information, avoiding any conduct and actions putting the defenders at risk, and providing for the establishment and functioning of non-judicial remedial mechanisms.

7. Conclusions

The contemporary debate on new frontiers, new actors and new rules moving from a re-conceptualization of the global commons in relation to international human rights standards and the role of business at large encompasses great challenges for improving traditional judicial and development cooperation mechanisms and procedures.

We are facing a transformation of the global governance in its essence, that also demands for fresh and additional considerations about the future of international relations, the amendment of existing laws and imaginable economic opportunities. All actors that are on the global scenario must be committed to clarify their role and contribution for common goals and shared working methodologies.

The comparison and possible convergences and divergencies among legal international and national frameworks are a good starting point: differently from global constitutionalism and global administrative law, global governance is broad enough to include different but complementary competing contributions from both public and private actors.

It means that the global governance we're referring to is a dynamic setting, that could be periodically reinvented but that must be based on the strong and comprehensive support of business, in order to grant the access and the protection of global commons for all and to ensure the full respect of human rights and fundamental freedoms of individuals and peoples worldwide.

A SEGURANÇA INTERNACIONAL E AS GARANTIAS DOS DIREITOS HUMANOS

Clarisse Laupman

Introdução

Este artigo vem dar exposição a uma crescente preocupação internacional com relação à segurança internacional e a subtração de garantias individuais conquistadas pelos Direitos Humanos. Os noticiários estão repletos de registros relatando atos de terrorismo e a contrarreação dos Estados Nacionais, enrijecendo suas leis internas em nome da Segurança Nacional. Com o endurecimento pelos Estados dá se também um recrudescimento da Segurança Internacional, uma vez que, o Terrorismo, que não conhece fronteiras, é um cancro de nossa Sociedade Internacional.

Em seguida, demonstraremos que a aplicação de medidas de Segurança Internacional está ameaçando sensivelmente a prática da liberdade religiosa e que o medo impregnado na Sociedade pelo Terror e fomentado por algumas políticas de segregação pode nos levar a uma real perda de direitos.

Por fim, existe ainda o angustiante presságio que as medidas de segurança que adotam restrições individuais e coletivas, ferindo as liberdades em nome de uma proteção maior, não se satisfarão com a mitigação da liberdade religiosa, primeira das grandes liberdades garantidas pelos Direitos Humanos, mas seguirão avançando entre as demais garantias individuais e coletivas conquistadas pelos seres humanos.

No tocante à metodologia, será realizada uma pesquisa de cunho exploratório, intercalando técnicas bibliográficas e documentais de coleta de dados. Mais especificamente, observar-se-á prioritariamente a postura positivista do ordenamento jurídico

internacional (convenções e costumes internacionais), porém elementos extrajurídicos também serão levados em consideração. A investigação será baseada nas medidas governamentais de contrarreação, positivadas no âmbito internacional e na observação constante das garantias de direitos humanos.

1. O Terrorismo como ameaça

Desde os tempos primordiais da existência humana em sociedade constatamos a presença do terrorismo. Uma das primeiras incursões do terrorismo, registrada historicamente, pode ser assinalada no Oriente Médio, na Palestina, no século I, com a Guerra dos Sicários[1], onde a seita religiosa dos *Zelotes* entra em conflito com os *Scarris*, para expulsar seus desafetos da região da Judeia. Foram empregadas técnicas pouco convencionais para a época, com uma forte imposição de temor. Assim germinava a ameaça do Terror, que possui como maior trunfo a imposição do medo sobre a sociedade e com essa imposição a aceitação social de mitigação de direitos em nome da Segurança.

Seguindo os *Zelotes* encontramos diversas e diferentes formas de terror ao longo da história da Humanidade, como nos ensina Nuno Rogério[2], com motivações diversas, vários grupos violentos cometeram atos de terror. Desde os *Hashashin*e e *Tugues*, passando por Niilistas e Anticzaristas Narodnye Volye, até os mais recentes IRA (Exército Republicano Irlandês) e ETA (Movimento de Libertação Nacional Basco), com suas cruzadas separatistas ou ainda os Tupamaros, Sendero Luminoso, aos coevos da Al Qaedae e DAESH (autointitulado Estado Islâmico). Todos, sem exceção, trazendo consigo uma resposta adversa dos governos locais como forma de proteger.

---

[1] BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (orgs.). Direitos humanos e terrorismo. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2014, p. 135.

[2] MOREIRA, Adriano (org.). Terrorismo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 525.

Dentro da concepção hodierna do terrorismo, ressaltando a assimetria existente na nova guerra global contra o terror[3], temos como importantes marcos o atentado de 11 de setembro de 2001 e mais recentemente os Atentados de Paris em novembro de 2015. O primeiro marco inaugurava uma nova fase dos movimentos terroristas, com o maior número de mortes registradas, até hoje, em um ataque civil, desenhado e executado com a utilização de aviões comercias, em prédios de importância simbólica para o capitalismo norte-americano[4]. Como contrarreação temos a invasão americana no Afeganistão e o Ato Patriota[5].

Já o segundo marco, os Atentados de Novembro em Paris[6], são considerados como uma nova fase no terrorismo por aplicar uma punição ao modo de viver francês, esmaecendo o falho sentimento humano que o terrorismo tem alvos prováveis como Igrejas, Mesquitas e outros lugares ligados a grupos definidos, religiosidade e cultura humanas e seus simbolismos. Como contrarreação vimos a instauração de Estado de Sítio na França[7], leis mais restritivas da liberdade religiosa, ratificadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos[8]. Posteriormente, ainda vislumbramos as mudanças na política de Segurança dentro da União Europeia[9].

---

[3] Quando na guerra pressupunha se duas partes equivalentes lutando de sob mesmas "regras", hoje, falamos de uma guerra onde de um lado temos os Estados e de outro lado os grupos beligerantes terroristas, sem regras postas.

[4] Ver: ETZIONI, Amitae. How Patriotic is the Patriot Act? New York: Routledge. 2005.

[5] Disponível em: https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr3162enr/pdf/BILLS-107hr3162enr.pdf. Acesso em: 17 abr. 2018.

[6] Disponível em: https://noticias.r7.com/internacional/novo-11-de-setembro-ataques-em-paris-dao-inicio-a-outra-fase-do-terrorismo-diz-especialista-15112015. Acesso em: 17 abr. 2018.

[7] Disponível em: http://www.senat.fr/lc/lc264/lc264_mono.html. Acesso em: 18 abr. 2018.

[8] Disponível em: https://www.echr.coe.int/Pages/. Acesso em: 18 abr. 2018.

[9] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1534521843371&uri=CELEX:52016DC0670. Acesso em: 18 abr. 2018.

O terror divide o Mundo entre "bons" e "maus" mais uma vez. Criando condições favoráveis para que os retrocessos em relação aos diretos humanos ganhem destaque.

Nesse sentido, Eric Hobsbawn[10]:

> Existe, no entanto, um fator mais perigoso na geração da violência sem limites. É a convicção ideológica, que desde 1914 domina tanto os conflitos internos quanto os internacionais, de que a causa que se defende é tão justa, a do adversário é tão terrível, que todos os meios para conquistar a vitória e evitar a derrota não só são válidos como necessários. Isso significa que tanto os Estados quanto os insurgentes sentem ter uma justificativa moral para o barbarismo... (...) A ascensão do megaterror no século passado não reflete a "banalidade do mal" e sim a substituição dos conceitos morais por imperativos superiores.

Trocamos direitos em nome de um bem maior que é a Segurança? Como possível resposta à essa pergunta assistimos a uma nova onda conservadora, nos Estados Nacionais, que não se acanha em propor que não existirão liberdades se não houver segurança. Valorando de forma definitiva qual dos princípios deverá prevalecer. Entretanto, continuamos nos arguindo se a afirmação não deve ser outra: Sem liberdade não há Segurança.

2. Segurança Internacional como Princípio

Alcançar a segurança para membros do grupo e garanti-la em face dos perigos que o ameaçam de desagregação têm sido exigências prioritárias dos grupos humanos. A segurança é um fator sempre presente nas organizações sociopolíticas. A sensação de segurança, antes pretendida em termos de indivíduo e grupos com determinações fronteiriças, ganha contornos mundiais dentro da realidade da globalização iniciada no pós-guerra.

---

[10] HOBSBAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. 8. reimpressão. Trad. José Viegas. São Paulo: Cia. das Letras, 2007, pp. 127-128.

O tema da Segurança nunca foi de fácil entendimento ou aceitação, sua correlação com a paz e a guerra o tornaram um tema pouco desejado, mas fundamental para as relações entre Estados. Assim desde meados do século passado, os estudiosos de Segurança Internacional se dividem entre duas propostas distintas, subconceitos da própria ideia de Segurança. A primeira proposta baseia se na relação entre poder e força. Sendo denominados realistas os anuentes desta. A segunda proposta, idealista, percebe que só existe segurança relacionando-a ao conceito de paz. Essas duas ideias, preconizadas por Buzan[11], só puderam desenvolver-se com o desenrolar da guerra fria instituída entre o mundo do capitalismo *versus* comunismo.

Sob visão realista, a soberania estatal conjurada com os princípios internacionais de autodeterminação e não intervenção, garantiria aos Estados soberanos total controle sobre a ingerência de sua segurança nacional. O nacionalismo, garantidor de coesão, tenderia então a empoderar o Estado ante seus pares no cenário internacional, por ser o detentor do poder soberano, definido o que é bom e o que é ruim para a segurança nacional. A segurança seria, portanto, uma consequência do poder. Nas palavras de Ramina e Cunha[12]: "a aquisição de poder por um estado necessariamente resultaria em gozo de mais segurança".

Os idealistas, por sua vez, narram o tema de segurança pelo conceito de paz. Através desse conceito, poderíamos entender a segurança dentro de um ambiente de maior completude. Junto ao conceito e prática da soberania, a busca da paz é um objetivo constante, que impediria a ameaça de uma nova guerra, de proporções mundiais. A segurança seria um resultado da paz: tendo paz, tem-se segurança.

Em ambas as propostas existem problemas efetivos, nenhuma delas teria a solidez necessária para ser um norte para o conceito de segurança no sistema internacional. Enquanto a posição realista gera

---

[11] BUZAN, Barry. *People, States & Fear*: an agenda for international security studies in the post-cold war era. Colchester: ECPR Press, 2009, pp. 25-30.

[12] RAMINA, Larissa; CUNHA FILHO, Valter Fernandes da. *Segurança internacional*: desenvolvimento teórico, desafios concretos e paradoxos. Curitiba: Juruá, 2013, p. 26.

atitudes destrutivas, baseando seu conceito no sistema de poder, com propostas belicistas[13], a proposta idealista, por muitas vezes, é tida como pueril, em confiar que a paz vai gerar segurança, independentemente do poder dos Estados.

Na década de 50, John Herz[14] chama atenção para o denominou de "dilema da segurança". Dizia o autor que os esforços unilaterais de um Estado para garantir sua própria segurança nacional poderiam ser interpretados como elevação do nível de ameaça para outros Estados, levando estes a adotarem medidas defensivas para sua própria segurança e promovendo a insegurança internacional. Instava-se um círculo vicioso que nunca teria fim. O que seria possível fazer para romper este círculo vicioso? A grande aposta internacional foi o sistema das Nações Unidas.

A ONU foi e é a protagonista no tema de Segurança Internacional. Através de seus princípios basilares de autodeterminação e não intervenção e solução pacífica de conflitos conseguiu propagar a ideia de uma segurança coletiva sem macular o sistema soberano dos Estados. Respeita as soberanias com a sutileza necessária para romper os padrões de atuação local e inaugurar um tempo de coalização internacional. Ainda que tímida frente aos padrões nacionais belicistas, a colocação da pauta internacional de Segurança vem crescendo com determinada regularidade e já é uma realidade.

Contudo, aproximadamente setenta anos mais tarde, a teoria de Herz é mais atual que nunca e convoca uma mudança de paradigma dentro da interpretação de Segurança Internacional. Com efeito, muito foi feito nessas últimas sete décadas, mas a imposição dos sistemas estatais de segurança, egoístas por natureza, impedem um entendimento mais amplo e completo de como a Segurança Internacional deve ser pensada de forma coletiva e fundamentada

[13] Não podemos esquecer que os exércitos estatais de hoje contam com poderio tecnológico e nuclear.

[14] HERZ, John H. (1950). Idealist Internationalism and the Security Dilemma. *World Politics*, 2, p. 157-180. Disponível em: http://journals.cambridge.org/action/display. Acesso em: 15 mar. 2018.

numa proposta de paz, sem nenhum efeito revanchista que acoberte a ideia maior de um Mundo livre e seguro.

3. Liberdade Religiosa: a primeira Liberdade, o primeiro ataque

O direito internacional dos direitos humanos vem se desenvolvendo nos últimos dois séculos a partir dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Ideais estes advindos de movimentos humanos disruptivos dos *status quo* de seus tempos e inspiradores de mudanças significativas para a Humanidade. A primeira liberdade conquistada pelos direitos humanos foi a liberdade religiosa. Liberdade essa, robusta em complexidade e desafios e ao mesmo tempo bastante frágil em sua perpetração. Ao examinarmos mais atentamente a ameaça do terrorismo e os dilemas da Segurança Internacional nos deparamos com a inquietante possibilidade de perda de direito. E, sob essa perspectiva, é a liberdade religiosa o primeiro alvo de ataques.

A discussão sobre liberdade religiosa é mais antiga do que a existência dos direitos internacionais de direitos humanos, mas para efeitos de compreensão deste artigo vamos admitir como paradigma o artigo 18 da Declaração dos Direitos Humanos de 1948[15].

> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III), em 10 de dez. 1948.
>
> **Artigo18**
> Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular.

[15] Declaração Universal dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. /www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de abril de 2018.

Um pequenino artigo com três linhas e uma frase que guarda uma imensidão de direitos humanos assustadora. A liberdade de pensar, a própria essência diferencial do ser humano em relação as demais espécies. A liberdade de consciência: poder de saber de si para si e para o próximo, de si e do contexto geral da humanidade. E a liberdade de religião em si, de acreditar e promover sua crença, ou seja, de deixar o foro íntimo e proclamar seu pensamento e vontade para o todo. Ainda mais, a liberdade, respeitosa, de tentar fazer com que ideias particulares possam se tornar coletivas, o incômodo proselitismo que tanto agasta a sociedade. A percepção da grandeza dessa liberdade gira na mesma proporção das dificuldades que encontramos em sua perpetração.

Ainda sob a dimensão do artigo proclama Vicente Ráo[16] sobre a Declaração de Direitos:

> É da mais alta importância e assinala considerável progresso o reconhecimento, não por uma, mas pela quase totalidade das Nações, dos direitos fundamentais do homem, considerados sob tríplice aspecto: o individual, o social e o universal. A par de toda a comunhão interna, proclama-se, aqui, a existência de uma comunhão universal, de uma família humana; e como na ordem interna se visa a paz social, assim também, na ordem externa, afirma-se a existência do direito à paz universal. Os direitos inerentes à personalidade humana, não são mais, como na Declaração proclamada pela Assembleia nacional Constituinte de França, os de caráter civil e político estritamente individuais, mas, também, os de caráter social, econômicos inclusive e, ainda, os de caráter internacional (destaque do original).

A liberdade religiosa aglutina em si a possibilidade da realização do princípio de dignidade humana, daí talvez a explicação para ser a primeira garantida e a primeira a ser atacada. Explicamos[17]:

---

[16] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 6465.

> Os pioneirismos da liberdade religiosa na positivação dentro das cartas de direitos humanos internacionais podem ser afirmados em função de duas causas principais. A primeira causa deve-se ao fato de que por muito tempo a base da sociedade foi, intrinsecamente, ligada às confissões religiosas. Ora por conta das relações sociais de comunidade, ora pela ligação com o poder político. Portanto, não se estranha que as mudanças ocorridas na Europa e nos EUA, no século XVIII, empoderassem a liberdade religiosa, quando da separação entre Igreja e Estado. A segunda causa diz respeito às exigências contidas na ideia de liberdade religiosa: para exercer tal liberdade, o indivíduo precisa gozar de seu foro íntimo. Destacado esse foro, precisa ser capaz de protegê-lo, tanto das pessoas particulares quanto das pessoas públicas, como o Estado.

3.1. A liberdade de crença

Crer significa acreditar em algo ou alguma coisa. Assim quando pleiteamos a liberdade de crença poderíamos estar ratificando quaisquer pensamentos humanos. Contudo, a interpretação jurídica concebida para tal liberdade foi um pouco mais restrita. Ao falar de liberdade de crença estamos garantido o ato religioso de acreditar: crença religiosa. Esse conceito foi apresentado na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776)[18], o qual dizia que:

> Artigo XVI
> Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; consequentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever

---

[17] LIMA, Clarisse Laupman Ferraz. *Liberdade Religiosa e Segurança Internacional:* desafios e perspectivas. Tese de Doutorado PUC-SP, 2016, p. 65.

[18] Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html. Acesso em: 13 abr. 2018.

> recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo.

E na primeira emenda à Constituição americana (1789)[19], *United States Bill of Rights*, previa que:

> EMENDA I O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.

Entende se que a liberdade de crença é, portanto, parte indissociável da liberdade de pensar. Todavia, se se tratasse só do pensamento de fundo intrínseco do ser humano não teríamos conflitos religiosos. A liberdade de crença ultrapassa a ideia de foro íntimo e promove a possibilidade de pensar de forma coletiva e manifestar esse pensamento em formas diversas, como cultos e pregações. Em tempo, a liberdade de crença permite ainda a maior das possibilidades, a de mudar de pensamento, demudando sua religião.

3.2. A liberdade de culto

A liberdade de culto é um desdobramento da liberdade de crença. É um reforço da demonstração da fé. Sua exteriorização, ponto de visibilidade da prática religiosa que expõe o credo à pratica social. Deve ser observado como direito fundamental que representa. O culto é peça fundamental dentro da liberdade religiosa, podendo ser intimo e silencioso ou praticado de forma caudalosa, rumorosa e pública. Não obstante, podem haver limitações dessas práticas, quando ligadas a boa convivência social e organização estatal. Por se

[19] Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicaodos-estados-unidos-da-america-1787.html. Acesso em: 13 abr. 2018.

tratar de manifestação pública é o primeiro ponto de choque quando falamos dos conflitos gerados pela religião.

Historicamente, temos muitas referências de inconvenientes causados por essa prática. Podemos mencionar como exemplo o que acontece há muito com relação as Testemunhas de Jeová[20]. Seu proselitismo exercido em alto volume e seu preceito de não aceitação da transfusão sanguínea causam danos desde muitos séculos.

Atualmente, devido ao signo do terror, a liberdade de culto encontra se sob contínua vigilância. Manifestações religiosas são vistas como provocações, ou até mesmo, ameaças de Segurança. A profissão da fé sempre foi dubiamente interpretada, mas hoje ganha contornos próximos do que seria um impedimento, subtração de direitos[21].

3.3. A Liberdade de Organização Religiosa

As garantias da organização religiosa tem relação direta com uma espécie de inação pelo Estado Soberano. Ela deve ser concedida de forma equânime e total, não interessando quanto tempo ou quão antiga é a organização religiosa, se tem dimensão de igreja ou se não passa de um grupo pequeno de pessoas. Nesse intento, Casamasso[22]:

---

[20] Exemplo: no processo Membros da Congregação das Testemunhas de Jeová de Gldani e Outros c. Geórgia, 162 um grupo de Testemunhas de Jeová foi atacado por um grupo ultra ortodoxo. Apesar de ter sido informada, a polícia não interveio para impedir a violência. A investigação que se seguiu foi descontinuada após a polícia ter afirmado não ser possível estabelecer a identidade dos agressores. O TEDH considerou que o facto de a polícia não ter intervindo para proteger as vítimas de violência racial e a posterior ausência de um inquérito adequado constituíram uma violação do art. 3º (o direito a não ser submetido a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes) e do art. 9º (o direito à liberdade de religião) conjuntamente com o art. 14, uma vez que o referido ato discriminatório se ficou a dever a motivos religiosos. Disponível em: www.echr.coe.int/Docu ments/Handbook_non_discri_ law_POR. pdf. Acesso em: 20 abr. 2018.

[21] Disponível em: http://parstoday.com/pt/radio/worldi18514europa_n%C3%BA mero_um_na_persegui%C3%A7%C3%A3o_das_minorias_religiosas. Acesso em: 20 abr. 2018.

[22] CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. *Política e religião:* o Estado laico e a liberdade religiosa à luz do constitucionalismo brasileiro. Tese de doutorado em Direito PUC-SP, 2006, p. 251.

"quanto menor for a presença e interferência do estado nesta esfera maior será a liberdade das confissões religiosas para se organizarem".

O ideal de laicismo estatal deve ser observado e estimulado, Estado e Igreja devem manter se em estratos diferentes, com convivência mínima e pacífica. O estranho dessas afirmações é que quem assim nos ensinou sobre a laicidade[23], é o primeiro a restringir com leis nacionais a liberdade de religião no interior de seu Estado Nacional. A França, grande berço do laicismo, é o Estado Nacional que primeiro investiu em leis restritivas da prática religiosa.

A liberdade de organização religiosa é parte integrante do direito à liberdade religiosa. Devendo ser acomodada da melhor forma pelos Estados Soberanos. Isso significa limites práticos de convívio social, pré-estabelecidos, sem intromissão na parte essencial de organização. Quanto às questões de ordem econômica e patrimonial não existem impeditivos à intervenção dos Estados[24].

A complexidade da liberdade religiosa é sua mais cara característica e sua maior fragilidade. Quando, em nome da Segurança Internacional, são impostos limites a prática da liberdade, todo o sistema internacional de proteção aos direitos humanos sucumbe.

Lembramos que o homem é um ser religioso. A prática da religião é essencial na existência humana. Não existem direitos outros que não os necessários para o alicerce humano.

Thomas Hobbes[25], em seu *Leviatã* escreveu:

---

[23] Ver mais em LIMA, Clarisse Laupman Ferraz. *Liberdade Religiosa e Segurança Internacional:* desafios e perspectivas. Tese de Doutorado PUC-SP, 2016, cap. 2.

[24] Exemplificamos: "Ação civil pública. Deferimento de liminar para vedar o uso, durante culto religioso, de instrumento de ampliação sonora, causadora de perturbação e poluição ao ambiente. Inexistência de ofensa ao direito ao culto. O Estado, como tem obrigação de tutelar pela liberdade de culto, deve também proteger o meio ambiente da poluição sonora, causada por instrumentos amplificadores de sons. Denegação do writ". Disponível em: http://tj-rs.jus brasil.com.br/jurisprudencia/9230603/mandado-deseguranca-ms-593156896-rs-tjrs. Acesso em: 13 abr. 2018.

[25] HOBBES, Thomas de Malmesbury. *Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.* Disponível em: hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 16 abr. 2018.

> Verificando que só no homem encontramos sinais ou frutos da religião, não há motivo para duvidar que a semente da religião se encontre também apenas no homem, e consiste em alguma qualidade peculiar, ou pelo menos em algum grau eminente dessa qualidade, que não se encontra nas outras.

Como entender a colocação de Hobbes diante dos acontecimentos recentes na Europa, com a implementação de leis restritivas ao uso do véu em público? Primeiro, tivemos uma lei francesa, que proibiu o uso de alguns tipos de véus. Tal lei, não dizia nada sobre o simbolismo religioso da prática do uso do véu. Descrevia, tão somente, a necessidade de adaptação dos indivíduos ao modo de vida francês e a questão da segurança coletiva. Além dos véus ficavam proibidas também as bataclavas, espécies de máscaras, que também cobrem quase integralmente o rosto do usuário.

O caso foi levado ao conhecimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos[26]. Sua decisão foi no sentido de apoiar o Estado francês. Segundo o entendimento do Tribunal, os véus, em questão, não eram necessários para a prática religiosa, uma vez que, existem outros tipos de véus que não encobrem o rosto de forma integral e a segurança francesa estava efetivamente ameaçada por essa prática. Pois bem, aqui poderíamos estar discorrendo sobre controle estatal, ou sobre segurança, até mesmo sobre direito das mulheres. Contudo, o que percebemos foi uma pequena ruptura na prática religiosa.

Três anos mais tarde, neste ano de 2018, a França volta aos noticiários com uma proposta de acabar, em definitivo, com o uso do véu em público. A nova proposta incluiria não só os véus islâmicos, mas também outros artefatos religiosos como quipás e crucifixos "grandes". Hoje são quinze os Estados Europeus que baniriam o véu integral islâmico[27]. A cada demonstração da fragilização do sistema

[26] CASO A.S. x França. Disponível em: file:/CASE%20OF%20S.A.S.%20v.%20FRANCE.pdf. Acesso em: 20 mar. 2018.

[27] Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/2018/08/16/france-denmark-bans-full-face-muslim-veils-are-spreading-across-europe/?noredirect=on&utm_term=.8152b 619e4a0. Acesso em: 20 ago. 2018.

de proteção dos direitos humanos, maior a preocupação com o que virá a seguir.

4. O que está por vir

Desvelada a possibilidade concreta de subtração de direitos humanos conquistados, a imperativa preocupação diz respeito ao que está por vir. Não existe uma forma possível de prever com qual o próximo direito pode ser ameaçado. A questão não segue nenhuma forma de lógica. Na observação dos acontecimentos globais, entretanto, podemos vislumbrar alguns pontos que se destacam. Entre eles o direito à privacidade.

Voltamos então ao ponto principal deste artigo, o que estamos trocando em nome da Segurança. A constatação da quebra de alguns direitos já não mais pura especulação. E como o direito a privacidade se encaixa nesta prerrogativa? A resposta parece certa. No início do ano de 2017, os noticiários globais anunciavam o caso Wikileaks[28]. Caso no qual se constatava que a Agência de Inteligência Norte-americana, uma das responsáveis pela segurança desse Estado, estava, de forma clandestina, monitorando contas particulares e telefones celulares de milhões de norte-americanos. Revelado isso e passado o alvoroço causado pela notícia, quão grande foi a surpresa de pesquisas de opinião[29] divulgarem que grande parte da população americana consentiria com tal "espionagem" se isso trouxesse maior segurança para o EUA. Mais uma vez, em nome de uma suposta segurança, barganhamos direitos.

O direito à privacidade não é tão antigo quanto a liberdade religiosa. Ao contrário, a ideia de privacidade é bem mais recente. Uma conquista do século passado, até então, o Mundo girava sob uma ideia de coletivo. A possibilidade de uma vida privada, como

---

[28] Disponível em: https://link.estadao.com.br/noticias/geral,a-historia-do-wikileaks,10000041176. Acesso em: 10 abr. 2018.

[29] Disponível em: http://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/09/27/most-americans-think-the-government-could-be-monitoring-their-phone-calls-and-emails/ Acesso em: 20 abr. 2018.

conhecemos hoje, só foi alcançada depois do pós-guerra[30]. Aposentos individuais, telefones individuais e outras definições da individualidade são padrões relativos a este século. Assim, apesar do direito à privacidade ser recém-nascido, tal direito já está sendo modificado com a presença de INTERNET. A privacidade como direito só está engatinhando e já se encontra ameaçada como tal.

Conclusão

O movimento constante da Humanidade, acompanhado de seus direitos não deveria ser motivo de preocupação. Em verdade, a mais marcante característica do Mundo Internacional é sua constate mutação. E com o direito não é diferente. A proposta Internacional de Segurança deveria ser mais uma garantia e nunca uma ameaça. O processo de conquistas dos direitos humanos deveria ter sempre o tom de crescimento e nunca de recessão.

Quando ponderamos os caminhos das ameaças a paz, terrorismo, segurança e perda de direitos, estamos tão somente resguardando os interesses humanos frente a um possível descompasso avistado. Para avançar com Paz, não precisamos subtrair direitos, precisamos ampliá-los.

Para conquistar a liberdade religiosa que temos hoje, passamos por várias etapas de conquistas. Primeiro, conseguimos impor a tolerância para depois falarmos em liberdade. Com efeito, não poderíamos voltar ao antigo degrau e pensar em tolerância, tão pouco, pensar na falta dela.

O ideal de Segurança merece todo o destaque que lhe é devido, inclusive com uma perspectiva internacional, mas a quem interessaria a imposição de perda de Direitos? Essa é a pergunta que nos devemos fazer. Será um Mundo seguro aquele que não temos liberdades? Tais indagações não possuem respostas assertivas, mas merecem reflexões mais profundas do que respostas revanchistas.

A liberdade é o bem mais precioso do ser humano e com ela nosso poder de pensamento e decisão. A liberdade religiosa foi e é o

[30] Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/71/edicao-1/direito-a-privacidade. Acesso em: 20 abr. 2018.

primeiro passo da jornada da conquista de direitos. Ela nos é muito cara e não deve ser abandona mesmo na presença do Medo. Para isto basta lembrar da nossa primeira reação diante do desconhecido. Rezamos.

DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA E O DIREITO DO PRESO ESTRANGEIRO À ASSISTÊNCIA CONSULAR

Vera Lúcia Viegas Liquidato

1 – Direito do estrangeiro à informação sobre assistência consular

O presente artigo tem por objeto analisar 1, quanto aos direitos fundamentais da pessoa humana, o direito à assistência consular, disciplinada no Artigo 36, § 1º, "b", da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963[1].

Tal assistência consular é devida pelo consulado ao seu respectivo nacional que tenha sido "preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira" pelo Estado acreditado[2]. Vejamos:

---

[1] A Convenção de Viena sobre Relações Consulares foi celebrada em Viena aos 24/04/1963, tendo sido assinada pelo Brasil nessa data. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 06, de 05/04/1967. Brasil depositou seu instrumento de ratificação na ONU em 11/05/1967. Foi promulgada o Brasil pelo Decreto n. 61.078, de 26/07/1967 e publicada no Diário Oficial da União em 28/07/1967. Entrou em vigor no Brasil em 10/06/1067, nos termos do Artigo 77, § 2º: "Para cada um dos Estados que ratificarem a Convenção ou a ela aderirem depois do depósito do vigésimo segundo instrumento de ratificação ou adesão, a Convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por esse Estado, do instrumento de ratificação ou adesão". Quanto a instrumentos jurídicos sobre relações consulares, convém mencionar que, além dessa Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, firmaram-se também o Protocolo Facultativo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares sobre a Aquisição de Nacionalidade (Viena, 24 de abril de 1963) e o Protocolo Facultativo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares sobre a Jurisdição Obrigatória para a Solução de Controvérsias (Viena, 24 de abril de 1963).

[2] Estado acreditado ou Estado receptor é o Estado que "recebe", ou seja, aquele em cujo território se instala o corpo consular (é o Estado anfitrião). Já "Estado

> *Artigo 36 – Comunicação com os Nacionais do Estado que envia.*
> *1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:*
> *a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;*
> b) ***se o interessado lhes solicitar**, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo; [grifou-se]*
> *c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conservar e corresponder-se com ele, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.*
> *2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidas de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.* [grifo nosso].

---

acreditante" ou "Estado que envia" é aquele que mantém o corpo consular, enviando seus representantes.

A questão que se levanta aqui é a de saber se esses estrangeiros nessas situações têm o direito de serem informados acerca da assistência consular, ou seja, as autoridades locais do Estado receptor têm por obrigação informar a esses estrangeiros, desse direito?

Essa questão se coloca devido à redação do Artigo 36, § 1º, "b", que menciona literalmente que as autoridades locais do Estado receptor devem informar a repartição consular competente, "se o interessado lhes solicitar". O que aqui se pergunta é: e se o estrangeiro em questão não sabe que tem esse direito – que é o que ocorre na maioria das vezes – como pode o estrangeiro solicitar uma assistência a qual não sabe ter direito?

Esse estrangeiro que por vezes nem fala o idioma do Estado receptor e não tem advogado, sem a assistência consular conseguirá eficazmente defender-se em juízo?

Sem a assistência consular não haveria violação ao princípio do devido processo legal?

Antes de nos debruçarmos sobre a regulamentação do direito à assistência consular e sua interpretação jurisprudencial e implicações para os casos de violação, faz-se mister tecer algumas considerações sobre a concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana enquanto "gerações" ou dimensões.

1.1 – Classificação dos direitos fundamentais da pessoa humana em gerações

Karel Vasak figura como um grande expoente da classificação dos direitos fundamentais da pessoa humana[3] em gerações. Em aula magna proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, em 1979[4], dividiu os direitos humanos em gerações, ao

[3] Neste trabalho utilizam-se as expressões direitos humanos, direitos fundamentais da pessoa humana, Direito Internacional dos Direitos Humanos, como sinônimo, mesmo não sendo exatamente correspondentes.

[4] VASAK, Karel. *For the third Generation of Human Rights*: The Right of Solidarity, Inaugural Lecture, Tenth Study Session, International Institut of Human Rights, Estrasburgo, July 1979. *Vide* também, a respeito dessa aula magna, as afirmações que Antonio Augusto Cançado Trindade fez por ocasião do "Seminário

se referir ao lema da revolução francesa, sendo a primeira geração, os direitos de liberdade (direitos civis e políticos), a segunda geração os direitos de igualdade (os econômicos, sociais e culturais) e a terceira geração – que estaria agora em desenvolvimento, na sociedade internacional –, os direitos de fraternidade (direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente). A partir daí Norberto Bobbio ter-lhe-ia seguido essa "tese" e criado a sua própria interpretação dos direitos humanos divididos em gerações[5].

Antes dessa aula magna, Karel Vasak já se referira a gerações de direitos humanos em obra publicada em 1977, nos seguintes termos:

> A primeira geração concerne a sujeições ["*negative" rights*], no sentido de que o respeito aos correspondentes poderes formativos implica uma não interferência do estado com as liberdades individuais e não corresponde exatamente aos direitos civis e políticos. A segunda geração, por sua vez, exige condutas positivas do estado para serem implementados, como é o caso da maior parte dos direitos sociais, econômicos e culturais. A comunidade internacional está a caminho de uma terceira geração de direitos humanos que pode ser chamada de direitos de solidariedade. [tradução livre][6].

Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional" - Evento Associado à *V Conferência Nacional de Direitos Humanos*, ocorrido na Câmara dos Deputados (Brasília – DF), em 25 de maio de 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm [acesso em 26/06/2018].

[5] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 32-33.

[6] P. 29: "The first generation concerns 'negative' rights, in the sense that their respect requires that the state do nothing to interfere with individual liberties, and correspond roughly to the civil and political rights. The second generation, on the other hand, requires positive action by the state to be implemented, as is the case with most social, economic and cultural rights. The international community is now embarking upon a third generation of human rights which may be called 'rights of solidarity'. VASAK, Karel. A 30-year Struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights, *The UNESCO Courier*, 30th year (Souther Africa at groups with racismo). UNESCO: Paris, november 1977.

Em que pese a classificação dos direitos humanos em gerações estar sacramentada na doutrina, há os que lhe opõem reservas[7].

Um grande opositor a essa classificação, é Antonio Augusto Cançado Trindade[8].

Para Cançado Trindade não há que se falar em gerações de direitos humanos por não haver veracidade histórica[9]; por não haver

---

Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063 [acesso em 27/06/2018].

[7] Sobre as críticas à teoria das gerações de direitos humanos, *vide*, dentre outros, LIMA, George Marmelstein. "Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais". In *Jus Navegandi* n. 173, 26/12/2003. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes- dos-direitos-fundamentais [acesso em 26/06/2018].

[8] Na "Apresentação" à obra de Flávia Piovesan, "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional", Cançado Trindade tece severas críticas à classificação dos direitos humanos em gerações, referindo-se a ela, como uma fantasia: "a qual corresponde uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos [os direitos] no tempo. A noção simplista das chamadas "gerações de direitos", histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da "sucessão generacional" [sic] pareceria supor, os direitos humanos não se "sucedem" ou "substituem" uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes, da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos. Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (*e. g.*, os direitos econômicos sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental da concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos". CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. "Apresentação" à obra de PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXI.

[9] No direito internacional os direitos econômicos e os sociais aparecem antes, já que as primeiras convenções da OIT são anteriores à ONU (surgiram nos anos 20 e 30), ou seja, a "primeira geração" seria o direito ao trabalho, o direito às condições de

sucessão cronológica dos direitos humanos (um não sucede ao outro, substituindo-o), ou seja, não desaparece um, ao "aparecer" outro[10]. O autor critica essa visão atomizada dos direitos humanos, como se, por exemplo, o direito à não discriminação pertencesse aos direitos individuais e políticos e não aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Além disso, todos os direitos humanos estão nitidamente interconectados; não há hierarquia entre eles[11]; não há um que venha antes e outros podendo ser deixados para depois; não há como se priorizar uns, em detrimento de outros. Isso porque a dignidade do ser humano forma um todo uno, coeso e indivisível e o ser humano só se realiza em plenitude com a fruição dos direitos humanos concebidos de um modo indivisível[12]. O autor afirma que "Creio que o futuro, na proteção internacional dos direitos humanos passa pela

---

trabalho e a segunda geração corresponderia aos direitos individuais, com a Declaração Americana e a Universal de 1948. [CANÇADO TRINDADE, 2000].

[10] "Na minha concepção, quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem. Há um processo de cumulação e de expansão do corpus iuris dos direitos humanos. Os direitos se ampliam, e os novos direitos enriquecem os anteriores". [CANÇADO TRINDADE, 2000].

[11] George Marmelstein Lima – já supracitado – dentre outros autores, fala em "dimensão" dos direitos humanos. O autor afirma que: "O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais". [LIMA, 2003].

[12] Sobre a indivisibilidade dos direitos humanos, vide AGBAKWA, Shedrack Chukwuexœka, *Retrieyng the rejected stone: rethinking the marginalization of the economic, social and cultural rights under the african charter on human and people´s rights*, Dalhousie University Halifax, Nova Scotia, Canada: National Library of Canada. August 2000 (dissertação de mestrado). Disponível em: http://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp01/MQ57181.pdf [acesso em 26/06/2018], p. 38 e ss; 129 e ss.

indivisibilidade e pela inter-relação de todos os direitos, como tenho dito em meus livros." [CANÇADO TRINDADE, 2000][13].

Por outro lado, é um fato a evolução evidenciada pela sociedade internacional ao longo dos séculos e refletida no próprio direito internacional. Essa evolução está intrinsicamente relacionada a uma mudança da concepção do próprio Estado; das monarquias absolutistas passa-se a uma concepção de uma soberania mitigada. Do Estado do *laissez faire laissez passer*, passa-se ao Estado do bem estar social[14]. Por uma conclusão lógica, essa evolução repercutiu na concepção dos direitos fundamentais da pessoa humana, no acréscimo de novos direitos humanos que se unem aos que já existiam antes e obviamente, sem suplantá-los. Os direitos fundamentais da pessoa humana são uma conquista e construção histórica[15].

---

[13] Para maior elucidação da doutrina de Cançado Trindade a respeito dos direitos humanos, veja-se, dentre vários outros: CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volumes I (2ª ed. 2003), II (1ª ed, 1999) e III (1ª ed. 2003). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999-2003. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[14] A evolução da sociedade internacional coaduna-se com a consolidação da democracia e daí decorre a efetivação dos direitos humanos, como bem afirmam Ana Paula Rocha e Silva e Fernanda de Miranda Martins, nestes termos: "É reconhecido por todos que, para o avanço e a consolidação da democracia, é necessária a efetivação dos direitos humanos e dos direitos da cidadania, considerados pela comunidade internacional como absolutos e universais". SILVA, Ana Paula Rocha; MARTINS, Fernanda de Miranda. Direitos Humanos *versus* trabalho infantil. *Estudos de Direito Internacional – Anais do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, Volume I, Curitiba: Juruá, 2004, p. 87.

[15] Segundo Norberto Bobbio, "os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem" [BOBBIO, 1992:32]. Flavia Piovesan explica esse entendimento de BOBBIO com a seguinte afirmação: "os direitos humanos não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas." PIOVESAN, Flavia. Internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional: desafios contemporâneos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* - Órgão Oficial da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI, ano CIII, n. 125-130, v. 103, julho/dezembro 2017, p. 350.

Nesse sentido, pertinente a afirmação de Fernanda de Miranda Martins, nestes termos:

> A afirmação da cidadania é concomitante à própria evolução histórica dos direitos humanos, que ganharam força na luta contra o Estado, pelo reconhecimento de seus direitos civis, políticos, culturais e sociais. MARTINS, Fernanda de Miranda. Direitos Humanos e o acesso à justiça no direito internacional". *Estudos de Direito Internacional – Anais do 3º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*, Volume III, Curitiba: Juruá, 2005, p. 509.

Essas conquistas históricas também não se evidenciam ao mesmo tempo em toda a orbe terrestre. Enquanto que em algumas regiões do globo podemos ter índices elevados de qualidade de vida, sistema de saúde, educacional, PIB, renda *per capta*, etc., nem sempre isso é acompanhado por um desenvolvimento de direitos políticos, ou seja, há Estados que podem ser considerados "desenvolvidos" economicamente, mas politicamente, são dominados por regimes totalitários nos quais, *v. g.*, o direito ao voto não é estendido às mulheres. Isso põe em cheque a teoria das "gerações" de direitos humanos, pois como poderia ter surgido a segunda geração (econômicos, sociais,...) sem ter havido a geração anterior?

Não obstante haja críticas fundamentadas à classificação dos direitos humanos em gerações – como essa feita no parágrafo anterior – muitas dessas críticas não têm fundamento. Não acreditamos, por exemplo, que os autores que falam em gerações tivessem em momento algum a ideia de que novos direitos humanos surgem substituindo os anteriores. É uma questão de pura lógica. Se o direito concede hoje ao indivíduo o direito de exigir do Estado que lhe dê educação de qualidade, moradia digna, etc., de modo algum isso significa que esse mesmo indivíduo não goza mais do direito à vida, à liberdade, etc.

Preferimos a expressão dimensões dos direitos humanos. Entendemos que a análise dos direitos humanos em "dimensões" atenderia inclusive à necessidade didática de estudo dos mesmos, mas acreditamos que é perfeitamente possível se conviver com o termo

"gerações" de direitos humanos, desde que isso seja interpretado de tal forma a entender o núcleo coeso e indivisível da dignidade da pessoa humana, da não hierarquização dos direito humanos, etc... o que acreditamos que todos os que se valem do termo "gerações", igualmente acreditam e defendem.

Tecidas essas considerações acerca da classificação dos direitos humanos, passemos agora à análise da regulamentação do direito à assistência consular.

1.2 – Bastidores da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963)

Como o objeto central deste estudo resulta na interpretação e implementação de dispositivo da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (mais precisamente seu Artigo 36, § 1º, "b"), cumpre tecer algumas palavras acerca do trabalho de codificação do direito internacional das relações consulares, que antecede a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, antecedendo até mesmo, a própria ONU.

1.2.1 – Contexto histórico da necessidade da codificação das normas internacionais referentes à atividade consular

Desde tempos imemoriais está comprovado o contato entre povos, civilizações diferentes, o que faz com que desde tempos remotos estabelecem-se relações diplomáticas, fomentadas, sobretudo por necessidade de intercâmbios comerciais, alianças militares, etc[16].

[16] Sobre a evolução histórica das relações diplomáticas e consulares, veja-se, dentre outros, ANTOKOLETZ, Daniel, *Tratado teorico y practico de derecho diplomatico y consular* – con referências especiales a la República Argentina y a las demás Repúblicas Americanas, Tomo I (Derecho Diplomatico), Buenos Aires: Editorial Ideas, 1948; CAHIER, Philippe, *Derecho Diplomático Contemporaneo*, (título original: *Le Droit Diplomatique Contemporain*, 1962) trad. de Jose-Vicente TORRENTE, Marcelino OREJA, Julio GONZALES-CAMPOS, Madrid/México/ Buenos Aires/Pamplona, Ediciones Rialp S/A, 1965; FERRARA, Francesco, *Manuale di Diritto Consolare*, Padova, Cedam, 1936; FLORIO, Franco, *Nozioni di Diplomazia e Diritto Diplomatico*, 2ª. ed., Milano, Giuffrè, 1978; FRANCHINI

Igualmente, a função consular está relacionada com o desenvolvimento do comércio internacional. Embora as origens da instituição consular remontem à Grécia antiga, a figura do cônsul propriamente dita surgiu pela primeira vez no século XII, época na qual justamente elaboram-se os primeiros códigos sobre funções consulares, principalmente em forma de compilações de direito marítimo[17].

As missões diplomáticas permanentes iniciam na península itálica, na primeira metade do século XV e dali expandem-se pela Europa a partir do século XV [VIEGAS LIQUIDATO, 2014: 62 e ss.]. A proliferação das missões diplomáticas permanentes produziu uma mudança considerável na atividade consular, o que culminou com a publicação da primeira coleção de disposições consulares: *Ordonnance de la Marine*, Colbert, 1681 [GÓMEZ ROBLEDO, 2009: 1].

O extraordinário aumento do número de consulados nos séculos XIX e XX fez com que se fizesse necessária a codificação das normas costumeiras regulamentadoras da matéria, especialmente no

---

NETTO, Miguel, *A Evolução da Diplomacia: antiga e nova técnica*, São Paulo, RT, 1946; GENET, Raoul, Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique, Tome I, II e III, Paris, Pedone Éditeur, 1931; GIRY, A., *Manuel de Diplomatique* – diplomes et chartes – chronologie technique eléments critiques et parties constitutives de la tenuer des chartes les chancelleries – les actes privés, Paris, Librairie Hachette et Cie, 1894; MORENO PINO, Ismael, *La Diplomacia – aspectos técnicos y prácticos de su ejercicio profesional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores/Fondo de Cultura Económica, 2001; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do, *Diplomacia e Protocolo*, São Paulo, Gráfica Record Editora, 1969; NICOLSON, Harold, *La Diplomacia*, 2. ed., trad. de Adolfo Alvarez Buylla (trad. da edição inglesa de 1939), México, Fondo de Cultura Econômica, 1950; SOARES, Guido Fernando Silva, *Órgão dos Estados nas Relações Internacionais: formas da diplomacia e as imunidades*, Rio de Janeiro, Forense, 2001. VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. *Direito Diplomático: a prática das imunidades dos agentes diplomáticos*. Osasco: EdiFieo, 2014.

[17] GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel. Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. United Nations, 2009. In http://legal.un.org/avl/pdf/ha/vccr/vccr_s.pdf [acesso em 31/05/2018]. O autor escreveu esse trabalho enquanto Subsecretário para Assuntos Multilaterais e Direitos Humanos - Secretaria de Relações Exteriores do México.

que tangia à atividade consular e a condição jurídica dos cônsules. As vertiginosas mudanças na atividade social, política e econômica, aliadas às crescentes tendências mundiais que influem na vida cotidiana, trouxeram novos desafios à instituição consular: a proteção aos cidadãos e a salvaguarda de seus interesses.

Antes da codificação realizada pela ONU com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, existiram tentativas preliminares de codificar oficialmente as normas consulares internacionais, por meio da celebração de acordos regionais e sobretudo, houve o trabalho pioneiro realizado pela Sociedade das Nações, que concluiu que não apenas era conveniente, mas de suma importância, essa codificação[18]. Não obstante essa constatação, a questão seguiu pendente por quase 20 anos (até 1963)[19].

1.3 – A negociação da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963[20]

Nunca é demais lembrar que a análise de qualquer Convenção internacional estaria incompleta se fosse desconectada do momento histórico do qual é fruto e do estudo dos bastidores de sua negociação, bem como das atas das reuniões que culminaram com a sua aprovação, com os comentários dos Estados e as respectivas propostas das delegações e suas votações e quando for o caso, o estudo dos comentários da própria Comissão de Direito Internacional da ONU, quando esta tiver sido incumbida da missão de codificar o tema em questão[21].

---

[18] A Sociedade das Nações tinha um Comitê de Peritos para a Codificação Progressiva do Direito Internacional.

[19] Convém não esquecer, ainda quanto aos antecedentes da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, da Convenção de Havana sobre agentes consulares, que foi celebrada em Havana em 1928.

[20] As informações contidas neste tópico foram obtidas em [GÓMEZ ROBLEDO, 2009].

[21] Quanto à Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, imprescindível, portanto, o estudo desses comentários da própria Comissão de Direito Internacional da ONU, disponíveis em: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL DA ONU, *Draft Articles on Consular Relations, with*

A Comissão de Direito Internacional da ONU considerou em 1949 a possibilidade de incluir na pauta de seu labor de codificação, as relações e imunidades consulares.

No seu sétimo período de sessões, ocorrido em Genebra, de 02 a 08 de julho de 1955, a Comissão nomeou como Relator Especial, ao Sr. Jaroslav Zourek, para que desse início a essa labuta, examinando a questão e para que elaborasse um conjunto de disposições, baseado no *ius cogens* e no direito nacional e internacional.

O tema começou a ser formalmente examinado a partir de 1958. Posteriormente, dividiu-se o projeto de artigos em quatro capítulos (relações e imunidades consulares; privilégios e imunidades consulares; condição jurídica dos cônsules honorários e seus privilégios e imunidades e disposições gerais), projeto esse que foi apresentado aos Estados membros, junto com comentários, para que formulassem suas observações nas distintas etapas da negociação[22].

Dada a similitude do tema desse Projeto com a já existente Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, foi possível à Comissão, aprovar um procedimento acelerado, apresentando o Projeto de 71 artigos, na Assembleia Geral da ONU, a título informativo e a grande maioria dos Estados decidiu que esse Projeto deveria constituir a base de um instrumento multilateral de codificação do direito consular.

Visando aprovar a Convenção, a Comissão recomendou à Assembleia Geral da ONU celebrar uma Conferência Internacional de plenipotenciários em março de 1963, o que desembocou na Conferência das Nações Unidas sobre Relações Consulares, celebrada em Viena, de 04/03 a 22/04/1963, com a presença de delegados de 95 países, que, após examinarem detalhadamente o texto da Comissão, preparou-se a versão definitiva para a apresentação em plenário. Em

---

commentaries, 1961. In: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_2_1961.pdf [acesso em 25/06/2018].

[22] No seu 12º período de sessões, celebrado de 25/04 a 1º/07/1960, a Comissão decidiu que os artigos relativos aos cônsules de carreira também seriam aplicados aos honorários, fazendo com que a Comissão incluísse disposições mais amplas e acrescentou alguns artigos novos, antes de aprovar provisoriamente o projeto de artigos e seus comentários.

24/04/1963 a Conferência aprova e abre para assinaturas, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, o Protocolo Facultativo sobre a aquisição de nacionalidade e o protocolo facultativo sobre jurisdição obrigatória para a solução de controvérsias. A Convenção e ambos os protocolos facultativos entram em vigor em 19/03/1967.

Tecidas essas palavras sobre os bastidores da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, passa-se agora à análise do conteúdo material da assistência consular.

1.4 – Conteúdo Material da Assistência Consular

Antes de se analisar o conteúdo material da assistência consular, há que se distinguir a assistência consular, do instituto da proteção diplomática.

Por proteção diplomática (*Diplomatischer Schutz*)[23] ou representação diplomática, entende-se o direito do Estado representar seus nacionais em pleitos concernentes a estes, sobretudo em foros internacionais[24]. Ou seja, pode o Estado, evocando o instituto da representação diplomática, representar os interesses de um nacional seu – normalmente, a pedido do próprio nacional – quando este tem seus interesses afetados, direitos violados, mormente por um terceiro Estado.

Como exemplo do exercício da representação diplomática pode-se citar – dentre vários outros casos – o julgado da Corte Internacional de Justiça (de 24/07/1964), "Barcelona Traction". Trata-se de um pleito da Bélgica contra a Espanha[25]; a empresa

[23] KLEIN, Eckart. *Diplomatischer Schutz im Hinblick auf Konfiskationen deutschen Vermögens durch Polen*. Bonn: Kulturstiftung der Deutschen Vetriebenen, 1992, p. 21.

[24] De acordo com o Art. 3º, § 1º, "b", da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, dentre as funções da missão diplomática está a de "**proteger** no Estado acreditado **os interesses** do Estado acreditante e de **seus nacionais**, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional" (grifou-se).

[25] *Vide* CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Case Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) http://www.icj-cij.org/en/case/50/judgments [acesso em 31/05/2018].

"Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd" explorava serviços de fornecimento de energia elétrica na região da Catalunha. Em decorrência de uma série de ações por parte da Espanha, que foi limitando as atividades dessa empresa, levou-a à falência; os acionistas majoritários eram belgas, o que fez com que a Bélgica pleiteasse indenização, perante a CIJ, contra a Espanha[26].

Já por assistência consular, entende-se o direito de um indivíduo[27], ao transpor os limites da fronteira do seu Estado, de ser assistido por um representante do seu Estado, principalmente em situações que o deixem vulnerável[28].

A assistência consular envolve, dentre outras coisas, a função do consulado de atuar na qualidade de notário e registro civil, para emissão de passaportes e documentos de viagem aos nacionais do Estado do consulado; vistos e documentos apropriados aos que pretendem viajar ao Estado do consulado.

Analluza Bolivar dá como exemplo das inúmeras atividades que podem ser prestadas pela repartição consular:

> indicar médicos, clínicas ou hospitais na região; orientar em caso de sepultamento, cremação no exterior ou de traslado de restos mortais para o país de origem. Também prestar informações sobre entidades assistenciais e condições de trabalho; facilitar o contato com familiares e amigos ou alguém que lhe possa prestar ajuda, com o envio de recursos financeiros, documentos e passagens; informar os parentes mais próximos em caso de acidente ou outras emergências, e orientá-los quanto aos procedimentos adequados[29].

---

[26] Sobre o instituto da representação diplomática, *vide* CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *O esgotamento dos recursos internos no Direito Internacional*. Brasília: UnB, 1997.

[27] Além de pessoas físicas, também pessoas jurídicas gozam do direito à assistência consular.

[28] O Artigo 5º, "a" da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, determina que dentre as funções consulares está a de "proteger, no Estado receptor, os interesses do Estado que envia e de seus nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, dentro dos limites permitidos pelo direito internacional".

[29] BOLIVAR, Analluza. *Assistência Consular ao preso estrangeiro: casos internacionais e o Brasil*. Curitiba: Appris, 2015, pp. 23-24.

É justamente nesse contexto que se insere a assistência consular no sentido de proteção ao nacional que esteja em situação de privação de sua liberdade, no exterior. A proteção consular é fundamental para assegurar o respeito aos direitos fundamentais dessa pessoa. Para garantir que não tenha havido abuso de direito no momento da prisão, coerção para confissão. O cônsul pode ainda "informar sobre a existência de serviços locais de assistência jurídica gratuita; sugerir advogados locais que possam orientar sobre serviços jurídicos; e informar, desde que autorizado pelo preso, o fato a seus familiares no seu país de origem [ou onde quer que estejam]", tudo isso com o escopo de que o direito à ampla defesa não seja violado, sob pena até de nulidade processual. [BOLIVAR: 2015:24].

Pela assistência consular pode o preso valer-se da possibilidade de um tradutor, até mesmo para poder se inteirar da sua situação[30].

O conteúdo material da assistência consular está intrinsicamente relacionado às funções consulares.

São várias as funções consulares e decorrem do costume internacional, de tratados bilaterais e multilaterais e também do próprio direito interno dos Estados (como, por exemplo, regulamentos consulares domésticos)[31].

O Artigo 5º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, contém um rol exemplificativo das funções consulares (a serem exercidas pela repartição consular).

A prova de que esse rol é exemplificativo, é a última alínea desse Artigo 5º, a alínea "m", a saber:

> Art. 5º. As funções consulares consistem em:
> m) exercer todas as demais funções confiadas à repartição consular pelo Estado que envia, as quais não sejam proibidas pelas leis e regulamentos do Estado

[30] É comum a situação de estrangeiros que são detidos e não têm o domínio do idioma do Estado onde são presos, o que os coloca numa situação de extrema vulnerabilidade.

[31] ALMEIDA, Jeison Batista de. *Assistência consular ao preso estrangeiro: fundamentos, conteúdo e efeitos*. Curitiba: Prismas, 2016, p. 44.

> receptor, ou às quais este não se oponha, ou ainda que lhe sejam atribuídas pelos acordos internacionais em vigor entre o Estado que envia e o Estado receptor.

Um claro e atual exemplo de assistência consular é a política norte americana de "tolerância zero" à imigração "clandestina"[32] que levou ao absurdo de separar na fronteira filhos pequenos de seus pais e os enclausurarem, sem que pudessem até se comunicarem. Além dessas prisões serem ilegais sobre diversos aspectos[33], o direito internacional impõe aos Estados Unidos a obrigação de comunicar ao Estado de origem, quando algum nacional seu é detido, cabendo à autoridade consular:

- pôr os entes familiares detidos, em contato entre si;
- avisar demais parentes;
- visitar os locais de prisão;
- providenciar documentação, se necessário, quando for determinada a deportação, etc...

2 – A Opinião Consultiva nº 16 da Corte Inter-Americana de Direitos Humanos

A 16ª Opinião Consultiva da Corte Interamericana foi emitida aos 01º/10/99 e versa sobre o *Direito à Informação sobre Assistência Consular no contexto do Devido Processo Legal*[34].

Essa Opinião Consultiva foi solicitada à Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo México, em decorrência de cidadãos

[32] Dizemos imigração "clandestina" porque muitos dos que adentram o território norte americano sem terem requerido um visto prévio, estão protegidos pelo *status* de refugiado, dado que seu deslocamento é forçado, ou seja, deve-se a temerem pela própria vida se tivessem permanecido nas localidades de origem. Hoje a expressão correta no Direito Internacional é imigrante indocumentado – e não clandestino – já que a situação de um a um deve ser analisada para se saber se se trata de um imigrante econômico ou de uma situação de concessão obrigatória de refúgio.

[33] Há a violação, por exemplo, da proibição à tortura.

[34] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva no 16. In https://www.oas.org/dil/Advisory_Opinion_OC_16_eng.doc [acesso em 31/05/2018].

mexicanos terem sido condenados à pena de morte nos EUA, sem que os EUA tivessem informado a esses cidadãos mexicanos sobre o direito à assistência consular.

2.1 – Direito de notificação consular: integra a Legislação do Direito Internacional dos Direitos Humanos

De acordo com A. A. CANÇADO TRINDADE, trata-se de uma Opinião Consultiva pioneira, na medida em que "colocou o Direito de notificação consular, como estipulado pelo Artigo 36(1) (b) da Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares, no universo conceitual da Legislação do Direito Internacional dos Direitos Humanos"[35].

2.2 – Direito à informação sobre assistência consular e o correspondente dever de notificação consular do Estado acreditado.

Nessa Opinião Consultiva a Corte "declarou que o Artigo 36 da Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares reconhece ao estrangeiro sob detenção direitos – entre os quais encontra-se o direito à informação sobre assistência consular – aos quais correspondem deveres incumbidos aos Estados nos quais esses indivíduos se encontram detidos" [CANÇADO TRINDADE, 2008: 47].

Fica claro assim que justamente pelo fato dos estrangeiros detidos terem o direito à assistência consular, a esse direito corresponde o dever do Estado acreditado informar a esses estrangeiros desse direito e notificar o respectivo consulado.

---

[35] "Isso tem, sem dúvidas, conferido uma dimensão de direitos humanos a alguns postulados do clássico direito consular, como apontei em meu Parecer Concordante (pars. 1-35) 57 na mencionada 16ª Opinião Consultiva da Corte". In CANÇADO TRINDADE, A. A., "Desarraigamento e a proteção dos migrantes na legislação internacional dos direitos humanos", tradução de Gabriel Gualano de Godoy. In *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 47, 2008, p. 41-42. *Vide* também: CANÇADO TRINDADE, A. A., "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.

De acordo com Martha Gallardo SALA:

> Cabe a mesma autoridade a obrigação de transmitir, sem tardar, a repartição consular qualquer comunicação que o estrangeiro preso deseja que lhe seja transmitida (parágrafo 1º, "b"). As autoridades locais competentes estão ainda obrigadas a informar, sem tardar, ao indivíduo de seu direito de solicitar que os funcionários consulares sejam advertidos da situação em que se encontra (parágrafo 1º, "b")[36].

Vamos mais além: entendemos que a correta interpretação desse Artigo 36 da Convenção de Viena sobre relações consulares, considerando a evolução do Direito Internacional, obriga o Estado a notificar de imediato a autoridade consular, caso algum nacional desse consulado tenha sido detido, sobe pena de se violarem princípios do devido processo legal.

2.3 – Direito à informação sobre assistência consular como efetividade do devido processo legal

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que integra a preservação do princípio do devido processo legal a efetividade do exercício de seus direitos e defesa de seus interesses "e em completa equidade com outros recorrentes" (parágrafo 117 da Opinião Consultiva nº 16); "assim, a notificação – a pessoas desprovidas de sua liberdade no exterior – de seu direito de se comunicar com o seu cônsul, contribui para salvaguardar sua defesa e o respeito aos seus direitos processuais (pars. 121-122). O direito individual à informação sob o Artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares está, portanto, de acordo com o devido processo legal (par. 124)." [CANÇADO TRINDADE, 2008: 48].

---

[36] SALA, Martha Gallardo. *Origem, conceito e aplicação da assistência consular a presos estrangeiros*. Lex. Revista do Direito Brasileiro, v. 23, p. 31-43, 2006. Disponível em: http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/110607.pdf, p. 1-15 [acesso em 25/02/2016].

Dessa forma, as garantias judiciais estariam afetadas com a não observância ou obstrução do efetivo exercício desse direito.

Além disso, a Corte, além de conectar esse direito - de informação sobre a assistência consular – às garantias do devido processo legal, concluiu que a "sua não observância em casos de imposição e execução de penas de morte resulta numa arbitrária privação do próprio direito à vida (nos termos do Artigo 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), com todas as consequências jurídicas inerentes a violações desse tipo, ou seja, aquelas que dizem respeito à responsabilidade internacional do Estado e ao direito de reparação (par. 137)." [CANÇADO TRINDADE, 2008: 48][37].

2.4 – A Legislação Internacional dos Direitos Humanos enquanto evolução do próprio Direito Internacional Público

Cançado Trindade alerta para o fato de que esse histórico Parecer Concordante n. 16 comprova o impacto da "Legislação Internacional de Direitos Humanos na evolução do próprio Direito Internacional Público, especificamente pelo fato da Corte Interamericana ter sido o primeiro tribunal internacional a alertar que, em caso de não observância ao Artigo 36(1)(b) da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, isso ocorre não somente em detrimento de um Estado Parte, mas também dos seres humanos em questão." [CANÇADO TRINDADE, 2008: 48-49][38].

---

[37] Para outras considerações acerca de interpretação jurisprudencial do direito à assistência consular, mais especificamente, os efeitos do incumprimento do direito consular, vejam-se os casos julgados pela Corte Internacional de Justiça: Breard (1998), LaGrand (1999), Avena (2003). Sobre esses casos, *vide*, dentre outros, [ALMEIDA, 2016: p. 96 e ss].

[38] Opinião Consultiva nº 18 (sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes indocumentados – 2003) vai no mesmo sentido de proteção do migrante num novo campo, ao reconhecer o caráter de *ius cogens* ao princípio básico de igualdade e não discriminação "e a prevalência dos direitos inerentes a seres humanos, independentemente de seus Estados de origem". [CANÇADO TRINDADE, 2008: 49].

Valério de Oliveira MAZZUOLI, ao apresentar a obra "Assistência Consular ao Preso Estrangeiro: fundamentos, conteúdo e efeitos", enxerga três degraus para a compreensão do direito à assistência consular, no seguinte sentido: direito à assistência consular seria, ao mesmo tempo, um direito individual (primeiro degrau), integraria o princípio do devido processo legal (segundo degrau) e também seria um direito humano (terceiro degrau).

Nesse sentido, é bem pertinente a seguinte afirmação de Valério de Oliveira Mazzuoli: "a assistência consular ao preso estrangeiro contribui para o processo de humanização do Direito Internacional Público e do Direito Consular"[39].

Como bem aduz Patrícia JERÓNIMO: "Todos os Estados têm diásporas mais ou menos numerosas e mais ou menos espalhadas pelo globo, do mesmo modo que todos os Estados têm nos seus territórios, a título temporário ou permanente, regular ou irregular, indivíduos estrangeiros e apátridas"[40]. Todos os Estados do mundo estão envolvidos de algum modo nos fluxos migratórios, como Estados de origem, de destino e/ou de trânsito. As migrações internacionais contemporâneas são marcadas por esse caráter global; ou seja, todos os Estados têm nacionais seus espalhados pelo mundo.

Existem vários instrumentos no Direito Internacional – principalmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos – que impõem aos Estados o dever de proteger e prestar assistência aos seus nacionais mundo afora e o dever dos Estados de respeitarem os direitos fundamentais da pessoa humana, incluindo as garantias processuais no processo penal, dos estrangeiros e apátridas que se encontrarem no seu território.

O item 4 do Capítulo III da obra já citada de Jeison Batista de Almeida é justamente intitulado como "Assistência Consular ao Preso Estrangeiro e sua Contribuição para o Processo de Humanização do

[39] Valério de Oliveira Mazzuoli, "Apresentação" do livro: ALMEIDA, Jeison Batista de. Assistência consular ao preso estrangeiro: fundamentos, conteúdo e efeitos. Curitiba: Editora Prismas, 2016, p. 8.

[40] Patrícia JERÓNIMO, "Prefácio" à obra de ALMEIDA, Jeison Batista de. Assistência consular ao preso estrangeiro: fundamentos, conteúdo e efeitos. Curitiba: Prismas, 2016, p. 9.

Direito Internacional Público e do Direito Consular". [ALMEIDA, 2016:167].

Almeida entende que os direitos fundamentais da pessoa humana não são um dado, mas sim "um construído" e reflete-se na necessidade de proteção do indivíduo face aos abusos do Estado.

Esse entendimento é corroborado por Flávia PIOVESAN, quando aduz:

> [o] sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada "Era dos Direitos", que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional. (PIOVESAN, Flavia. Internacionalização dos direitos humanos e humanização do direito internacional: desafios contemporâneos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, ano CIII, n. 125-130, v. 103, julho/dezembro 2017, p. 349).

Dessa feita, corrobora-se o que foi explanado *supra* no item 1.1 "*Classificação dos direitos fundamentais da pessoa humana em gerações"*: a mudança na concepção da soberania do Estado, decorre de uma evolução da sociedade internacional, levando a uma necessária evolução do próprio Direito Internacional que por conseguinte, abre espaço para uma maior proteção à dignidade da pessoa humana.

Considerações Finais

Em que pese a redação do art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas conter disposição literal no sentido de que somente se o preso estrangeiro requerer, deverá o Estado detentor notificar o seu consulado, por todos os argumentos supra desenvolvidos, conclui-se que é mais do que evidente que independente do preso requerer ou não, essa notificação é obrigatória.

Corroborando o entendimento de que o Estado detentor de um preso estrangeiro é obrigado a lhe garantir o direito à assistência consular, pode-se afirmar o que segue, à guisa de considerações finais:

– o direito à assistência consular é um direito fundamental do ser humano;
– enquanto um direito fundamental do ser humano, é inalienável;
– e ainda, por ser um direito fundamental do ser humano, além de inalienável, prescinde de declaração do seu titular para que a materialidade desse direito possa ser usufruída;
- caso um estrangeiro seja detido e julgado sem que lhe tenha sido assegurada a assistência consular, fica tal processo judicial maculado por vício de nulidade da decisão judicial;
- por conseguinte, decisão judicial condenatória de preso estrangeiro desassistido do seu direito à assistência consular, gera responsabilidade internacional do Estado infrator.
- etc.

A devida fruição do direito à assistência consular por parte de presos estrangeiros e a interpretação de jurisprudência de cortes internacionais sobre o tema, é uma cristalina constatação da evolução do Direito Internacional Contemporâneo.

Pertinente, a esse respeito, são as considerações tecidas por Pavel Sturma, no sentido de que o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos é um processo correlato ao da, nestes termos:

> [A] emergência e o reconhecimento da existência de normas peremptórias é tão típica e importante para o direito internacional atual quanto o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos. Dessa forma, é possível formular a hipótese de que ambos esses processos estão conectados e que as mais peremptórias regras hoje servem à proteção dos mais fundamentais dos direitos humanos" [tradução livre]. STURMA, Pavel. Jus Cogens and International Law of Human Rights. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* - Órgão Oficial da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI, ano CIII, n. 125-130, v. 103, julho/dezembro 2017, p. 875[41].

[41] "[The] emergence and recognition of existence of peremptory norms is as typical of and important for current international law as is the development of human rights protection. So it is possible to formulate the hypothesis that both these processes are connected and that most peremptory rules today serve the protection of the most

De um direito internacional clássico, reflexo de uma sociedade internacional formada por Estados titulares de uma soberania entendida como um poder absoluto e indelegável, numa sociedade internacional de justaposição, na qual um Estado leva em conta a existência dos outros apenas para pautar o seu comportamento considerando seus interesses exclusivistas, passa-se para um direito internacional fruto de uma sociedade inter-relacional, marcada pela existência de princípios como o da igualdade soberana dos Estados, princípio da cooperação, etc.

Hoje, mais do que nunca, o direito internacional não apenas protege os indivíduos, assegurando-lhes os direitos humanos, como dispõe de instrumentos para garantir que esses direitos permaneçam não apenas nos planos da existência e validade, mas principalmente, no plano da eficácia.

De todo o supra-aludido depreende-se que o direito à assistência consular é um princípio de direito internacional e enquanto princípio, é *ius cogens*, ficando o Estado infrator sujeito à responsabilidade internacional, cabendo-lhe indenizar os lesados, quer seja mediante decisão interna do próprio poder judiciário do Estado infrator, quer seja em instância internacional, mediante o instituto da representação diplomática, etc.

---

fundamental human rights". STURMA, Pavel. Jus Cogens and International Law of Human Rights. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* - Órgão Oficial da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI, ano CIII, n. 125-130, v. 103, julho/dezembro 2017, p. 875.