

# **União Europeia e Mercosul**

RESPONSABILIDADES EM DEBATE



Coordenador  
**Saulo José Casali Bahia**

Autores

---

- Abdelkhaleq Berramdane
- Ana Maria Santos Dias
- Andres Bansart
- Antônio Diego Prado M. de Souza
- Augusto José P. Pimentel Penha
- Carolina Grant
- Damien Thierry
- Daniel Moura Borges
- Dilson Jatahy Fonseca Neto
- Efsom Batista Lima
- Fernanda Garibaldi B. de Oliveira
- Fernanda Ravazzano L. Baqueiro
- Frederico Costa
- Gabriel Carmel da Silva Brito
- Gabriela Barreto Muniz
- Heron José de Santana Gordilho
- Homero Chiaraba Gouveia
- Hugo Vasconcelos Loula
- Isabelle Hannequart
- Jessica Hind Ribeiro Costa
- João Glicério de Oliveira Filho
- Josenil Francisco Batista
- Karine Abderemane
- Marcelo Coelho Oliveira
- Maria Auxiliadora Minahim
- Saulo José Casali Bahia
- Thiago Carvalho Borges

# União Europeia e Mercosul

## RESPONSABILIDADES EM DEBATE



Salvador, Bahia, Brasil

2015

### **Conselho Editorial**

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Rômulo de Andrade Moreira
- Wilson Alves de Souza

### **Produção gráfica:**

Couto Coelho – E-mail: *coutovsk@yahoo.com.br*.

### **Capa e editoração eletrônica:**

Maitê Coelho – E-mail: *maitescoelho@yahoo.com.br*

União europeia e mercosul: responsabilidades em debates / coordenador  
Saulo José Casali Bahia; Abdelkhaleq Berramdane...[et al.]. –  
Salvador: Ed. Paginae, 2015.  
548p.

Inclui bibliografia  
ISBN: 978-85-63784-65-0

1. União Europeia. 2. MERCOSUL (Organização). 3. Direito  
internacional público e direito interno. 4. Direito constitucional – Brasil.  
5. Responsabilidade do Estado. I. Bahia, Saulo José Casali. II. Título.

CDD: 341.4098

# Sumário

Apresentação .....	9
<i>Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia</i>	
1 La responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union Européenne par les juridictions nationales .....	13
<i>Abdelkhaleq Berramdane</i>	
2 Do direito de acesso à justiça aos entraves apresentados pelo CMPED: A situação do Mercosul .....	27
<i>Ana Maria Santos Dias</i>	
3 Ecología e integración de Suramérica.....	47
<i>Andres Bansart</i>	
4 As eleições para o Parlasul e as inovações no sistema eleitoral brasileiro .....	67
<i>Antônio Diego Prado Marques de Souza</i>	
5 A Constituição Sul-americana: uma nova proposta para a unidade no ordenamento jurídico do Cone Sul .....	83
<i>Augusto José Pereira Pimentel Penha</i>	
6 O acesso à justiça por povos e comunidades tradicionais e a Organização dos Estados Americanos (OEA): A recente crise de legitimidade do sistema interamericano de direitos humanos pós Caso Belo Monte e o papel do Brasil e do Mercosul nesse contexto .....	93
<i>Carolina Grant</i>	
7 Quelles responsabilités en cas d'atteinte à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme par un acte de l'Union Européenne ? .....	123
<i>Damien Thierry</i>	
8 Prévention et réparation des dommages environnementaux dans le cadre de l'Union Européenne : une nouvelle approche du droit de la responsabilité.....	137
<i>Damien Thierry</i>	

9	Zona de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia: Vantagens e desafios.....	153
	<i>Dilson Jatahy Fonseca Neto</i>	
	<i>Jessica Hind Ribeiro Costa</i>	
10	A construção da cidadania social comunitária do direito fundamental de acesso à saúde no âmbito do Mercosul e da Unasul.....	173
	<i>Efson Batista Lima</i>	
11	Do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL e a insuficiência dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal para a repressão ao tráfico internacional de entorpecentes.....	195
	<i>Fernanda Ravazzano L. Baqueiro</i>	
12	A condição humana como pressuposto para a integração humana e regional.....	231
	<i>Frederico Costa</i>	
	<i>Marcelo Coelho Oliveira</i>	
13	Las relaciones comerciales entre Brasil y la Unión Europea.....	249
	<i>Gabriel Carmel da Silva Brito</i>	
14	As normas jurídicas aplicáveis à solução de controvérsias entre Estados-Partes do Mercosul.....	273
	<i>Gabriela Barreto Muniz</i>	
15	A Declaração Universal de Direitos dos Animais como norma de direito internacional ambiental.....	289
	<i>Heron José de Santana Gordilho</i>	
	<i>Daniel Moura Borges</i>	
16	Ensino e qualidade no protocolo de Brasília: uma análise interpretativa do marco comunitário do direito à educação.....	311
	<i>Homero Chiaraba Gouveia</i>	
17	Ausências do sistema de solução de controvérsias no Mercosul quanto aos particulares.....	327
	<i>Hugo Vasconcelos Loula</i>	
18	La responsabilité culturelle européenne.....	343
	<i>Isabelle Hannequart</i>	

19	La responsabilité sociétale des entreprises .....	375
	<i>Isabelle Hannequart</i>	
20	A responsabilidade em matéria de livre circulação de mercadorias, serviços e de capitais no Mercosul .....	391
	<i>João Glicério de Oliveira Filho</i> <i>Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira</i>	
21	Os desafios à unificação monetária no Mercosul e a experiência europeia .....	407
	<i>Josenil Francisco Batista</i>	
22	La responsabilite en matiere de libre circulation des personnes dans l'Union Europeenne .....	433
	<i>Karine Abderemane</i>	
23	A responsabilidade dos Estados pela violação da Convenção Americana de Direitos Humanos .....	461
	<i>Maria Auxiliadora Minahim</i>	
24	As relações do direito mercosulino com o direito interno: a responsabilidade das jurisdições nacionais .....	475
	<i>Saulo José Casali Bahia</i>	
25	Medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: natureza jurídica, fundamentos e eficácia .....	483
	<i>Thiago Carvalho Borges</i>	





# Apresentação

***Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia***

Coordenador do Colóquio *União Europeia-Mercosul: Responsabilidades em Debate*. Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (PPGD/UFBA).

O presente livro reúne artigos de renomados professores brasileiros e estrangeiros, participantes em novembro/2012 do colóquio internacional *União Europeia-Mercosul: Responsabilidades em Debate*, organizado pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em associação com o GERCIE (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Europeia) da Universidade François-Rabelais, Tours/França.

Reúne ainda artigos produzidos por membros do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (Linha de Pesquisa sobre Integração Regional) do PPGD/UFBA, registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ desde 2002, tendo sido aquele colóquio uma das atividades em que se envolveu.

O colóquio buscou analisar os aspectos gerais da efetividade e das responsabilidades no processo de integração da União Europeia e do Mercosul, nos prismas jurídico e econômico, com ênfase nas relações do direito comunitário com o direito interno, na implementação nacional de convenções de direitos humanos, na proteção cultural e na livre-circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas, incluindo questões de direito do trabalho e de seguridade social. E ainda a responsabilidade dos Estados e da União Europeia na crise do Euro, e a crise do Mercosul.

O PPGD/UFBA e o GERCIE/Tours vêm consolidando forte cooperação acadêmica internacional, e desde 2006 implementam uma política de simpósios bianuais, alternadamente no Brasil e na França.

O relacionamento entre o PPGD/UFBA e o GERCIE/Tours foi iniciado no ano de 2000. A iniciativa deve-se a Isabelle Hannequart, então

vice-presidente da Universidade François-Rabelais de Tours, responsável pelo setor de relações internacionais, com o apoio do escritório de cooperação da França em Salvador (SCAC). Um acordo-quadro inicial (2000-2005) foi firmado com a UFBA para intercâmbio em diferentes áreas, como literatura e direito. Seguiu-se uma primeira missão de um membro do GERCIE em Salvador, consistente em três semanas de atividades na Faculdade de Direito/UFBA, com várias intervenções sobre a questão dos direitos humanos e sobre direito das minorias. Esta iniciativa iniciou um relacionamento agora permanente de desenvolvimento da atividade científica. Deve-se mencionar, no período, o compromisso e apoio constante dos Diretores do GERCIE Jean Rossetto e Abdelkhalq Berramdane.

O primeiro colóquio foi realizado em Tours, em abril de 2006 com o título *UE-Mercosul - entre a concorrência e a solidariedade*. Este simpósio contou com abordagens jurídicas e econômicas, e permitiu a comparação das experiências de integração e das relações institucionais entre as duas organizações regionais, a partir do Acordo-Quadro de Cooperação Econômica e Comercial, de dezembro de 1995, que liga as duas entidades. Os anais foram publicados com o título *Union Européene-Mercosul: Entre concurrence et solidarité* pela Editora L'Harmattan (Paris) sob a direção de Isabelle Hannequart em abril de 2008 (376 páginas).

O segundo colóquio foi realizado em Salvador em abril de 2008. O colóquio elegeu o tema *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*, e buscou analisar os aspectos gerais da efetividade dos direitos fundamentais, nos prismas jurídico e econômico, na União Europeia e no Mercosul, com ênfase nos direitos à representação democrática, à liberdade, à igualdade, à saúde, ao meio ambiente, ao trabalho, à educação, à cultura e ao acesso à Justiça. Este evento teve apoio da Fundação Faculdade de Direito da Bahia, da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, da ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República) e da Faculdade Baiana de Direito. Do evento resultou a publicação *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia* (Salvador: Paginae, 2010 – 591 páginas).

O terceiro colóquio voltou a ocorrer em Tours, França, em 2010, e denominou-se *União Europeia-Mercosul: Duas integrações regionais no espaço mundial*. O livro que reuniu os textos relacionados ao colóquio foram publicados sob a Coordenação dos professores Abdelkhalq Berramdane e Isabelle Hannequart sob o título *Union Européene*

– *Mercosul: Deux Integrations régionales dans l’espace mondial* (Paris: Mare & Martin, 2013 – 579 páginas).

O quarto colóquio, realizado em 2012 em Salvador (*União Europeia-Mercosul: “Responsabilidades em Debate”*) é justamente o que tem os seus trabalhos relacionados ora publicados. O evento teve apoio da Fundação Faculdade de Direito da Bahia e da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Em 2014, foi a vez de Tours sediar o 5º colóquio, intitulado *Recursos naturais e responsabilidade*, e onde a publicação dos artigos relacionados ainda se encontra no prelo.

Estes colóquios permitiram em paralelo reuniões de trabalho entre os dois lados, abrindo perspectivas mais amplas para a pesquisa e o intercâmbio estudantil e acadêmico.

A pesquisa, inclusive, já conta com grupo de pesquisa interinstitucional reunindo a Universidade de Tours e a Universidade Federal da Bahia, além de universidades em Portugal e Argentina. Trata-se do grupo de pesquisa *Eurosul*.

Através destas colaborações, os laços entre as duas equipes são reforçados até ao ponto de considerar um espaço comum de investigação dedicada ao trabalho conjunto, com base na experiência adquirida e consolidada por já uma década e meia de intercâmbios regulares.

Dezembro/2014



# 1

## La responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union Européenne par les juridictions nationales

*Abdelkhaleq Berramdane*

Professor (Universidade François Rabelais - UFR, Tours, França). Coordenador do *master Juriste européen*, Lodz. Diretor Adjunto do GERCIE/UFR - EA 2110 (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia - Groupe d'étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne)

**Sommaire:** Introduction: 1. La responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union Européenne par les juridictions nationales; 2. Quel manquement judiciaire? – I. La notion de manquement judiciaire: la violation du droit de l'UE par les juges nationaux: 1. Première question: qui fait le constat du manquement judiciaire ?; 2. Deuxième question: sur quels fondements repose ce constat de manquement judiciaire ?; 3. Troisième question: quelle est la *nature du manquement* judiciaire ? – II. Les sanctions du manquement judiciaire: 1. Sanctions sur le plan européen; 2. Sanctions sur le plan interne, dans l'ordre juridique des Etats membres.

### INTRODUCTION

#### 1. La responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'Union Européenne par les juridictions nationales

Cette responsabilité n'est qu'une *variante de la responsabilité des Etats* membres pour violation du droit de l'Union par n'importe quel institution ou organe étatique. Les traités de l'UE ne règlent pas de façon expresse et précise cette question. C'est la *jurisprudence* qui, progressivement, a précisé les fondements et fixé ses modalités dans ses arrêts Francovich et Bonifaci, 19 novembre 1991, aff. C- 6/90 et 9/90 ; Brasserie du pêcheur, Factortame III, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et

C-48/93) (RG) et G. Köbler, 30 septembre 2003, C-224/01 ; Traghetti del Mediterraneo, 13 juin 2006, C-173/03 (Juridictions).

*Le sujet doit être élargi au delà de la responsabilité afin d'inclure tout manquement judiciaire. Car ici, le recours en responsabilité n'est qu'une voie de droit parmi d'autres pour sanctionner la violation du droit de l'Union par les juridictions nationales. Car ici, il y a pluralité des juges pour constater et sanctionner un tel manquement judiciaire.*

## **2. Quel manquement judiciaire?**

Ici, il faut mettre à part les hypothèses de *dysfonctionnement dans l'organisation du service de la justice* et de *responsabilité personnelle des magistrats* qui n'entrent pas dans cette étude. Il peut s'agir aussi bien d'un *fonctionnement défectueux du service de la justice* que d'un *exercice défectueux de la fonction juridictionnelle* proprement dite.

Le manquement judiciaire ou juridictionnel d'un Etat membre suite aux décisions judiciaires nationales contraires au droit de l'Union *fut prévu, implicitement dès le début de la construction européenne*, dans le cadre du recours en manquement. Et, *l'attitude de la Cour* à ce sujet fut, dès les débuts de la construction européenne, sans équivoque.

Dès 1970, la Cour a jugé que «la responsabilité d'un État membre au regard de l'article 169 [actuel 258 TFUE] est engagée, quel que soit l'organe de l'État dont l'action ou l'inaction est à l'origine du manquement, même s'il s'agit d'une institution constitutionnellement indépendante», ce qui inclut sans équivoque les juridictions nationales. (Arrêt du 5 mai 1970, Commission/Belgique, aff. 77/69, Rec. p. 237, point 15.)

Dès 1975, la Cour de justice a estimé qu'il serait opportun de prévoir dans les traités une protection des citoyens européens contre la violation du droit communautaire par les juridictions nationales. Cependant, la Cour n'a eu vraiment l'opportunité, que ces dernières années, de se prononcer sur les conséquences d'une jurisprudence nationale contraire au droit de l'Union.

L'élargissement considérable de l'Union avec son corollaire l'augmentation impressionnante du nombre de juges nationaux a certainement incité la Cour, peut-être plus que par le passé, à *circonscrire clairement la notion* de manquement judiciaire et à prescrire les voies de sa *sanction*.

## **I. LA NOTION DE MANQUEMENT JUDICIAIRE: LA VIOLATION DU DROIT DE L'UE PAR LES JUGES NATIONAUX**

### **1. Première question: qui fait le constat du manquement judiciaire ?**

Dans le système juridictionnel interne, le constat de manquement se fait en dernière instance par la voie de cassation.

Dans le cadre de la CEDH, la responsabilité de l'Etat partie à la Convention couvre également la responsabilité du fait de ses activités juridictionnelles (article 13 CEDH). En outre, la Cour EDH intervient après épuisement des voies de recours internes (article 35 CEDH), donc après que les juridictions internes se soient prononcées: elle est juge des juges internes à raison du manquement de leurs décisions, tant aux exigences de procédures et de fond, au droit de la CEDH. On peut dire que chaque fois que la Cour EDH constate un manquement il s'agit d'un manquement judiciaire.

Tel n'est pas tout à fait le cas dans le cadre de l'Union européenne. En effet, toutes les décisions de la CJUE ne sont pas des constats de manquement judiciaire. Cependant, nul Etat membre ne peut se prévaloir d'une quelconque immunité du fait d'une violation du droit de l'Union, imputable à l'activité de ses juridictions.

Dans un système privilégiant les rapports horizontaux entre la CJUE et les juges nationaux, le manquement est constaté par la Cour dans le cadre des voies de droit prévues par les traités.

### **2. Deuxième question: sur quels fondements repose ce constat de manquement judiciaire ?**

Le constat de manquement judiciaire par la CJUE en raison d'une interprétation ou d'une application incorrecte du droit de l'Union par les juridictions nationales repose sur deux *principes* majeurs:

- a) Premier fondement: *le principe d'Unité de l'Etat*, bien connu en droit international, comme en droit de l'Union.

En effet, le manquement judiciaire n'est qu'une variante des manquements étatiques qu'ils soient de nature conventionnelle, constitutionnelle, législative, exécutive ou judiciaire.

Comme en droit international, l'Etat est pris dans son *unité* :

« Si, dans l'ordre juridique international, l'État dont la responsabilité est engagée du fait de la violation d'un engagement international est considéré dans son unité, que la violation à l'origine du préjudice soit imputable au pouvoir législatif, judiciaire ou exécutif, il doit en être d'autant plus ainsi dans l'ordre juridique communautaire que toutes les instances de l'État (...) sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire » (CJCE, 30 septembre 2003, **Gerhard Köbler**, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239, pt. 32 ; CJCE, 5 mars 1996, **Brasserie du pêcheur et Factortame**, aff. C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, pt. 34.

- b) Second fondement: l'effectivité du droit de l'Union et de la *protection des droits* des citoyens de l'Union.

En effet, le rôle du juge national est primordial dans l'ordre juridique de l'Union. On ne peut raisonnablement faire bénéficier son activité « européenne » d'une totale immunité.

Juge de droit commun du droit de l'Union, le juge national, et plus particulièrement le juge suprême est la dernière barrière contre les violations des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union. Qui plus est la pleine efficacité du droit de l'UE (primauté applicabilité, uniformité) serait remise en cause si les particuliers ne peuvent obtenir droit à réparation en cas de violation du droit UE.

En outre, selon la jurisprudence de la CJUE le constat de manquement judiciaire ne remet pas en cause ni l'indépendance des juges nationaux, ni l'autorité de la chose jugée, car le requérant ne demande pas révision de l'arrêt rendu par le juge national, mais simplement réparation du dommage subi (jp. Köbler de 2003). Et, quoi qu'il en soit, comme l'a rappelé la Cour, de façon itérative, la responsabilité de l'Etat, inhérente au système des traités, exige une telle réparation.

### 3. Troisième question: quelle est la *nature du manquement judiciaire* ?

Car, toute défaillance judiciaire n'est pas forcément constitutive de manquement susceptible d'engager *la responsabilité de l'Etat* membre concerné ou d'enclencher un *recours en manquement* contre lui.

Dans le cadre du renvoi préjudiciel 267 TFUE, la Cour a fixé les conditions générales de la responsabilité des Etats membres pour violation du droit de l'UE qui leur sont imputables : 1) la règle de droit violée



doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, 2) la violation doit être suffisamment caractérisée et 3) qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi.

La responsabilité des Etats membres pour les dommages causés par leurs juridictions du fait de leur violation du droit de l'UE est régie par les mêmes règles.

Toutefois, en ce qui concerne la seconde condition, la CJUE est plus exigeante. Compte tenu de la « spécificité de la fonction juridictionnelle » par rapport aux autres fonctions étatiques, la responsabilité de l'État du fait d'une violation du droit de l'Union par une juridiction statuant en dernier ressort « ne saurait être engagée que dans *le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable* » (CJCE, 30 septembre 2003, Gerhard Köbler, aff. C-224/01, cité, pt. 53).

Tout en transposant la jurisprudence *Brasserie du pêcheur et Factortame* en matière de responsabilité aux activités juridictionnelles *stricto sensu*, la Cour semble en effet exiger une faute lourde, voire exceptionnelle par sa gravité.

Elle paraît toutefois nuancer quelque peu sa jurisprudence dans l'arrêt *Traghetti del Mediterraneo* 13 juin 2006, C-173/03, en précisant qu'un Etat membre ne peut s'exonérer, de manière générale, de ses obligations et responsabilités lorsque la violation du droit de l'Union résulte d'une appréciation des faits et des preuves ou de l'interprétation des règles de droit effectuées par les juridictions nationales.

**Dans le cadre du recours en manquement (articles 259 et 260 TFUE)**, la CJUE reprend les mêmes principes dégagés en matière de responsabilité. Simplement ici, nul besoin de dommage et de lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Tout manquement d'un Etat membre au droit de l'UE est constaté par la Cour. Mais le manquement judiciaire est traité de façon spécifique.

En effet, le constat de manquement n'est prononcé à l'encontre d'un Etat en raison de son activité judiciaire qu'en fonction de tout un faisceau d'indices difficiles à réunir, dont notamment « la nature structurale de la jurisprudence nationale incorrecte, l'effet et le statut des décisions concernées dans l'ordre juridique national ainsi que l'effet de cette jurisprudence en termes de réalisation de l'objectif des dispositions

communautaires concernées » (Conclusions de l'AG Geelhoed, 3 juin 2003, CJCE, Commission c. Italie, aff. C-129/00, *Rec.* p. I-14637, pt. 67 ).

## II. LES SANCTIONS DU MANQUEMENT JUDICIAIRE

De manière générale on peut relever *trois types de manquement judiciaire* au droit de l'Union: 1) manquement à raison du *contenu des décisions de justice*, 2) du fait de *non renvoi préjudiciel* par les juridictions nationales et 3) en cas de retard dans le prononcé de l'arrêt (non respect du délai raisonnable). Cette troisième éventualité n'est pas exclue en raison de la jurisprudence de la Cour EDH en la matière.

Ces sanctions se situent à un double niveau, européen et national.

### 1. Sanctions sur le plan européen

#### a) Sanctions de la CJUE

La CJUE constate le manquement judiciaire et le sanctionne à travers différents voies de droits : le renvoi préjudiciel (JP. Köbler, Traghetti del Mediterraneo) et le recours en manquement (9 décembre 2003, Commission c. Italie, aff. C-129/00), contrôle préventif des accords internationaux (article 218§11 TFUE)<sup>1</sup> mais aussi à travers d'autres recours.

Ce constat ouvre ainsi la voie à une possible action en réparation devant les juges nationaux, dont elle a d'ailleurs fixé les conditions particulières d'engagement (arrêt *Köbler*).

Pour l'heure le constat de manquement joue principalement dans deux situations : 1) lorsqu'il y a « méconnaissance manifeste » de la jurisprudence de la Cour de justice (erreur, refus d'application du droit de l'Union) ou 2) refus de renvoi préjudiciel de la part des juridictions nationales suprêmes

---

1. Evitant ainsi la conclusion par l'Union d'accords internationaux créant des juridictions spécifiques qui pourraient conduire à des manquements judiciaires. Tel fut le cas récemment avec le projet d'accord créant une juridiction des brevets seule à même de saisir la CJUE de renvoi préjudiciel en la matière, à l'exclusion des juridictions nationales, et dont les décisions ne peuvent faire l'objet, ni d'une procédure en manquement, ni entraîner une quelconque responsabilité des États membres (CJUE, avis 1/09, 8 mars 2011, site web curia). Dans le même sens, voir l'avis 1/91 sur l'EEE, *Rec.* p. I-06079.

*Première situation: méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la CJUE*

Pour définir les éléments constitutifs du manquement, la Cour tient compte principalement de la tendance « structurelle » de la jurisprudence nationale incorrecte.

Elle ne tient pas compte « des décisions de justice isolées ou fortement minoritaires (...) ou encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale, (...) ».

Mais il n'en est pas de même d'une interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême voire confirmée par celle-ci ». CJCE, 12 novembre 2009, Commission/Espagne, aff. C-154/08, *Rec. p. I-187*, pt. 126 ; CJCE, 9 décembre 2003, Commission c. Italie, aff. C-129/00, *cit.*, pt. 32 ; CJCE, 30 septembre 2003, Gerhard Koblér, *cit.*, pt. 56.

La Cour tient compte seulement des décisions significatives reflétant la manière dont le droit de l'Union est appliqué. C'est le cas par exemple d'une jurisprudence d'une Cour constitutionnelle qui, tout en constatant et l'inconstitutionnalité d'une disposition législative et son incompatibilité avec le droit de l'Union et bien que l'annulant, maintient néanmoins ses effets pour une durée future dont elle fixe le terme, et ceci contrairement aux principes d'applicabilité et de primauté du droit de l'Union<sup>2</sup>. CJCE, 19 novembre 2009, Filipiak, aff. C-314/08

*La seconde situation est plus aisée à relever: l'inexécution par les juridictions nationales de leur obligation de renvoi.*

Un cas particulier mérite d'être souligné: lorsque une législation nationale institue une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois imposant aux juridictions nationales de se prononcer *par priorité* sur la transmission à la juridiction constitutionnelle d'une question de constitutionnalité d'une disposition interne, lorsqu'est en cause concomitamment l'incompatibilité de ladite disposition avec le droit de l'Union.

---

2. CJCE, 19 novembre 2009, Filipiak, aff. C-314/08, *Rec. p.I-11049*, pt. 84.

Depuis la jurisprudence *Simmenthal*, en passant par la jurisprudence *Mecanarte*, *Kücükdeveci* et *Melki*<sup>3</sup>, la Cour n'a eu de cesse de réitérer qu'une privation du juge national de la faculté ou de l'obligation (selon les cas) de saisir à tout moment la Cour d'un renvoi préjudiciel est constitutif d'un manquement judiciaire.

Dans le cas spécifique de la « question prioritaire de constitutionnalité » instituée en France par la loi organique du 10 décembre 2009 et qui a donné lieu à toute une saga jurisprudentielle. La CJUE a été des plus nettes. Elle n'a accepté la validation de ladite procédure que suite à sa neutralisation et par le Conseil constitutionnel (décision n°210-605 DC du 12 mai 2010 relative aux jeux du hasard) et le Conseil d'Etat (14 mai 2010, Rujovik). (CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, C-188/10).

### **b) Sanctions de la Cour EDH**

Toujours dans le cadre européen on constate l'apparition de manquement sur manquement : la Cour EDH venant au secours de la CJUE en cas de non application du droit de l'Union par les juridictions nationales.

En effet, la Cour EDH, tout en posant le *principe* « que l'on ne saurait déduire de l'article 6 § 1 de la Convention le droit absolu à ce qu'une affaire soit renvoyée à titre préjudiciel devant la Cour de justice. »

Elle a néanmoins admis que, dans certaines circonstances, le refus de renvoi préjudiciel à la CJUE, par les juridictions nationales suprêmes, « peut porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme *entaché d'arbitraire* »

Et pour juger si un tel refus de renvoi préjudiciel n'est pas entaché d'arbitraire, la Cour EDH contrôle si la décision de non renvoi est « *suffisamment motivée* ». Cour EDH, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, 20 septembre 2011, req. n° 3989 et 38353/07.

---

3. CJCE, du 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. p. 629, pt 24 ; CJCE, *Mecanarte* 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, Rec. p. I-3277, pts. 42 et ss ; CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, affaire C-555/07, Rec. p. I-365, pts. 54-55 ; CJUE, 22 juin 2010, *Melki*, C-188/10, site web curia, pts. 40 et ss.

## 2. Sanctions sur le plan interne, dans l'ordre juridique des Etats membres

La sanction européenne est doublée d'une *sanction interne*.

Les juridictions nationales, *suprêmes et constitutionnelles*, veillent aussi au respect du droit de l'Union par les juges nationaux.

Les défaillances judiciaires sont sanctionnées généralement par l'*annulation* ou la mise en cause de la *responsabilité de l'Etat-juge*.

### a) Recours en annulation

Régulièrement les juridictions inférieures sont en effet sanctionnées par les juridictions suprêmes dans trois cas : 1) application incorrecte du droit de l'Union ; 2) méconnaissance de la jurisprudence de la CJUE<sup>4</sup> ; 3) plus particulièrement, les juridictions nationales voient leurs décisions annulées pour non renvoi préjudiciel à la CJUE.

Dans ce troisième cas, l'on sait, selon la jurisprudence de la Cour de justice que « les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir la Cour », faculté qui ne peut être entravée par une disposition conventionnelle, législative ou réglementaire<sup>5</sup>.

Les deux plus hautes juridictions administrative et judiciaire françaises veillent au respect de cette obligation. Elles considèrent en effet le renvoi préjudiciel comme résultant d'une exigence conventionnelle. voir notamment son arrêt du 14 mai 2010, Rujovik, req. n° 312305 ; pour la Cour de cassation, voir son arrêt, ass. plénière, 29 juin 2010 (Melki) pourvoi n° M 10-40.001.

---

4. Voir à titre d'exemple Cour cass., ch. com., 21 février 1995, **n° de pourvoi : 93-15387** Bull. Civil IV, n°52, p.50 : annulation d'un arrêt d'une juridiction inférieure pour méconnaissance de la jurisprudence de la CJUE ; voir également, Cour constitutionnelle allemande, BVerfG, 9 janvier 2001, 1 BvR 1036/99 : annulation de la décision du Bundesverwaltungsgericht (Tribunal fédéral administratif) notamment pour ne pas avoir appliqué la jurisprudence de la CJUE. A titre de comparaison, les juridictions suprêmes sanctionnent régulièrement les juridictions inférieures pour méconnaissance du droit de la CEDH.

5. Voir, notamment, CJCE, 16 janvier 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf, aff. 166/73, Rec. p. 33, pt. 3 ; CJCE, 27 juin 1991, Mecanarte, aff. C-348/89, Rec. p. I-3277, pt 44 ; CJCE, du 16 décembre 2008, Cartesio, aff.. C-210/06, Rec. p. I-9641, pt. 88.

La Cour de cassation n'hésite pas à censurer, au pénal comme au civil, les juridictions inférieures en jugeant qu'une « demande de saisine de la Cour de justice à titre préjudiciel peut être présentée en tout état de cause (à tout moment du litige) et même à titre subsidiaire ». Voir notamment, Cass., ch. civile 2, 18 décembre 2008 **pourvoi n° 08-11438**. La Cour de cassation a retenu une solution similaire en matière pénale : Cass. crim., 16 mai 1991, **pourvoi n° 89-82396** ; Cass. crim., **20 juin 1989, pourvoi n°88-84687**.

Le Conseil constitutionnel ne s'estime pas tenu certes de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel, mais il n'en considère pas moins qu'une telle obligation pèse sur les juridictions nationales, obligation qui « résulte d'une exigence constitutionnelle » (art. 88-1 de la Constitution)<sup>6</sup>. Voir à titre d'exemple décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

D'autres Cours constitutionnelles européennes n'hésitent pas, au nom du droit au juge garanti constitutionnellement, à censurer les arrêts des juridictions nationales qui refusent de saisir la Cour de justice dès lors que les conditions de l'article 267 TFUE sont réunies<sup>7</sup>.

### **b) Le recours en responsabilité**

La CJUE a fixé les *conditions d'engagement* de la responsabilité des Etats du fait de la violation du droit de l'UE y compris par les juridictions nationales (v.supra). Elle a également fixé les *modalités de réparation* du préjudice subi, préjudice qui ne doit pas être nécessairement anormal et spécial.

A cet égard, elle a jugé qu'il appartient au juge national, en vertu du *principe d'autonomie* institutionnelle et procédurale de mettre en œuvre une telle responsabilité.

6. Voir à titre d'exemple décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

7. Voir à titre d'exemples : Cour constitutionnelle allemande, Bundesverfassungsgericht, ordonnance du 30 août 2010, 1BvR 1631/08 ; Cour constitutionnelle tchèque, Ústavní soud, arrêt du 8 janvier 2009, II. ÚS, 1009/08 ; Tribunal constitutionnel espagnol, Sala Segunda, 19.06.06, Gobierno de Canarias / Real Club Náutico de Gran Canaria, BOE del 20.07.06, Suplemento n° 172, p. 98.

Mais à cette autonomie, elle va opposer une *double limite* :

- 1) La règle d'équivalence : les règles nationales de procédure et de fond ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des réclamations semblables en droit interne ;
- 2) La règle de l'effectivité : à savoir que les modalités procédurales nationales ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la réparation.

*En Europe*

L'ensemble des Etats membres de l'Union connaissent à des degrés divers le principe de la responsabilité de l'Etat du fait de son activité juridictionnelle.

Toutefois, plusieurs Etats membres, sur des fondements législatifs ou jurisprudentiels, maintenaient une exception : l'irresponsabilité de l'Etat du fait du contenu des décisions juridictionnelles, exception qu'ils ont dû abandonner sous la pression conjuguée de la Cour EDH et de la CJUE.

*En France*, à l'exception de certains régimes particuliers, l'irresponsabilité de l'Etat était traditionnellement absolue pour l'activité juridictionnelle. Mais la loi de 1972 a prévu, pour la justice judiciaire, l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour « fonctionnement défectueux du service de la justice » en cas de « *faute lourde* » ou de « *déni de justice* » (art. L. 141-1 du COJ). « L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice ».

La jurisprudence judiciaire a donné une définition tellement souple de la notion de faute lourde et du déni de justice au point tel que celles-ci peuvent s'assimiler, en pratique, à une faute simple note <sup>8</sup>. Cette

---

8. Dans son arrêt d'ass. plén., 23 février 2001, Bolle et Laroche, la Cour de cassation a admis la responsabilité de l'Etat dans les termes suivants : "constitue une faute lourde toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi". Quant au déni de justice, il est défini par la jurisprudence judiciaire comme "tout manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu", toute « inaptitude du service public à remplir la mission dont il est investi ».

jurisprudence est applicable en cas de défaillance judiciaire au regard du droit de l'Union.

De son côté, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence.

Dans un premier temps, il a jugé qu'en vertu des « principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique » la responsabilité de l'Etat dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle peut être mise en œuvre sur le fondement de la « *faute lourde* ». *Toutefois*, il a maintenu (contrairement au juge judiciaire) une exception : *l'irresponsabilité de l'Etat en raison du contenu des décisions juridictionnelles définitives*<sup>9</sup>. CE. ass. 29 décembre 1978, *Darmont*

Dans un deuxième temps, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH (voir note 35)<sup>10</sup>, le Conseil d'Etat a apporté une première exception à la jurisprudence *Darmont*. Sur le fondement des « principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives », *la haute juridiction a alors admis la responsabilité de l'Etat pour faute simple en cas de durée excessive du procès devant les juridictions administratives*<sup>11</sup>. CE. ass. 28 juin 2002, ministre de la justice c. *Magiera*

Et puis, dans un troisième temps, sous l'influence de la jurisprudence de la CJUE, le Conseil d'Etat a fini par apporter une exception à l'exception formulée dans l'arrêt *Darmont*. Ainsi, se conformant à la jurisprudence *Köbler* et *Traghetti del Mediterraneo*, il a *supprimé partiellement*, dans l'arrêt *Gestas*, CE, 18 juin 2008, *l'exception* que prévoyait l'arrêt *Darmont*, en *admettant la responsabilité de l'Etat du fait du contenu des décisions devenues définitives, lorsque l'on se trouve dans le champ d'application du droit communautaire* et lorsque ladite décision est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers<sup>12</sup>.

9. CE. ass. 29 décembre 1978, *Darmont*, Lebon, p. 542.

10. Cour EDH, aff. Kudla c. Pologne, 26 octobre 2000, req. n° 30210/96 ; Lutz c. France, 26 mars 2002, req. n° 48215/99

11. RFDA, 2002, p. 756.

12. CE, 18 juin 2008, *Gestas*, req. n° 295831 : Considérant(...) que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'Etat peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers ». A ce sujet voir notamment D .Pouyaud, RFDA, 2008, p.1178 et ss.



A ce premier mouvement polyphonique, correctif, du manquement judiciaire au droit de l'Union, assuré par la CJUE avec l'aide et le soutien des juridictions nationales et de la Cour EDH répond, en contrepoint, un peu comme un jeu de miroirs, un mouvement de résistance des juridictions suprêmes et constitutionnelles des Etats membres de l'Union à tout « débordement » judiciaire de la CJUE. C'est alors le manquement judiciaire de la part de la CJUE aux droits des Etats membres.



# 2

## Do direito de acesso à justiça aos entraves apresentados pelo CMPED: A situação do Mercosul

*Ana Maria Santos Dias*

---

Advogada e membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA. Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana.

**Resumo:** Esta produção tem como objetivo desvelar o MERCOSUL não apenas como uma instituição encarregada de equalizar problemas de cunho eminentemente econômico, no qual restringe-se na prática, mas também e principalmente em uma de suas vertentes através do órgão responsável pela promoção e efetivação do Estado Democrático de Direito, tendo com fulcro o direito fundamental do acesso à justiça, através do Centro instituído para tal desiderato qual seja, o CMPED (Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito).

**Abstract:** This production aims to unveil the MERCOSUR not only as an institution to be eminently equalize economic problems, which is limited in practice, but also and especially in one of its aspects through the body responsible for the promotion and realization of the democratic state of law, with the fulcrum the fundamental right of access to justice through the Center instituted for this aim, namely, CMPED (MERCOSUL Centre for Promoting the Rule of Law).

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Democracia participativa: um direito de luta e de resistência dos povos dos países do Cone Sul – 3. O MERCOSUL e a promoção do Estado de Direito – 4. Acesso à justiça no Âmbito do MERCOSUL – 5. Acesso à ordem justa e o CMPED (Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito) – 6. Considerações finais. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

Com o fim dos regimes autoritários dos anos 80 foram dados passos importantes para a integração e renovação da América Latina. Isso responde a aspiração histórica dos povos da América do Sul nos quais

durante anos viveram sob ditaduras quase implacáveis, regime este que suprimiu a democracia e achatou o desenvolvimento econômico dentre outros efeitos.

Nos anos entre as décadas de 80 e 90, foram proclamadas Constituições fundamentadas no princípio democrático, nos países partes, em detrimento da derrocada das ditaduras e um clamor público pela redemocratização, suscitando discussões acerca dos direitos humanos. Nesse contexto, surgiu um ambiente confortável para promulgações das constituições protetivas. Vale ressaltar Também, que nessas décadas pactos econômicos foram firmados entre a Argentina e o Brasil<sup>1</sup>.

Posteriormente nos anos 90, a América Latina seguindo uma tendência mundial, como, por exemplo, o Mercado Comum Europeu, e buscando a implementação de um processo de regionalização, oficializou a criação do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), através da assinatura do Tratado de Assunção (26.03.1991), objetivando a formação de um mercado comum, ainda não implementado, vale ressaltar, por motivo da economia global acirrada e a necessidade de superação das disputas geopolíticas e barreiras alfandegárias<sup>2</sup>. Em seguida observou-se que a letargia acerca do processo de integração, e o forte interesse em apenas se deter a superação dessas disputas mencionadas não seriam suficientes para a execução do Mercado Comum, para tanto necessário aprofundar a integração por meio de diversas dimensões socioculturais.

Deve-se ressaltar que apenas com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto fora definida a estrutura institucional do Bloco. Hoje, a compatibilidade jurídica do MERCOSUL com a Aladi (Associação Latino-Americana de Integração) e com o GATT (*General Agreement for Tariffs and*

- 
1. A declaração de Iguaçu, firmada em 30/08/1985, e o Programa de Integração e Cooperação Econômica-PICE,1986. Como antecedentes mais remotos temos as diversas tentativas de integração na América Latina, motivados pela Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL-1948): O Tratado de Montevideu (1960) criação da Associação Latino- Americana de Livre Comércio-ALALC, b) criação da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI)- Tratado de Montevideu (1980).
  2. Importante frisar a diferença entre a Zona de Livre Comércio, a União Aduaneira e o Mercado Comum, propriamente dito: a primeira etapa ou tipo de integração em que são eliminadas todas as barreiras ao comércio entre os membros do grupo; a União Aduaneira há além do livre comércio existente entre os grupos, existe uma aplicação de uma Tarifa Externa Comum ao comércio com terceiros países; e por fim o Mercado Comum, além da TEC e do livre comércio de bens, existe a livre circulação de fatores de produção ( capital e trabalho). (Lenza, p.349,2010).

*Trade*), o êxito comercial da integração e o fato de ser uma entidade dotada de personalidade jurídica garantem sua condição de parceiro econômico relevante no plano internacional.

Atualmente, o cerne principal do MERCOSUL é a promoção da integração regional, não apenas no plano comercial alcançado como cedo com êxito, pois como entidade dotada de personalidade jurídica garante sua condição de parceiro econômico com grande influência internacionalmente. Porém, o processo de integração não é apenas o alcance de zona de livre comércio, que no caso já fora concluída, mas faz-se necessário desenvolver as mais variadas dimensões socioculturais aliados à implementação de institutos jurídicos como democracia participativa e Estado de Direito e o direito fundamental de acesso à justiça.

Destarte, tendo em vista o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo de Ushuaia<sup>3</sup> e a decisão nº 26/03 do Conselho do Mercado Comum deliberaram de acordo com a decisão nº 24/04 para criar o Centro de Promoção do Estado de Direito<sup>4</sup>. Inicialmente, de acordo como artigo 2º da decisão nº 24/04 do Conselho do Mercado Comum as tarefas e atividades previstas no decreto de criação seriam: trabalho de pesquisa, difusões através da realização de conferências, seminários, programas de intercâmbio dentre outras atividades.

Em consonância com o próprio texto legal acima mencionado existe uma preocupação do MERCOSUL teoricamente em realizar o Estado Democrático de Direito, no qual atualmente traduz-se em Estado Social de Direito e acentua Bonavides: Estado social das democracias, admite

- 
3. O protocolo de Ushuaia acerca do compromisso democrático no MERCOSUL, Bolívia e Chile firmado em 1998, a partir da Declaração Presidencial de Lãs Lenãs de 1992 é expresso ao afirmar a plena vigência das instituições democráticas como condição essencial para o desenvolvimento do processo de integração entre os Estados Partes deste Protocolo.
  4. A criação do CMPED (Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito), tendo em vista o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, o Protocolo de Ushuaia e a decisão nº 26/03 do Conselho do Mercado Comum. Considerando: que o Estado de Direito baseia-se na democracia e na eficácia de suas instituições. Que a vigência de um efetivo estado de direito no MERCOSUL, que se fundamente na democracia, no respeito aos direitos humanos e nas liberdades fundamentais é requisito indispensável ao desenvolvimento integral, justo e equitativo da sub-região. Que é necessário contar com uma entidade central no MERCOSUL que, para a promoção do Estado de Direito, organize e execute ações em matéria de investigação acadêmica, capacitação e difusão. Dados retirados da decisão nº24/04.

a mesma ideia de dirigismo estatal. Se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo.

Assim, para viabilizar o bem-estar da população é necessário que se promova a democracia participativa afastando a ideia liberal clássica de absentéismo estatal tão subliminarmente defendida pela globalização que segundo Calmon de Passos: a que a globalização é fato, porque pode ser comprovada empiricamente, é ideologia, no sentido mais clássico, por ser um conjunto de ideias destinadas a mistificar relações reais de poder, a serviço de um sistema de dominação. Mais detidamente, a discussão do acesso à justiça, acesso a uma ordem justa, corolário desse trabalho, deve ser tomada como uma crítica ao modelo jurisdicional que garante apenas formalmente um acesso igualitário, mas não promove meios materiais para implementar esse direito fundamental. Nesse interesse, há um longo percurso a ser travado tendo em vista os aspectos acima elencados.

O acesso à justiça é mais que um direito, é um compromisso no qual constitui um dos pilares fundamentais da sociedade contemporânea comprometidas em promover a igualdade perante a lei, reconhecendo as desigualdades sociais. Certifica-se, a partir dos instrumentos internacionais, obrigações estatais positivas para a implementação de mecanismos para que a população possa reclamar e reivindicar direitos ante aos órgãos jurisdicionais competentes. A preocupação com a efetividade desse direito fundamental, suscitando a atenção para as ações efetivas pelos Estados, deve ser a busca por tornar o sistema jurisdicional acessível a população.

A diligência da teoria democrática por evitar que a transição conduza à aquele resultado, ou seja, ao Estado da última classe – o proletariado – como já acontece em vasta área de países socialistas do Oriente, e sim, ao Estado de todas as classes, como pretende ser o Estado do Ocidente; ditado pelas mudanças inevitáveis do capitalismo e pelo imperativo da justiça social, que obrigam ao abandono das antigas posições doutrinárias do liberalismo. O conflito essencial se trava, pois, a esta altura, entre o Estado socialista e o Estado Social das democracias ocidentais. O que temos em vista, aliás, estudar, não é o embate ideológico, de suma importância para os destinos políticos do gênero humano, mas os aspectos fundamentais e não menos relevantes que acompanham a ruptura definitiva do Estado Liberal e sua substituição pelo Estado Social (BONAVIDES, 2003, p.27).

Nesse contexto, este artigo tem como desiderato verificar a eficácia do CMPEDE (Centro MERCOSUL de Promoção do Estado de Direito), perquirindo através da própria decisão que o fundou, dentre outras decisões normativas, o nível de implementação do Estado Democrático de Direito e mais detidamente o Direito Humano, pois analisado a nível de internacional, do acesso à justiça.

## **2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: UM DIREITO DE LUTA E RESISTÊNCIA DOS POVOS DOS PAÍSES DO CONE SUL**

A democracia participativa consubstancia-se com o misto de autoridade e judicatura dos tribunais constitucionais e a autoridade popular e soberana exercitada em termos decisórios. Nisto, reside a essência desse roupage de constitucionalidade que há de ser o mais aberto, o mais legítimo dos modelos de organização da democracia antecipatória do futuro dos países periféricos. Neste molde, pode-se afirmar que países latino-americanos passaram por uma longa experiência autoritária e hoje são formalmente Repúblicas presidencialistas, cuja a ordem política cumpre com os requisitos básicos do jogo político democrático (DAHL,1997).

Pensa-se que a democracia participativa é o único modelo capaz de “quebra as correntes” do domínio do poder popular, sempre objeto de alienações e descumprimento de sua vontade por outra vontade, dominando e ocupando as casas legislativas. Tal acontece em virtude do processo longo de distorção e falseamento da vontade popular. Os vícios eleitorais, a propaganda dirigida a manipulação da consciência pública e opinativa do cidadão pelos poderes e veículos de informação a serviço a classe dominante (Bonavides,2003), até mesmo manifestações executivas e legiferantes são exercitadas contra o povo desvirtuando os fins dos Estados.

Mais detidamente, o Protocolo de Montevidéu, MERCOSUL/CMC/DEC.Nº 27/11 estabeleceu o compromisso com a democracia considerando que a plena vigência das instituições democráticas só seria possível com o respeito aos direitos humanos<sup>5</sup>.

---

5. Nesse sentido os artigos 1º, 4º e 10 do Protocolo de Montevidéu: Artigo 1º - O presente protocolo será aplicado em caso de ruptura ou ameaça de ruptura da ordem democrática, de uma violação da ordem constitucional ou de qualquer situação que ponha em risco o legítimo exercício do poder e a vigência dos valores e princípios democráticos.

Destarte, para a implementação da democracia participativa faz-se necessário a combinação das autoridades e a judicatura dos tribunais, e, de outra parte a autoridade da soberania popular e soberana em termos decisórios. Nesse sentido afirma Garapon:

A justiça torna-se um *espaço de exigibilidade* da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante (GARAPON, 2001, p.49).

Porém, essa conjuntura está longe de ocorrer. A frequência é que existe ainda ditaduras dissimuladas nos sistemas constitucionais da América Latina, onde os mandatos por excesso de continuidade, já macula as características republicanas, e se reveste mais de um teor usurpatório, de confisco da vontade popular e de transmutação da chamada democracia representativa em simulacro de governo popular<sup>6</sup>. Portanto, como implementar a nível transnacional o respeito detidamente ao Estado Democrático de Direito se a realidade destes países é bastante perversa quanto a este desiderato?

---

Artigo 4º - Quando o governo constitucional de uma Parte considerar que está ocorrendo em sua jurisdição algumas situações indicadas no artigo 1º poderá solicitar aos Presidentes das Partes ou, na falta destes, aos ministros das Relações Exteriores em sessão ampliada do Conselho do Mercado Comum, através da Presidência Pro Tempore, colaboração para o fortalecimento e preservação da institucionalidade democrática. Artigo 10 - O presente protocolo é parte integrante do Tratado de Assunção e dos respectivos acordos de integração celebrados entre o MERCOSUL e seus Estados Associados.

6. Nesse sentido o preâmbulo da Convenção Americana sobre direitos Humanos estatui: Os Estados Americanos signatários da presente Convenção, reafirmando o seu propósito de consolidar neste continente, dentro do quadro das instituições democráticas um regime de liberdade pessoal e de justiça social fundada no respeito aos direitos essenciais do homem; reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados Americanos. O artigo 26 do Pacto acima elenca: Os Estados partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constante da Carta de Organização dos Estados Americanos, reformada pelo protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis por via legislativa ou pro outros meios apropriados.



Nesse sentido, Bonavides (2003, p.26) questiona: quem é o povo, e onde está o povo, nessa forma de organização em que o ente político é objeto e não sujeito e se viu privado, pela extorsão política, da titularidade de suas faculdades soberanas?

Para responder essa questão seria necessário observar que os países do terceiro mundo agonizam. É preciso um debate mais acurado, imprescindível na construção e organização da resistência contra os usufrutuários da globalização mantenedores da recolonização, incluindo nesse ínterim juristas neoliberais.

E nesse caso, estruturando uma releitura dessa sistemática, é de fundamental importância o papel das discussões nas Faculdades de Direito, elaborando trabalho de pesquisa, salientando a necessidade da construção diária e não estanque da democracia, tentando incutir nos cidadãos a verdadeira face do seu papel no Estado, de reivindicação, mas também de cumprimento do seu papel de cidadão.

Visivelmente, apesar de esforços para permitir uma igualdade entre os povos, o cerne do Bloco é detidamente econômico-financeiro, pois este foi criado desde 1991 e até o presente momento apenas a zona de livre comércio fora concluída (Lenza apud Bastos, 2010, p.349). A reivindicação dos governos e dos empresários nas Cúpulas realizadas é peremptoriamente sobre medidas de proteção do setor privado<sup>7</sup>.

A dimensão decisória da participação está presente em todos os que tratam do tema democracia. Rousseau já salientava a importância da tomada de decisão, com o envolvimento direto e permanente do cidadão, sendo que o governo um corpo intermediário, encarregado da execução de leis e da manutenção da liberdade, em nome do povo que pode limitar, modificar e retomar o poder quando lhe aprouver. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar.

Porém, o realismo elitista, ao negar a competência do cidadão comum, nega os aspectos considerados centrais do conceito de democracia: autodeterminação, participação, igualdade política, influência da opinião pública sobre a tomada de decisão. Nesse sentido anota Casella (1996, p. 209):

---

7. Com exemplo pode-se citar as Cúpulas da Costa de Saúípe, realizadas na Bahia, em 16 e 17 de dezembro com a participação de mais de trinta Chefes de Estado e de Governo dos 33 países da região.

Acontece que atualmente o poder é exercido em outras esferas que não a estatal, onde não há tradição de se exigir respeito aos princípios democráticos. Exemplos claros são a imprensa e o sistema financeiro internacional. São detentores de imensa parcela de poder e suas decisões são tomadas de forma *absolutista*. O controlador de um grande grupo financeiro ou de uma rede de televisão detém hoje o poder comparado ao de Luís XV, o *Rei soleil*, sendo que sua zona de influência engloba o mundo inteiro. As formas de controle do exercício de seu poder são ainda muito incipientes e as formas de participação popular em suas decisões são praticamente nulas. Todos estes fatores têm resultado em pressões irresistíveis exercidas sobre os Estados, como membros da comunidade internacional.

Portanto, nessa realidade nefasta, é importante resgatar o poder para as esferas públicas. Sendo estas compostas pelo binômio povo-governo, onde pode ser limitado, controlado e exercido de forma democrática, sendo imprescindível a cooperação intergovernamental.

Outra questão, porém não menos importante, é que os Estados pertencentes ao bloco estão cada vez mais inter-relacionados, o que acaba por relativizar o conceito de soberania e o princípio da não ingerência. Esta cooperação, mostra-se tão essencial e urgente, que mecanismos de decisão do MERCOSUL- baseados no consenso- revelam-se ineficientes face a lentidão que os caracteriza, provocada pela assimetria das partes e pelas desigualdade de fato. Soluções tem sido buscadas aqui e ali para se fazer frente a esse novos desafios e, como afirma Dromi (1995, p. 20), “que a chave para resolver esta questão reside na vontade imaginativa para pensar em novas realidades entre os Estados sem aboli-los”.

O que poderia ocorrer era a extensão de instrumentos criados para a participação popular no poder a nível do Cone Sul como: audiências públicas e prestação de informações aos cidadãos sobre todos os atos dos órgãos que fazem parte do Bloco; sessões especiais dos conselhos por solicitação dos cidadãos; iniciativa popular de projeto de lei por parte dos “cidadãos mercosulinos”, quando criada uma cidadania mercosulina.

Destarte, seria a implementação da supranacionalidade que tem definição bastante controvertida<sup>8</sup>. Não se pode olvidar para a

---

8. Rui M.M.Ramos. O Mercosul e a União Européia. Jornal do Brasil, domingo, 28/09/97, Rio de Janeiro, p.11. Há quem privilegie o aspecto político da supranacionalidade, entendendo que “como um fenômeno político, traduz-se na deslocação dos centros

internacionalização do mundo atual. O progresso e o desenvolvimento de novas tecnologias, notadamente no ramo das telecomunicações levaram ao fenômeno conhecido como globalização. Os Estados passaram a se deparar com problemas que não podem enfrentar isoladamente como o tema da implementação da democracia MERCOSUL. Nesse sentido, uma decisão extremamente importante para o cenário do bloco fora tomado neste ano, com a suspensão do Paraguai no MERCOSUL em aplicação do protocolo de Ushuaia<sup>9</sup>.

Portanto, diante dessa decisão um grande passo fora tomado no sentido de firmar o compromisso do MERCOSUL com seus institutos. Por compor um Estado Democrático de Direito como o caso do Paraguai, suspenso, impõem-se a observância de regras e princípios acolhidos

---

de decisão dos Estados-Nações pra o ente supranacional, por um lado, e no processo de tomada de decisões adotados pelo ente supranacional (decision making), por um lado, como resulta da “transferência” de competências, tradicionalmente cometidas aos Estados ,para a organização supranacional”.

9. A Presidenta da República da Argentina, a Presidenta da República Federativa do Brasil e o presidente da República Oriental do Uruguai;  
Considerando que de acordo ao estabelecido no Protocolo de Ushuaia sobre o compromisso democrático, a plena vigência das instituições democráticas é condição essencial para o desenvolvimento do processo de integração;  
Sublinhando que toda ruptura da ordem democrática constitui um obstáculo inaceitável para a continuidade do processo de integração;  
Reafirmando que o espírito do Protocolo mencionado é o restabelecimento da institucionalidade democrática na parte afetada, sem que isso menoscabe o normal funcionamento do MERCOSUL e de seus órgãos;  
Que, conforme os tratados fundacionais do MERCOSUL, a suspensão acarreta a limitação na participação dos órgãos, bem como a perda dos direitos de voto e de veto;  
Que tal suspensão não diminui o compromisso com o bem-estar e o desenvolvimento do Paraguai nem deve produzir prejuízo algum ao povo Paraguai;  
Considerando a “Declaração dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Associados sobre a ruptura da ordem democrática no Paraguai”, adotada em 24 de junho de 2012.  
DECIDEM:  
1-Suspender a República do Paraguai do direito a participar nos órgão do MERCOSUL e das deliberações, nos termos do artigo 5º do Protocolo de Ushuaia.  
2- Enquanto durar a suspensão, o previsto no inciso iii do artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto produzir-se-à com a incorporação que realizarem a Argentina,o Brasil e o Uruguai,nos termos do inciso ii) do referido artigo,  
3- A suspensão cessará quando, de acordo com o estabelecido no artigo 7º do Protocolo de Ushuaia, for verificado o pleno restabelecimento da ordem democrática na parte afetada. Os Chanceleres manterão consultas regulares a esse respeito.  
4-Comunicar ao Parlamento do MERCOSUL a presente decisão.  
5- Garantir a continuidade dos projetos relativos ao Paraguai no Fundo de convergência estrutural do MERCOSUL (FOCEM).

progressivamente pelos países do Cone Sul. Isso serve de exemplo para outros não cometerem o mesmo erro.

Segundo Reis (1996):

Observar que a Constituição Paraguaia, além de reconhecer o primado do direito internacional em face das normas internas, permite ainda a participação deste país em projetos de integração que contemplem a supranacionalidade, ou seja, a delegação de poderes próprios do Estado a instâncias independentes de seu controle. Não se pode saber como as Cortes nacionais irão interpretar o artigo 145 da Constituição no momento em que se pretenda por em prática um projeto desse tipo, mas parece que não há nenhum entrave constitucional à aceitação de normas derivadas de direito comunitário no Paraguai (REIS, 1996, p.276).

Assim a integração passou a ser uma preocupação de todos. Já despertou a atenção dos meios universitários, sendo possível atualmente encontrar uma quantidade significativa de estudos acerca do assunto principalmente com enfoque econômico e jurídico.

### **3. O MERCOSUL E A PROMOÇÃO DO ESTADO DE DIREITO**

O direito tanto o direito humano como o processual, tornou-se a maior referência da ação política. Não só para traduzir as reivindicações, mas também para organizar a ação administrativa. É sob a forma do direito e do processo que o cidadão das democracias realiza sua ação política.

A participação política dos indivíduos na sociedade global apresenta-se como um caminho, uma das principais vias alternativas, para o alcance da inserção social e da diminuição das desigualdades econômicas reveladas pela globalização. Apesar de ter acabado com os limites geográficos, não eliminou a fome, a miséria e os problemas políticos de milhões de globalizados que vivem abaixo da pobreza absoluta.

Há uma grande dificuldade dos indivíduos de participação política nessa sociedade globalizada. Ao indivíduo que é politizado cabe não apenas a participação política em seu cerne, como também em percebê-las nas ações do cotidiano, como ter um direito violado e saber identificar tal violação.

O continente Latino-americano, sempre foi voltado economicamente para a Europa e Estados Unidos da América. E o MERCOSUL

defronta-se com essa realidade. Porém sem um regime plenamente democrático seria impossível levar adiante o complexo exercício de concessões mútuas em que a lógica da cooperação e da confiança se situa acima da lógica da confrontação. Uma avaliação do quadro econômico internacional é essencial para a compreensão das perspectivas do MERCOSUL.

A globalização segundo Florêncio e Araújo (1996): é um fenômeno do processo produtivo, do movimento de capitais e dos fluxos de comércio. Todas essas dimensões do fenômeno se superpõem e se reforçam mutuamente. E acentuam:

A regionalização é uma globalização em miniatura. Cada processo de Integração Regional reproduz, num espaço mais restrito, mas com maior veemência, as principais características da globalização: multinacionalização do processo produtivo, diversificação e aceleração dos fluxos de capital, interpenetração das economias, convergência de valores e padrões culturais (FLORÊNCIO; ARAUJO, 1996, p.81).

O que impera é uma ideologia tecnocrática, impedindo a problematização do poder existente, e remetendo ao pensamento de Passos, o poder não se legitima por obedecer a normas legítimas.

Em um relatório realizado em 2008 sobre as atividades realizadas no MERCOSUL, reconheceu-se a importância da contribuição de todas as áreas de Governo ao aprofundamento do MERCOSUL, segundo os mesmos ministros e demais autoridades nacionais dialogam hoje com frequência inédita e adotam cada vez mais uma perspectiva comunitária<sup>10</sup>.

---

10. MERCOSUL/XXX CMD/DI Nº 06/08. Relatório sobre atividades realizadas no segundo semestre de 2008. Trata-se sobretudo de reconhecer a importância da contribuição de todas as áreas de Governo ao aprofundar o MERCOSUL, visto que os ministros e demais autoridades nacionais dialogam hoje com frequência inédita e adotam cada vez mais uma perspectiva comunitária. O MERCOSUL é hoje patrimônio da sociedade. Extrapola a dimensão comercial e estende-se a áreas tão diversas como educação, saúde, políticas sociais, trabalho, cultura, agricultura familiar e turismo. A estruturação do Instituto Social do MERCOSUL e a criação da Comissão de Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais constituem avanços institucionais que terão impacto significativo em matéria de formulação e execução de políticas públicas na área social. O Instituto Social, com sede em Assunção, constituirá um núcleo de análise e de apoio técnico à formulação de políticas sociais em nível regional e nacional, contando com o orçamento anual inicial de US\$ 230 mil, a ser conformado de acordo com a capacidade de contribuição de cada país. O interesse demonstrado pelos Estados Associados em participar ativamente da iniciativa demonstra a vocação regional mais ampla do Instituto Social do MERCOSUL como Âmbito para o intercâmbio de ideias e experiências sobre

Elevou-se o MERCOSUL a um patrimônio da sociedade. Porém será que todos os atores sociais realmente participam dessa nova perspectiva? Para esta resposta não é preciso revelar dados muito precisos pois a realidade fática é bem explícita.

#### 4. ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DO MERCOSUL

A preocupação com o acesso à justiça não é nova, pois este assunto originou-se concomitantemente a formação do monopólio estatal de jurisdição, coibindo desde então a justiça privada. O pacto internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, dispõe em seu bojo o compromisso dos Estados com respeito aos direitos fundamentais<sup>11</sup>.

---

políticas sociais bem sucedidas entre os países da região. A comissão de Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais do MERCOSUL adotará enfoque integral no desenho de implementação de políticas sociais, dentro do objetivo de promover o desenvolvimento humano integral da região. Sua principal função, nesse sentido, será coordenar as distintas instâncias do MERCOSUL na área social para a elaboração de um Plano Estratégico de Ação Social (PEAS). No presente semestre, o Conselho acolheu o documento de trabalho sobre “eixos e diretrizes” do PEAS, a ser dotado de conteúdo com o apoio do Instituto Social do MERCOSUL, das diversas Reuniões de Ministros e Reuniões Especializadas e com a sociedade civil organizada. A missão de observação eleitoral ad hoc do MERCOSUL ao “Referendum Revogatório de Mandatos” na Bolívia, em agosto de 2008, bem como o papel central desempenhado pela UNASUL em favor de um diálogo político comprovou, em vez mais, a capacidade regional de zelar pela institucionalidade e estabilidade de nossas democracias. A PPTB avalia que a bem-sucedida coordenação exercida pelo Presidente Pro Tempore do Parlamento do MERCOSUL, Deputado Dr. Rosinha, e pelo Presidente da Comissão de Representantes Permanentes do MERCOSUL, Dr. Carlos Alvarez, deve se reeditada por ocasião da missão de observação eleitoral ad hoc do MERCOSUL ao Referendo Dimiridor da Constituição de 25 de janeiro de 2009, na Bolívia. Ademais dos temas acima mencionados, cumpre salientar os trabalhos frutíferos desenvolvidos nas mais diferentes áreas: educação, saúde, temas migratórios, previdência social, trânsito de pessoas. Nesse sentido, pode-se afirmar que hoje um acervo de direitos que não são exclusivamente nacionais, mas sim “direitos do cidadão do Mercusul”.

11. “Art. 2º. 3: Cada Estado Parte no presente Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos compromete-se a: a. Garantir que todas as pessoas cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto forem violados disponham de recurso eficaz, mesmo no caso de a violação ter sido cometida por pessoas agindo no exercício das suas funções oficiais; b. Garantir que a competente autoridade judiciária, administrativa ou legislativa, ou qualquer outra autoridade competente, segundo a legislação do Estado, estatua sobre os direitos da pessoa que forma o recurso, e desenvolver as possibilidades de recurso jurisdicional; c. Garantir que as competentes autoridades façam cumprir os resultados de qualquer recurso que for reconhecido como justificado.”.

Capelletti e Garth (1998) dividem o acesso à justiça em três momentos distintos: a primeira onda de acesso à justiça, foi necessário a luta pela assistência jurídica gratuita. Esta proposição fundamenta-se no custo para a propositura de uma ação judicial, o que afasta os desafortunados da procura dos seus direitos- quando os reconhece- quer por ausência de condições iniciais para arcar com a demanda, quer pela desproporcionalidade entre o benefício auferido e as custas demandadas.

A segunda onda de acesso à justiça, classificada pelos mesmos foi a da proteção aos interesses metaindividuais, pela tutela dos direitos coletivos e difusos. Nesse momento, adotou-se instrumentos para a garantir a defesa do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio cultural, histórico e artístico, moralidade administrativa, dentre outros. Finalmente, a terceira onda de acesso à justiça foi denominada pelos autores de “um novo enfoque de acesso à justiça, cuja atenção concentra-se no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas na sociedade moderna. Segundo os autores as três ondas devem somar-se formando um conjunto de possibilidades para melhorar o acesso.

Em um discurso pronunciado pelo Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Celso Amorim (2012, p. 01), no exercício do mandato do ex- presidente do Brasil durante a XXXIII Assembleia Geral da organização dos Estados Americanos tendo como tema “Governabilidade Democrática nas Américas”, asseverou : “A governabilidade democrática é a capacidade de exercício eficaz do poder em um quadro político de liberdade e pluralismo, no marco do Estado de Direito” e continua:

Nossas nações ainda enfrentam desafios que, por vezes, suscitam questionamentos ao Estado por sua aparente falta de capacidade para resolver os problemas que mais afligem a população, como o bem-estar social e acesso à justiça aos cidadãos. [...] A democracia pressupõe também o combate à corrupção, em todas as suas formas e em todos os países, sejam eles desenvolvidos ou em desenvolvimento. Onde há corrupção, não há governabilidade. Nossa luta contra a corrupção, em todos os níveis de governo, deve ser implacável. Entretanto, não podemos desconhecer que no mundo de hoje, a governabilidade do setor privado é igualmente importante. Escândalos financeiros e de má administração das empresas, sobretudo as de grande porte, provocam impactos que vão muito além dos seus dirigentes e acionistas, atingindo consumidores, pequenos investidores e a sociedade como um todo. Os efeitos danosos dessas

práticas questionáveis se espriam pelas bolsas de valores das economias centrais e repercutem nas economias dos países em desenvolvimento, pelo aumento da chamada “aversão ao risco”. Assim, ao mesmo tempo que melhoramos a qualidade moral de nossos governos, devemos propiciar que se desenvolva a ética corporativa e o sentido de responsabilidade social no setor privado.

A estabilidade democrática e o desenvolvimento econômico-social são fenômenos que se reforçam mutuamente. As democracias requerem políticas sólidas, que assegurem um desenvolvimento econômico integral da sociedade. A experiência política dos países americanos demonstra que a governabilidade democrática se fortalece em um ambiente internacional de paz e de segurança. Por outro lado, não podemos ter a ilusão de que seremos capazes de preservar a governabilidade em nosso hemisfério sem um contexto de governabilidade em nível global, o qual só pode ser assegurado por meio do respeito pleno às instâncias multilaterais, a começar pelas Nações Unidas.

Infelizmente, os Estados promoveram a invisibilidade das diferenças e o não reconhecimento da diversidade socialmente existente. A tutela jurídica deve abster-se da ideia de um sujeito abstrato, cujo padrão de referência, é o homem branco, heterossexual e proprietário. Desta maneira construir cidadania, sob essa perspectiva, é o grande desafio das nações do Cone Sul.

Portanto, uma agenda comum para a garantia e a efetividade desses direitos está ainda engatinhando. Em consequência a ênfase já dada ao aspecto econômico, não houve produção, em relação aos direitos humanos e mais detidamente ao acesso à justiça, de compromissos que vinculassem seus membros, embora haja um entendimento de que sem ela e um engajamento das populações dos países membros no processo de integração, este não atingirá os objetivos propostos no Tratado de Assunção e no CMPED.

Vale registra que ainda na década de 90, foi assinado um Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Cível, Comercial, Trabalhista e Administrativa, mais conhecido como Protocolo de *Las Leñas* (assinado em 27/06/1996). O Protocolo referido versa sobre meios de facilitar a cooperação jurídica internacional e prevê de modo inequívoco a necessidade de assegurar mesmo direito de acesso à justiça, sem que haja discriminação entre os cidadãos nacionais e provenientes de outros estados do MERCOSUL:



Artigo 3º. Os cidadãos e os residentes permanentes de um Estado parte gozarão, nas mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado Parte, de livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa dos seus direitos e interesses.

O parágrafo anterior aplicar-se-á às pessoas jurídicas constituídas, autorizadas ou registradas conforme as leis de qualquer dos Estados Partes.

As decisões nº 50/00 e nº 49/00 ambas do Conselho do Mercado Comum estatuiu o acordo sobre o benefício da justiça gratuita e assistência jurídica gratuita entre os estados partes do MERCOSUL em um único corpo de normas, com o objetivo de fortalecer o processo de integração. Assim de acordo com estas decisões aqueles menos favorecidos poderão ter acesso a jurisdição internacional para apreciação do pedido do benefício.

O artigo 1º determina tratamento igualitário, na esteira do estabelecido anos antes pelo protocolo de Lãs Leñas, assegurando expressamente a gratuidade de justiça e assistência jurídica gratuita: “Os nacionais, cidadãos e residentes habituais de cada um dos Estados Partes, em igualdade de condições, dos benefícios da justiça gratuita e da assistência jurídica gratuita concedidos a seus nacionais, cidadãos e residentes habituais.”

Essas medidas demonstram a intenção em dirimir o histórico problema de acesso à justiça aos menos favorecidos, que pela impossibilidade do exercício dos seus direitos, se viam na prática, da cidadania garantida no papel. Ocorre que as mudanças não vieram acompanhadas de reformas mais profundas nas tradicionais instâncias das estruturas judiciárias dos Estados.

Aguiar (1995), afirma que qualquer visão formal de justiça (sem deixar de considerar as peculiaridades de cada Estado membro) tende a conceber o mundo, a sociedade e a própria história como um processo que se desenvolve de maneira harmoniosa, sendo, portanto, o conflito de interesses uma exceção. Por outro lado, a visão informal de uma justiça acredita que o conflito, a contradição é a maior marca característica da sociedade e do mundo.

A neutralidade da justiça é uma ideia de justiça formal. A neutralidade não existe, pois quem se diz neutro e não defende mudanças sociais, está defendendo a ordem vigente. Para que haja justiça, verdadeiramente,

é necessário que se assuma uma justiça parcial, enquanto expressão legítima da banda dos oprimidos, dos excluídos.

A análise do conceito de justiça segundo Heller (1998) é considerado formal, também chamado estático, quando é tão definido que consegue abranger as propriedades comuns de todos os tipos de justiça e, como resultado é retirado de todos os conteúdos normativos, critérios e procedimentos de justiça, mas também dos tipos ideais (considerados finitos), que são construídos através de distintas combinações de conteúdo, critérios e procedimentos.

Existem hoje dois acordos acerca do benefício da justiça gratuita e assistência jurídica gratuita entre os Estados partes do MERCOSUL. A nível de Brasil, sabe-se da grande deficiência das Defensorias Públicas dos estados membros pois simplesmente não atendem a grande demanda geográfica e populacional.

A preocupação em efetivar, no plano regional e global, o princípio de acesso à justiça, constantes em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, foi objeto de criação de organismos internacionais como o Bloco de Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL, a partir de iniciativa dos próprios dirigentes das próprias Defensorias Públicas Regionais e, de outro lado, de iniciativas estatais internacionais com a criação de convenções internacionais, visando a implementar condições de acesso à justiça nas relações transfronteiriças.

O Bloco dos Defensores Públicos Oficiais do MERCOSUL (BLO-DEPM) foi criado pela Declaração da iniciativa dos membros e Córdoba 2003, a partir da iniciativa dos membros das Defensorias Públicas dos Estados Nacionais, com a finalidade do fortalecimento institucional das Defensorias Públicas dos Estados do MERCOSUL, em benefício da população carente. Realiza congressos e reuniões destinados a debater a situação das Defensorias Públicas na região.

A AIDEF (Associação Interamericana de Defensorias Públicas) em seu balanço de gestão 2009-2012 propõe a implantação de 100 regras de acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade. Atualmente, a Secretaria Geral da AIDEF está aguardando o envio das últimas respostas dos países membros para as pesquisas relacionadas ao grau de implementação destas regras acima mencionadas.

Durante as atividades científicas realizadas no V Congresso da AIDEF, no dia 16 de agosto de 2012, o então coordenador desta associação,

qual seja, André Castro, fez um lançamento oficial de um estudo sobre o funcionamento das Defensorias Públicas em todo o continente. Fora intitulada de “ *Diagnóstico del acceso a la justicia de la Defensoría em América*” apresenta dados sobre a estrutura em 12 países.

A pesquisa foi produzida com o intuito de conhecer a realidade da Defensoria Pública de cada país membro da AIDEF, avaliando o grau de independência e autonomia, a relação entre acusação e defesa pública, o número de profissionais, a abrangência do serviço, as áreas de atuação, dentre outras informações obtidas por meio de um questionário enviado aos representantes dos países membros<sup>12</sup>.

## **5. ACESSO À ORDEM JUSTA E O CMPED (CENTRO MERCOSUL DE PROMOÇÃO DO ESTADO DE DIREITO)**

Assim, em virtude do processo de democratização que os países do MERCOSUL vivenciam e os novos paradigmas da modernidade, há uma ânsia coletiva por justiça. A dicotomia entre dominadores e dominados presentes na cultura da sociedade neoliberal e o redimensionamento da visão sobre o ser humano advindo da globalização econômica e cultural, que é individualista, racional, competitiva, torna imprescindível a utilização de mecanismos de defesa para a ocorrência de mudanças sociais positivas, elegendo critérios e procedimentos capazes de operacionalizar mudanças sociais tão latentes.

O jurista italiano Mauro Capeletti reflete que a problemática do acesso é muito mais social e econômico (em tudo que se refere às injustiças sociais) do que institucional. A ocorrência disso, dar-se, pois países como o Brasil por exemplo, a grande maioria da população nem tem condições de pautar e dar relevância a esse tema. Estão, portanto, a margem

---

12. ONU: Documento sobre assistência jurídica aos necessitados. A AIDEF participou do 12º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Justiça Penal, realizado na cidade de Salvador - Brasil, especialmente da conferência sobre Acesso à Justiça e a discussão do rascunho “United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems”, organizada pelo Instituto Latinoamericano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente (ILANUD). No Congresso, o Coordenador Geral e a Secretária Geral da AIDEF apresentaram a proposta de inclusão da recomendação da prevalência do modelo público de assistência jurídica integral e gratuita, promovida pelas Defensorias Públicas autônomas e independentes, como a forma mais efetiva de assegurar os direitos das pessoas em condições de vulnerabilidade.

do sistema estatal, invisíveis em razão do ineficaz e excludente modelo de sujeito.

O mero acesso à justiça formal não é suficiente para a verdadeira promoção de Estado de Direito. É necessário proporcionar meios de acesso a população carente, desburocratizando o Poder Judiciário, pois este ainda possui um “caráter aristocrático”.

Conforme acentua Boaventura de Souza Santos:

A igualdade dos cidadão perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma conformação que em breve se transformou num campo de análise sociológica e de inovação social centrada na questão do acesso diferenciado ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e extratos sociais (SANTOS, 1999, p.167).

O Judiciário não conseguiu estender o acesso à justiça a todos. Na América Latina, apesar de esforços realizados, acessibilidade a justiça pela maioria dos indivíduos pobres, tem sido colocada como um grave problema social, especialmente com o fim dos regimes militares e o lento processo de democratização.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Para que seja possível a verdadeira implementação do Centro MERCOSUL de promoção do Estado de Direito será necessário uma luta Hercúlea em direção a implementação e garantia dos direitos fundamentais. Primeiramente é preciso uma existência digna, isto é, que cada indivíduo tenha seus direitos fundamentais efetivados, condição essencial para o pleno exercício da cidadania.

O MERCOSUL evoluiu no que tange ao sistema financeiro, porém, em relação a realização da democracia ainda permanece quase que estagnado. A desigualdade social ainda é reinante, contribuindo, de forma direta, para que aqueles que estão nas baixas camadas sociais permaneçam ainda em um sistema parecido com o de castas, ou seja, sem mobilidade social e sem conhecimento dos seus direitos fundamentais. Mais do que nunca os estudiosos do direito precisam ter um compromisso com a realidade.

O CMPED, possui obstáculos de diversas montas como a falta de recursos para a consecução dos seus propósitos, vale ressaltar que o sítio

deste no site do Tribunal Permanente de Revisão está em construção. Portanto, garantir a participação dos atores sociais sem a criação de um espaço público tradicional é difícil. O que não se pode olvidar é para a tentativa de realização dos valores justiça e democracia. Porém devemos reconhecer que atitudes de implementação já estão sendo realizadas como exemplo o nosso próprio grupo de estudos, que está cumprindo, informalmente, o artigo segundo da decisão que fundamenta o CMPED quando menciona que uma das atividades a serem realizadas pelo mesmo seria trabalhos de pesquisa que no nosso caso já é uma realidade.

Nesta pesquisa pode-se observar que o CMPED é relativamente novo, diante de velhos órgãos componentes do MERCOSUL suas metas serão realizadas a longo prazo, pois o processo integracionista é lento e depende detidamente de vários fatores. Portanto, diante do panorama apresentado ao longo deste texto o acesso à justiça é um direito não implementado a todos os cidadãos do Cone Sul, porém houve uma disseminação importante desse direito nos Países-Partes.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A.R. O que é justiça: uma abordagem dialética. 4ª Ed. São Paulo: Alfa Omega,1995.
- BONAVIDES. Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa. São Paulo: Malheiros Editores.2003.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris,1998.
- CASELLA,Paulo Borba . Mercosul: exigências e perspectivas. São Paulo: LTr,1996.
- DAHL,Robert A. Um prefácio à teoria democrática. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1989.
- FLORÊNCIO, Sergio Abreu e lima; ARAÚJO, Erneto Henrique Fraga. Mercosul hoje. edt alfa Omega. São Paulo 1996.
- GARAPON, Antonie. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- HELLER, Agnes. Além da justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,1998.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado.14ª Ed. São Paulo: Saraiva.2010.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Discurso pronunciado pelo Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Celso Amorim, durante a XXXIII Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos - "Governabilidade

Democrática nas Américas”. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/discursos-artigos-entrevistas-e-outras-comunicacoes/ministro-estado-relacoes-exterores/discurso-pronunciado-pelo-ministro-das-relacoes>>. Acesso em: 20 set 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. O futuro do Estado e do Estado de Direito. Democracia, Globalização e o Nacionalismo. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado. Alvorada, Instituto de Direito Público da Bahia, nº.2, junho/julho/agosto, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 06/09/2012.

REIS, Márcio Monteiro. Mercosul, União Europeia e Constituição: a integração dos Estados. São Paulo: Renovar, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela mão de Alice: o social e político na pós-modernidade. 6ª Ed. São Paulo: Cortez, 1999.

# 3

## Ecología e integración de Suramérica

*Andres Bansart*

---

Diretor do Instituto de Ecologia Etno-Política (Venezuela), Professor titular da Universidade Simón Bolívar (Caracas, Venezuela), Professor emérito da Universidade François Rabelais (Tours, França).

**Sommaire:** Parte I: La desintegración de Suramérica: La Guerra de la Triple Alianza (1865-1870); La Guerra del Pacífico (1879-1883); La Guerra del Chaco (1932-1935); Conclusión – Parte II: Los mapas ecológicos de Suramérica: Mapas de producción alimentaria; La reforestación de Suramérica; La minería y ciertos problemas ecológicos provocados por ésta – Parte III: Hacia una integración Suramericana: Nuevas perspectivas para la integración suramericana – Conclusiones: Hacia una nueva integración: ecológica, económica y social.

Durante la época colonial (siglo XVI a siglo XIX), el continente suramericano fue dividido en dos: por una parte, Brasil, la inmensa colonia portuguesa, o sea, Lusoamérica, y por la otra, las colonias españolas, es decir, Hispanoamérica.

Lusoamérica o Brasil es una entidad que, internamente, no sufrió problemas de fragmentación durante el período colonial (1500-1822), ni durante el período imperial (1822-1889). Tampoco lo tuvo después de la independencia proclamada en 1889.

En cuanto a Hispanoamérica, durante la época colonial (del siglo XVI al siglo XIX), fue organizada en territorios relativamente autónomos los unos de los otros, con rangos de importancia diferente según la importancia que les atribuía la metrópoli. Hubo tres virreinos: el virreinato de Nueva Granada (que cubría la actual Colombia en su casi totalidad, el actual Panamá y gran parte del Ecuador), el virreinato del Perú (compuesto por el actual Perú y la actual Bolivia, una parte del Ecuador y parte de Chile), el virreinato de Río de La Plata (Uruguay, Paraguay y

Argentina, haciendo notar que nunca los españoles lograron controlar la totalidad de la Pampa, el Chaco y la Patagonia). Luego, hubo dos capitanías generales: la capitanía general de Chile (advertiendo que nunca los españoles lograron controlar el Sur de Chile, el cual quedó en mano del pueblo originario Mapuche) y la capitanía general de Venezuela (conformada por la actual Venezuela, la Guyana, Trinidad y una parte de la actual Colombia).

La fragmentación colonial de Hispanoamérica iba a engendrar numerosos conflictos desde las independencias del siglo XIX hasta el siglo XXI. Basta observar la composición territorial de los antiguos virreinos y capitanías generales y observar un mapa geopolítico actual para darse cuenta de que estos conflictos se iban a producir. En cuanto a ciertos territorios que no pudieron ser colonizados, iban a engendrar problemas hasta nuestros días. Es el caso del territorio Mapuche, situado al sur del río Bío-Bío, que no pudo ser incorporado ni al Imperio Inca, ni al Imperio español, que fue invadido en el siglo XIX por el ejército de la República de Chile y en el cual, en el siglo XXI, siguen vigentes fuertes conflictos de defensa por los Mapuches de sus tierras ancestrales.

A los territorios continentales suramericanos, habría que mencionar, para Hispanoamérica, los territorios insulares de Cuba, Puerto Rico, la actual República Dominicana, Jamaica (hasta 1655), Trinidad (hasta 1802) e islas pertenecientes a las actuales Colombia y Venezuela. Pero esto no forma parte del objeto de la presente investigación que abarca sólo los territorios continentales de Suramérica.

## **PARTE I: LA DESINTEGRACIÓN DE SURAMÉRICA**

Si hablamos de integración, no podemos ignorar sus contrarios: la desintegración y la no-integración.

El territorio brasileño, que, desde luego, sufrió conflictos internos como cualquier país del mundo, no tuvo problemas de fragmentación con respecto a sus fronteras. La *Paz de Utrecht* (1715), serie de tratados multilaterales que concluyeron la *Guerra de Sucesión de España* (1712-1715) otorgó a la colonia portuguesa unos vastos territorios que forman parte del Norte del actual Brasil.

Casi no existieron enfrentamientos entre Lusoamérica e Hispanoamérica. Sin embargo, se debe mencionar la *Guerra Argentino-Brasileña* o *Guerra da Cisplatina* (1820) entre las Provincias Unidas del Río de



La Plata (país recién emancipado de España) y el Imperio de Brasil por la posesión de los territorios que corresponden a la actual República Oriental del Uruguay y a una parte del Estado Brasileño de Río Grande do Sul.

Los problemas de desintegración surgieron en Hispanoamérica después de las independencias y muchos siguen aún pendientes en el siglo XXI. Hasta se podría afirmar que existen problemas fronterizos entre casi todos los países vecinos del subcontinente. Algunos provienen de la organización territorial de los países al independizarse, los cuales ciertas áreas habían pertenecido a tal o cual virreinato o capitánía general. Los nuevos países pelearon entre sí para definir sus fronteras y algunos siguen haciéndolo ahora todavía. Estos conflictos son a menudo herencias de la época colonial.

Para tratar de ser lo más completo posible, es necesario mencionar una zona como el Esequibo que se disputan la República Bolivariana de Venezuela (antigua colonia española) y la República Cooperativa de Guyana (que fue colonia holandesa, pasó a ser colonia inglesa en 1796 y obtuvo su independencia en 1966). Ya que estamos mencionando esta cuestión, aprovechamos para identificar un territorio que forma ecológicamente un todo -la Meseta de las Guayanas- y que está fragmentado desde un punto de vista jurídico-político en cinco territorios: una parte de Venezuela, Guyana, Surinam, la Guayana francesa y una parte de Brasil. Volveremos a hablar de este fenómeno ecológicamente catastrófico en la segunda parte del presente estudio.

Además de los conflictos heredados de las divisiones jurídicas del imperio español en Suramérica, surgieron, después de las independencias, algunas guerras que fueron también desintegradoras. Mencionaremos las tres más importantes o, mejor dicho, las más dramáticas, con respecto a la desintegración del continente: la *Guerra de la Triple Alianza* (1865-1870), la *Guerra del Pacífico* (1879-1883) y la *Guerra del Chaco* (1932-1935).

### **La Guerra de la Triple Alianza (1865-1870)**

Esta guerra fue un conflicto militar entre la coalición conformada por Argentina, Brasil y Uruguay contra Paraguay. Es llamada por los brasileños *Guerra do Paraguai*. Las razones de ésta fueron múltiples y complejas. No queremos, en este trabajo, entrar en los detalles de este y los dos otros conflictos, sino mostrar que existió una larguísima época de desintegración o de no-integración en Suramérica. Este recuerdo

histórico nos permitirá después describir y valorar los esfuerzos de integración. Ya que vamos a relacionar seguidamente la integración con la ecología, afirmamos ya, de manera contundente, que todos los tipos de guerra, igual que las razones mercantilistas de la mayoría de éstas, generan gravísimos problemas ecológicos y humanos.

Al producirse la independencia de Paraguay, en 1811, el nuevo país heredó un contencioso fronterizo con Brasil. Esta fue una de las razones del enfrentamiento. Otra causa consistió en las ambiciones imperialistas y mercantilistas de Inglaterra que había fijado su atención sobre el Paraguay como productor de algodón para su industria textil. Ésta atravesaba problemas de abastecimiento debido a la *Guerra de Secesión* de Estados Unidos, la cual causaba una interrupción casi completa de las exportaciones de esta materia prima hacia Inglaterra. Así que el país europeo buscaba por todo el mundo países capaces de producir algodón. Además de las causas, que acabamos de enumerar, existían otros problemas limítrofes que, como los ya identificados, eran herencias de la colonización europea.

Las consecuencias de esta guerra de cinco años fueron las pérdidas territoriales de Paraguay y un enorme desastre demográfico debido a la masiva mortalidad de la población, especialmente de varones.

### **La Guerra del Pacífico (1879-1883)**

Esta fue denominada la *Guerra del Salitre* y consistió en un enfrentamiento entre la República de Chile, por un lado, y las Repúblicas de Bolivia y Perú, por el lado opuesto. En 1866, dos personas privadas chilenas solicitaron y consiguieron del Estado boliviano la concesión de terrenos salitreros en la zona del desierto de Atacama conocida como La Chimba que, posteriormente, se iba a llamar Antofagasta. En marzo de 1868, se constituyó la *Compañía Melboume Clark (Melboume Clark and Company)* tras un acuerdo entre capitales chilenos e ingleses. En septiembre del mismo año, se fijó la concesión a quince años. En 1872, los capitalistas chilenos e ingleses adquirieron una concesión para construir y explotar un ferrocarril que iba a ir de Antofagasta a Salinas. La empresa anglo-chilena se transformó entonces en *Compañía de Salitres y Ferrocarril de Antofagasta (Nitrates and Railway Company of Antofagasta)*.

En 1873, esta compañía privada firmó un contrato con el gobierno boliviano que le autorizaba la explotación de mineral libre de derecho durante quince años desde la bahía de Antofagasta hasta Salinas. Sin

embargo, este contrato, contrario a los intereses bolivianos, no fue ratificado por el Congreso (Parlamento) de Bolivia, el cual, en aquel entonces, estaba analizando unas negociaciones con el gobierno chileno. Estas negociaciones dieron por resultado el tratado de límites de 1874 que reemplazaba uno anterior del año 1866. Entre los puntos del nuevo acuerdo, se encontraba la obligación de no imponer nuevos tributos a las personas, industrias y capitales chilenos durante un período de 25 años. Pero, para Bolivia, el acuerdo de 1873 aún no se encontraba vigente porque, según la Constitución, los contratos sobre recursos naturales debían ser aprobados por el Congreso. En 1878, el gerente de la empresa era el ciudadano británico George Hicks y el principal accionista chileno el señor Agustín Edwards que poseía el 42,16% del capital accionista (es decir, 1.054 acciones de 2.500). En este mismo año de 1878, la Asamblea Constituyente boliviana estudió el contrato celebrado por el gobierno en 1873 y decidió ratificar éste si se pagaba un impuesto de 10 centavos sobre cada quintal exportado del territorio boliviano. Esta decisión afectaba los intereses privados de la compañía anglo-chilena y fue considerada por el gobierno de Chile como una violación del artículo IV del tratado de 1874, lo que fue considerado como un *casus belli* y provocó la Guerra del Pacífico.

El coste del conflicto fue muy alto en vidas humanas de civiles y militares (entre 14.000 y 23.000 muertos). Después de varios tratados, la provincia de Tacna fue devuelta al Perú. Chile se apoderó de una importante extensión territorial con depósitos salitreros, guaneros y cupríferos, los cuales fueron adquiridos mayoritariamente por capitales británicos. Con esta guerra, Bolivia perdió su salida al mar, lo que todavía sigue creando tensiones fuertes entre ambos países en el siglo XXI.

### **La Guerra del Chaco (1932-1935)**

Los antecedentes y causas de esta guerra son complejos. Cuando se independizaron Bolivia y Paraguay, éstos heredaron de la época colonial una determinación muy vaga de límites entre ambos países. El Chaco era una zona inhóspita y despoblada. Pero, cuando Bolivia perdió el acceso al mar como consecuencia de la Guerra del Pacífico, esa región adquirió un valor estratégico importante para este país. En efecto, su posesión hubiera representado una salida al océano Atlántico por el río Paraguay.

Otra causa fue la supuesta existencia en esta región de petróleo que codiciaban empresas foráneas. En 1925, se había instalado en Bolivia la

empresa estadounidense *Standard Oil of New Jersey* mientras, en Paraguay, se había instalado la empresa inglesa-holandesa *Royal Dutch*. Ambas empresas transnacionales codiciaban el territorio del Chaco. Les convenía pues a ambas, en el marco de su propio enfrentamiento, provocar una guerra entre los dos países suramericanos.

Al finalizar la guerra, ambos países tuvieron que contar sus muertos: 60.000 bolivianos y 30.000 paraguayos, más una gran cantidad de desaparecidos, heridos y mutilados.

## **Conclusión**

Se podrían citar (desgraciadamente) otros conflictos fronterizos entre país suramericanos como la *Guerra entre la República de Chile y la Confederación Perú-Bolivia* (1836-1839). Lo que nos interesa aquí, desde luego, no consiste en hacer un recuento histórico, sino mostrar que, antes de hablar de integración, es necesario saber por qué no hubo integración hace más tiempo o por qué existió una desintegración. Tomamos tres ejemplos de conflictos que datan del siglo XIX e inicio del XX para mostrar que no es fácil sobrellevar los problemas.

Por otro lado, es importante resaltar que, en muchos de estos conflictos para no decir en todos, estaban o están metidos intereses foráneos o transnacionales. Observamos en los tres ejemplos escogidos, la mano de potencias exteriores a la región por la necesidad de estas potencias de obtener ciertas materias primas: el algodón (Guerra de la Triple Alianza), el salitre (Guerra del pacífico) y petróleo (Guerra del Chaco). Además, surge la pregunta de siempre: ¿quiénes venden armas y, así, hacen de la guerra un negocio?

Nos parecía indispensable -para hablar de los procesos actuales de integración- tomar conciencia de los problemas de desintegración. Esto nos permitirá, en la tercera parte de este trabajo, valorar mejor los esfuerzos de integración que se están realizando. Pero, antes de seguir analizando esta relación "desintegración/no-integración/integración" -ya que el objetivo de esta investigación es observar la problemática ecológica dentro de los procesos actuales de integración- vamos, en la segunda parte, describir y analizar la situación ecológica del continente. Esto nos dará la posibilidad de establecer una relación entre la ecología y la integración, probar la necesidad de abordar los problemas de manera holística e intentar hacer algunas proposiciones al respecto.

## PARTE II: LOS MAPAS ECOLÓGICOS DE SURAMÉRICA

No se puede analizar las cuestiones ecológicas separándolas de las dinámicas demográficas, sociales, culturales, económicas, educacionales y políticas, entre otras, del continente y de cada una de sus partes. Es importante, por lo tanto, conseguir una visión holística y dinámica de la realidad continental (hasta si, en un primer tiempo es imperfecta). Luego, es necesario realizar unos análisis específicos de cada campo. Después, habrá que relacionar los resultados entre sí. Estos pasos permitirán volver a la visión holística, determinar las múltiples relaciones entre los campos antemencionados y, finalmente, articulando entre sí, lo más correctamente posible, los resultados y las posibles soluciones, adoptar políticas comunes, diseñar grandes planes e implementar programas, sin olvidar su evaluación permanente. De esta forma, y solamente de esta forma, se puede definir e ir realizando el proyecto de integración con cierta posibilidad de éxito.

Con relación a las cuestiones ecológicas, es necesario abordar, primero de manera separada y después o paralelamente de manera integrada e integradora, campos específicos como la protección de la biodiversidad y los recursos biogenéticos, la gestión de los bosques, los suelos y las aguas, la producción hidroeléctrica y la producción de electricidad por otros medios, los impactos debidos a la minería, la agricultura y la ganadería, el reciclaje de deshechos, etc. Una visión fragmentada no puede llegar a otra cosa que a tomas de decisiones igualmente fragmentadas, a contradicciones y a nuevos problemas de desintegración, de no-integración o hasta de conflictos.

Cuando hablamos de tal o cual región, solemos mirar o imaginar el mapamundi e identificar los países en éste. Primero, haremos una observación que tiene cierta importancia con respecto a la ubicación de Suramérica en este mapamundi. En la casi totalidad de los mapas, no se sitúa la línea del ecuador en el medio de éste, sino mucho más abajo; de esta manera, el Norte parece inmenso en relación al Sur que, en la realidad, es muchísimo más grande. Esta representación cartográfica ya es un modo de apropiación o de pretensión hegemónica. En cuanto a lo que nos interesa aquí, la mayoría de los mapas representan sobre todo las divisiones jurídico-políticas con los nombres y las delimitaciones de los países (eso es lo que los alumnos aprenden en la escuela).

Si queremos hablar de la ecología suramericana con la finalidad de una integración regional, es necesario destacar las grandes **bio-regiones**

del continente, es decir, los espacios que poseen algunas características específicas y las distinguen de otros: así, entre otros elementos, podemos observar una orografía, una hidrografía, una vegetación, faunas y floras determinadas de este territorio. Un ejemplo de esto es la *Meseta de las Guayanas* compartida por Guyana, Surinam, la Guayana francesa, una parte de Brasil y una parte de Venezuela. Se trata de una amplia **bio-región** que, por estar dividida desde un punto de vista jurídico-política y también cultural puede recibir numerosísimos impactos ambientales negativos y ser paulatinamente destruida. (Recordemos la etimología del prefijo que utilizamos aquí: *bios* que significa *vida*).

Además del **mapa bio-regional** y la descripción correspondiente, se necesita poseer un mapa que muestre la **bio-capacidad** del continente. Este mapa no va a corresponder al anterior porque este segundo mapa se remite a los recursos renovables disponibles y su capacidad de regeneración. Se compone de seis elementos: los bosques, las tierras cultivadas, los espacios de pasteo, las superficies de pesca, los terrenos urbanizados y los desiertos.

Pero, “encima de este mapa”, habría que colocar otro que muestre las **huellas ecológicas**, las cuales enseñan las demandas humanas en recursos renovables y las capacidades de regeneración de los espacios marcados por tal o cual importancia de huella ecológica. La **huella ecológica** es una unidad de medición que tiene por objetivo evaluar la presión que las producciones y los consumos humanos ejercen sobre los diversos espacios terrestres. Desde 1966 -fecha en la cual fue establecida la primera medición de la huella ecológica-, la tendencia es un aumento constante de las superficies necesarias para cubrir las necesidades humanas. Esto significa que, durante un año, por ejemplo, si se consumen los recursos renovables más rápidamente de lo que los ecosistemas pueden regenerarlos, el ser humano ve disminuir su sustentabilidad. Entre los factores que explican el crecimiento de la presión ejercida sobre los recursos naturales, el factor económico y el factor demográfico, del cual hablaremos en seguida, son desde luego particularmente importantes. El problema es que el aumento de la huella ecológica representa un desafío para la humanidad, ya que los actores que generan su desarrollo se reparten de manera desigual en la superficie de la Tierra. En el caso que nos ocupa -Suramérica- el problema de la huella ecológica va ser importante cuando hablemos de integración. Ya se sabe que si la población mundial adoptara el modo de vida de un estadounidense o de un habitante de los Emiratos Árabes, se necesitaría una **bio-capacidad** equivalente a 4.5

planetas Tierra para cubrir sus “necesidades” (mejor dicho, sus “deseos” o sus “antojos”) y absorber las emisiones de CO<sub>2</sub> producidas por sus modos de consumo.

Otros mapas que se necesitan para contemplar las posibilidades de integración, y organizar ésta de manera ecológica, sería ver el mapa bio-regional del cual hemos hablado con un “zoom”, es decir, acercando ciertos territorios los unos después de los otros dentro del mapa bio-regional e ir identificando en cada uno de ellos los diversos **ecosistemas**. Un sistema es una entidad dinámica que sostiene relaciones diversas entre los elementos que lo componen. El ecosistema es, por lo tanto, el conjunto de los intercambios físicos, químicos y biológicos que se producen en un espacio dado y que, desde luego, es diferente a los otros ecosistemas que lo rodean. El ecosistema disfruta de una cierta estabilidad fundada en el equilibrio entre algunos de sus elementos como el agua, las plantas o los animales.

### **Mapas de producción alimentaria**

Suramérica es un continente muy rico con respecto a su biodiversidad. Los mapas de los cuales acabamos de hablar y que, con los satélites artificiales y otras tecnologías, pueden realizarse con mucha precisión, son herramientas indispensables para conocer su situación ecológica y, en términos de integración, evaluar las posibilidades de complementariedad que aquí existen. Ya que el problema alimentario es cada vez más apremiante en el mundo, el **mapa de producción alimentaria** es importante, tanto para evaluar el potencial que posee el continente, como para medir las posibilidades -mediante la integración- de alimentar a todas sus poblaciones. Aquí, es necesario llamar la atención sobre ciertos riesgos ecológicos que pueden producir algunas producciones como la producción de soja que, por un lado, puede resolver ciertos problemas de alimentación, pero, por otro, puede dañar los suelos.

En esta parte de la investigación, hablaremos sólo de la producción de alimentos provenientes de las tierras continentales. Para no alargar demasiado esta comunicación, no analizaremos los asuntos relacionados con la pesca porque habría que abordar los problemas relacionados con el “Derecho de los océanos” establecido en la *Convención de Monego Bay* firmada en 1982 y estudiar las situaciones complejas de los mares territoriales y las zonas económicas exclusivas de los países bordeados por el océano Atlántico, el océano Pacífico y el mar Caribe. Además de

preocuparnos por esta cuestión, sería necesario considerar también las cuestiones relativas en la pesca en los ríos de Suramérica. No se nos escaparon estos asuntos. Sin embargo, hablando de la producción alimentaria, nos limitaremos aquí a lo que puede producirse en tierra firme.

La quinua conocida como el “grano de oro de los Andes” es un cereal muy nutritivo que se cultiva principalmente en Bolivia y Perú. En 2013 -decretado “Año Internacional de la Quinua”-, el presidente de Bolivia enfatizó en la ONU que, frente a la crisis alimentaria mundial, los pueblos andinos tienen varias propuestas. Una de ellas es la quinua que, durante 7.000 años, los pueblos andinos fueron mejorando, perfeccionando sus usos dietéticos y medicinales. El presidente Morales denunció el hecho de que las grandes empresas transnacionales de producción alimentaria rechazan su obtención masiva porque buscan monopolizar la generación de alimentos y, para imponerse, van modificando las costumbres y las culturas de los pueblos del mundo. Por esta razón, hablando de ecología suramericana y recordando nuestra preocupación transdisciplinaria para estudiar las cuestiones relativas a su integración, es necesario relacionar *cultivo y cultura*, la ecología física y la ecología humana.

Siguiendo la reflexión sobre la problemática de la alimentación para Suramérica y el mundo, recordemos que numerosísimos alimentos y plantas medicinales provienen de Suramérica. Eso forma parte de la inmensa biodiversidad del continente. Los laboratorios andinos conservan centenares de variedades de papa (esta diversidad es un patrimonio de vital importancia para la región). El Amazona es productor de un número impresionante de plantas medicinales cuyas propiedades nos legaron los pueblos indígenas. No se puede admitir el saqueo de esas plantas y la sustracción de los conocimientos indígenas por empresas farmacéuticas transnacionales preocupadas no por la salud de los seres humanos, sino por sus ganancias. De este modo, nuestros estudios ecológicos, en relación a la integración suramericana, deben orientarse hacia la **soberanía alimentaria**, la **buena alimentación** de todos los pueblos del continente y la **protección de la biodiversidad y de la etnodiversidad**.

Ciertas producciones alimentarias engendran problemas como la deforestación o el empobrecimiento de los suelos. Esto también es necesario mapearlas. Un ejemplo histórico de esto es la producción de caña de azúcar: los grandes cañaverales destrozaron literalmente espacios inmensos de *Nuestra América* en el siglo XIX. Ahora, un problema grave es la producción de soja -como acabamos de señalarlo- y, en algunos



lugares, el desarrollo de la ganadería. No se puede hablar de ecología, economía e integración sin tomar en cuenta todos estos problemas.

### **La reforestación de Suramérica**

Existe un gran número de bio-regiones forestales. Varias de éstas existen en Suramérica, lo cual aumenta aún más la biodiversidad y la etnodiversidad de las cuales acabamos de hablar: selva tropical, selva subtropical y selva ecuatorial. Estas bio-regiones selváticas, con todos los ecosistemas que encierran, se suman a una gran cantidad de otras bio-regiones y ecosistemas que mencionamos anteriormente. La selva participa en la captación y el almacenamiento de aguas de lluvia, representa un gigantesco reservatorio de biodiversidad (ya que los dos tercios de todas las especies vegetales y animales del planeta viven en las selvas), también juega un papel mayor en el ciclo del carbono. Además, tiene desde luego una gran importancia en los aspectos económico y social.

Un esfuerzo conjunto de reforestación de todas las bio-regiones selváticas debería realizarse intercambiando semillas, compartiendo experiencias y realizando acciones de cooperación. Algunos países foráneos quisieron considerar el Amazonas como patrimonio del planeta y, por esta razón, hacer que fuera administrada por un organismo supranacional. Desde luego, todo el planeta es patrimonio del conjunto de la humanidad, sin embargo la soberanía no es algo que se pueda discutir. Los países de Suramérica, que comparten muchas bio-regiones y numerosos ecosistemas, son capaces de decidir entre sí las acciones deseables y cooperar para llevarlas a bien.

### **La minería y ciertos problemas ecológicos provocados por ésta**

El continente suramericano es también muy rico en recursos no-renovables, especialmente en los que corresponden a la minería. Con respecto a la integración, es interesante saber de qué dispone el continente para cubrir sus necesidades, qué posee para sus intercambios comerciales con otras regiones del mundo, identificar los territorios donde están los yacimientos, ver entre qué países suramericanos se puede encontrar complementariedad y cómo cooperar en la materia, pero también conocer los problemas ecológicos que producen ciertos procesos de explotación y determinar cómo los países de Suramérica pueden, juntos, lograr una producción limpia. En relación a las respuestas a estas preguntas, se

debe buscar cómo lograr una industrialización no-contaminantes, integrada e integradora. Una de las tareas, que pueden realizar juntos los países suramericanos, es el **mapeo geológico** y otros estudios que -como lo veremos en la tercera parte de este trabajo- les ayudará a integrarse mejor y cooperar con más eficacia.

Una región como el cuadrilátero ferroso de Minas Gerais es la concentración de hierro más grande del planeta con reservas de diez millardos de toneladas de mineral de alta calidad. En Venezuela, la Sierra de Imataca al Sur de la desembocadura del Orinoco -un territorio de 90.000 km<sup>2</sup>- tiene yacimientos estimados en cuatro millardos de toneladas por lo cual es la tercera reserva más importante de Suramérica. Y, otra vez en Brasil, la Sierra de Carajás, entre el río Xingú y el río Araguaia -un territorio de 120.000 km<sup>2</sup>- es riquísimo en hierro, manganeso, níquel, zinc, bauxita y oro. También se produce hierro y magnesio en El Muntún (Bolivia).

Suramérica posee las mayores reservas del mundo para diversos minerales como la plata (44%) o el cobre sobre todo en Chile y Perú (48%). En el Sur de Bolivia, el salar de Uyuni es un inmenso territorio de 10.000 km<sup>2</sup> que contiene las mayores reservas de litio del planeta. Este material es esencial para la fabricación de las baterías de los vehículos eléctricos o híbridos, las baterías para computadoras portátiles y los teléfonos móviles, los lentes de telescopios y otros usos. También poseen litio, por orden de importancia, Chile, Argentina y Brasil. Brasil, Venezuela y Colombia poseen niobio y tantalio, dos metales que sirven también para las nuevas tecnologías. Brasil, que actualmente, cubre el 40% de la producción de estos metales a nivel mundial, tiene, entre otros lugares, yacimientos en Araxá (Minas Gerais). Podríamos enumerar otros minerales y situarlos en la geografía suramericana, pero no es la finalidad de este trabajo. Su finalidad es reflexionar sobre su extracción y las preocupaciones ecológicas que tenemos al respecto para situarlas en los esfuerzos de la integración.

Venezuela es el segundo país con mayores reservas de petróleo del mundo después del Medio Oriente. Brasil posee también reservas importantes que se agrandaron bastante con sus reservas situadas costa fuera al noreste de Rio de Janeiro a 370 kilómetros de la costa. Existe, pues, un eje importante Brasil-Venezuela en cuanto a producción petrolera. Brasil es el décimo más grande consumidor de energía en el mundo y el mayor de Suramérica, lo que es lógico visto el tamaño del país. Existe también petróleo en países como Argentina (cinco cuencas petrolíferas) y Ecuador. Con respecto a la relación producción petrolera y conservación

ecológica, es interesante contemplar los esfuerzos por parte del Ecuador, un pequeño país bastante pobre, para descartar la explotación en ciertas regiones amazónicas. En este caso también los **mapas energéticos** de Suramérica son importantes con la ubicación de las reservas no sólo de petróleo y de gas (éste sobre todo en Venezuela y Bolivia), sino también de las reservas de agua y la ubicación de las represas. En cuanto a la relación “energías, ecología e integración”, es necesario ver los trazados actuales o en vía de elaboración o de diseño de los oleoductos, gasoductos y tendidos eléctricos. Estas obras, igual que las carreteras y los canales para transportes de mercancías, modifican fuertemente el mapa económico pero, a veces, modifican dramáticamente el mapa ecológico del continente. Tienen, por lo tanto, una doble implicación **ecológica e integracionista**.

Los impactos ambientales son a veces muy grandes en la producción minera. Así, varios países de Suramérica producen oro -como Perú, Bolivia, Chile y Argentina-, pero los yacimientos son, a menudo, de difícil acceso y los pasivos ecológicos son muy grandes. Si se toma en cuenta los impactos ecológicos de esta producción, la situación es a veces muy preocupante. Por ejemplo, en el Sur de Venezuela, Guyana, Surinam y la Guayana Francesa, el problema provocado por los llamados “garimpeiros” es alarmante. Existe una minería clandestina muy difícil de controlar. Productos como el mercurio, que éstos utilizan para sus quehaceres, contaminan las aguas y los suelos, dañando así la fauna y la flora. Además del problema ecológico, los países mencionados pierden mucha riqueza, ya que este oro es llevado fuera del continente hacia los países del Norte. Por el lado andino del continente, los problemas de la extracción del oro son también complejos. El 22% de las exportaciones peruanas de oro procede de la minería ilegal y sale del país sin pagar ningún impuesto. La pérdida es, por lo tanto, considerable. Esta problemática es de magnitud similar al narcotráfico.

Es, por lo tanto, inmenso el potencial de bienes no-renovables de Suramérica como lo es su riqueza en bienes renovables. Sin embargo, para los unos como para los otros, las preocupaciones ecológicas tienen que acompañar las preocupaciones económicas y sociales. Ambas -íntimamente relacionadas entre sí- deben ser consideradas como fundamentales en las políticas de integración de las cuales vamos a hablar en la tercera parte de este trabajo.

### PARTE III: HACIA UNA INTEGRACIÓN SURAMERICANA

La primera organización, cuyo objetivo era la integración, no se limitaba a la sola América del Sur, sino al conjunto de la llamada América Latina (la cual, en realidad, se reducía a Suramérica y México). Ya se ve cómo, en este concepto de la geografía o la historia, se descartaba a Centroamérica y el Caribe. Se trataba de la *Asociación Latinoamericana de Libre Comercio* (ALALC) fundada por el *Tratado de Montevideo* de 1960. Su preocupación consistía en “disminuir las tarifas arancelarias entre los países miembros”. El proceso de este acuerdo meramente comercial se atenuó muy rápidamente. Paralelamente a la creación de esta organización, se creó, en el mismo año de 1960, el *Mercado Común Centroamericano* que, por causa de los conflictos internos y externos, no tuvo tampoco mucho éxito. En 1980, mediante otro Tratado firmado también en Montevideo, el ALALC iba a ser reemplazada por la *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI) siendo su objetivo de largo plazo “el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano.

Mediante el *Acuerdo de Cartagena* de 1969, se creó el *Pacto Andino* en el cual entraron Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Chile se retiró durante la dictadura de Pinochet, mientras Venezuela había ingresado en éste en 1973. Este mismo país abandonó el organismo que, mientras tanto había cambiado su nombre por el de *Comunidad Andina de Naciones* (CAN). Venezuela salió de esta Comunidad por el hecho de que algunos países miembros habían suscrito Tratados de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, lo que le permitía a este país, de esta manera, invadir al conjunto de los países de la CAN con sus productos. Mientras tanto, se fue creando en Panamá en 1975 el *Sistema Económico Latinoamericano* (SELA), “intento por acercar posiciones con respecto a estrategia económica”.

Hacemos notar que los mismos nombres de estos organismos muestran que el interés se centraba en la economía o, más precisamente, en el comercio, el mercado y la finanza. El referente o modelo de éstos era el proceso de integración europea el cual también, durante varias décadas, se limitó a la economía (tomando ésta en su sentido más reductor), a cuestiones de aranceles aduaneros y a otras medidas que regulaban la competencia... entre socios, sin preocuparse por una cooperación tal como la entendemos nosotros utilizando el término “integración”.

Vamos a hacer un repaso rápido de la “integración” europea de aquellos tiempos para ver la sincronía y la similitud de los procesos europeo y latinoamericano. La primera institución de integración creada en Europa fue el BENELUX, acrónimo formado a partir de los nombres de sus tres miembros: Bélgica, Nederland (o sea, Holanda o Países Bajos) y Luxemburgo. Se trataba de la *Unión Económica de BENELUX* creada en 1944 mediante un tratado firmado en Londres, en el último año de la Segunda Guerra Mundial, entre tres gobiernos exiliados en Inglaterra con el fin de suprimir los derechos de aduana entre los tres países y fijar tasas comunes para mercancías provenientes del exterior de la Unión. El Tratado entró en vigor el 1ro de enero de 1948 para tener tiempo de reorganizar la economía de los tres países después de la guerra. Rápidamente, BENELUX perdió su razón de ser porque, en la década de los 50, entró a formar parte de la *Organización Europea de Cooperación Económica* (OECE), luego de la *Comunidad del Carbón y el Acero* (CECA) cuyo fin era regular dos sectores en aquel entonces los más importantes de Europa Occidental en plena reconstrucción, y, en 1957, de la *Comunidad Económica Europea* (CEE). Con la creación de esta última institución, apareció el proyecto de crear un mercado común, en el cual se encontraron la antemencionada BENELUX, Francia, Italia y la República Federal Alemana (es decir, la Alemania del Oeste, ya que este país había sido dividido en dos al finalizar la Segunda Guerra Mundial). Se trataba, por lo tanto, de un mercado común compuesto por seis países. Posteriormente, en 1965, se fusionó la CEE con la CECA y la *Comunidad Europea de la Energía Atómica* (EURATOM) que se había creado en 1957.

Regresando a Suramérica, observamos pues que las fechas de creación del ALALC (1960) y otras instituciones de integración casi coinciden con las fechas de creación de la CEE (1957) y otras instituciones europeas. La similitud entre ambos conjuntos de instituciones es que estaban centradas todas hacia los asuntos económicos. No hablaremos aquí de aspectos políticos, igualmente similares, pero que salen del objeto de la presente investigación, ya que nuestro objetivo es ver cómo se van a incluir, en los procesos suramericanos, la problemática ecológica y cómo deben modificarse la filosofía y las prácticas integracionistas.

Antes de pasar a este punto final del estudio, puede ser interesante agregar unas breves líneas sobre la manera cómo fue evolucionando Europa en términos de integración. En 1992, el sistema cambió nuevamente de nombre para adoptar el de *Unión Europea*, marcando así el reforzamiento de sus mecanismos económicos y financieros comunes. Es

interesante observar que, el mismo año, se firmó el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) o, en español, el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, el cual debía articular entre sí las economías de Canadá, Estados Unidos y México. Este tratado permite la libre circulación de las mercancías, mientras se va construyendo un muro entre México y Estados Unidos para impedir la libre circulación de las personas. Llama también la atención que, en el año 1991, cayó la Unión Soviética. Por esta razón, se podría relacionar este evento con, casi en la misma fecha, la creación de la *Unión Europea* y del NAFTA. El mundo se estaba reorganizando. A lo que acabamos de decir, nos parece importante añadir el hecho de que, en Miami en 1994, Estados Unidos propuso la creación del *Área de Libre Comercio de las Américas* (ALCA) que hubiera sido una expansión del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* y la creación, de este modo, de un inmenso mercado compuesto por 34 países.

Siempre en este mismo período, en 1991, se fundó el *Mercado del Sur* (MERCOSUR) entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Este estableció lo siguiente en su fundación: “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre países, el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes (...)”.

Se trataba de un programa de integración sub-regional como la *Comunidad Andina de Naciones* y experiencias similares vigentes en las Américas. Sin embargo -como lo vamos a ver más abajo-, su futuro parece diferente a los demás programas de integración. Así, la *CAN*, que ya sufrió en su existencia diversos problemas que ya hemos mencionado, parece ir desintegrándose cada vez más, mientras sus miembros se van incorporando de a poco al *MERCOSUR*. Por esta razón, le vamos a dar más importancia a este programa de integración. También analizaremos programas más recientes que, a nuestro juicio, abren perspectivas diferentes a la integración suramericana y dejan de imitar las experiencias cada vez más inestables que, antaño, parecían poder servir de modelo.

## **Nuevas perspectivas para la integración suramericana**

Las experiencias realizadas en Europa, América del Norte, el conjunto de América Latina, Centroamérica, el Caribe y también Suramérica, en la segunda mitad del siglo XX e inicios del siglo XXI, apuntaban todas hacia una integración o, mejor dicho, una incorporación económica o,

como lo insinuamos antes, una incorporación de mercados, es decir, una integración comercial y financiera.

En la segunda parte de este ensayo, intentamos mostrar la importancia de aprehender, analizar y comprender las dinámicas del mundo de manera holística. Tratamos de demostrar que la única forma de estudiar la realidad del mundo es hacerlo de modo transdisciplinaria. Y pretendemos comprobar la necesidad imperativa, para solucionar los problemas y lograr un desenvolvimiento armonioso, de preocuparse al mismo tiempo por los diversos aspectos de la realidad y sus interrelaciones. Es, desde luego, toda la problemática del desenvolvimiento la que estamos cuestionando. El hecho de poner la economía en el centro de las preocupaciones, proviene de una visión antropocéntrica del mundo. Nosotros pensamos que es necesario tener una visión **biocéntrica** del mundo, es decir, que todas nuestras acciones deben tender a aumentar la fuerza vital, mejorar el nivel de vida y lograr lo que los pueblos andinos ancestrales llaman el **Buen Vivir**.

El **Buen Vivir** no es vivir mejor, no es desarrollar la sociedad de consumo, no es acumular riquezas, sabiendo que si toda la humanidad quisiera vivir como los ricos de los países ricos, necesitaríamos varios planetas para hacerlo. El **Buen Vivir** se traduce en una identificación del ser humano con la naturaleza de la cual forma parte, por el hecho de **economizar** los recursos que encuentra dentro de la naturaleza, por la voluntad no de sobrevivir, sino de vivir bien y de convivir de manera armoniosa con los demás seres humanos y los otros elementos de la naturaleza.

Se trata, pues, de considerar el desenvolvimiento de manera totalmente diferente y, por el hecho de considerarlo así, de considerar la integración de modo también enteramente distinta al modo de considerarla hasta ahora. Así, el concepto de *competitividad* que es el motor de la economía en una región desintegrada, no-integrada o mal-integrada, se transforma en *complementariedad* y *cooperación* en una región integrada.

Durante varios años, por razones políticas, que no es necesario discutir aquí, Venezuela no pudo ingresar al MERCOSUR. Ahora, forma parte de éste y se supone que esta asociación de países estará compuesta, dentro de poco tiempo, por Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Desde ahora, ya va desde la Patagonia hasta el mar Caribe, e incluye bio-regiones como la pampa, el Amazona, los Andes, la costa del océano Atlántico, la meseta de las Guayanas, los llanos y la

costa del Caribe, con numerosísimos ecosistemas, una inmensa biodiversidad y una gran etnodiversidad.

Por su tamaño, su importancia demográfica, su diversidad ecológica, su riqueza en recursos de todos tipos y su peso político, Brasil, que, además es vecino de todos los países antemencionados, está desempeñando un rol fundamental en este proceso de integración. También y por esas mismas razones, tiene una enorme responsabilidad con respecto a la defensa del *oikos* suramericano, la protección ecológica del continente. Además, es una potencia en cuanto a los adelantos de la ciencia y la tecnología, los cuales pueden compartir con el resto de la región. Así mismo, se encuentra en una posición geopolítica clave en el mundo contemporáneo: forma parte de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Suráfrica), es escuchada en este mundo y se puede esperar que pronto será miembro permanente del Consejo de Seguridad de la ONU, un organismo planetario que debería modificarse si quiere servir a la paz y no dejar que exista la guerra. Por todas estas razones, Brasil debe asumir el liderazgo de la región, no con unas pretensiones hegemónicas, sino como motor de un nuevo tipo de desenvolvimiento y un nuevo modelo de integración.

En Brasilia fue fundada en 2008 la *Unión de Naciones Suramericanas*. Componen ésta doce Estados que totalizan 400 millones de habitantes. Esta Unión tiene como objetivo construir una identidad y una ciudadanía suramericanas. Ya no se centra en lo meramente económico y se ocupa de todo lo relacionado con el **Buen Vivir** de la región. Entró en vigencia en 2011, pero, en esta fecha, ya se había ido construyendo una serie de consejos relacionados entre sí para cubrir un gran número de asuntos. De este modo, América del Sur se está proponiendo un nuevo modelo de desenvolvimiento, asegurando su soberanía y contribuyendo a la construcción de un mundo multipolar capaz de evitar las desigualdades, las guerras y la destrucción del planeta.

## **CONCLUSIONES: HACIA UNA NUEVA INTEGRACIÓN: ECOLÓGICA, ECONÓMICA Y SOCIAL**

Otros programas de integración se fueron creando de manera *sub-regional*, estableciendo puentes entre algunos países de Suramérica y ciertos países del Caribe y de Centroamérica (nos referimos, por ejemplo, a un organismo como la *Alianza Bolivariana de para los Pueblos de Nuestra América*, ALBA). También habría que destacar, esta vez de manera *inter-regional* la *Comunidad de Estados de América Latina y el Caribe*



(CELAC), creada en 2010, que reúne a todos los países desde México hasta la Patagonia. En el marco de UNASUR, sería oportuno referirnos a la creación del *Consejo Suramericano de Salud*, el *Consejo Suramericano de Educación, Cultura, Ciencia, Tecnología e innovación*, el *Consejo de Energía Suramericano*, el *Consejo Suramericano de Lucha contra el Narcotráfico* y el *Consejo de Defensa Suramericano*, entre varios otros organismos. El último citado tiene como finalidad consolidar Suramérica como zona de paz, estabilidad democrática y desarrollo integral de los pueblos. Para que se logre estos objetivos, nos parece indispensable velar por la defensa de los recursos renovables y no-renovables del continente, y asegurar, de manera prioritaria, la soberanía alimentaria.

No vamos a hablar de todos estos consejos para no alargar el presente artículo y cumplir con su doble objetivo. Se trataba primero de mostrar que es necesario asumirse a sí mismo como ser colectivo y no imitar de manera casi automática lo que se está haciendo en otras regiones del mundo, las cuales tienen geografías diferentes, historias diferentes y culturas diferentes. Segundo, y sobre todo, el presente trabajo tenía como finalidad demostrar que la integración no puede centrarse en lo económico ni tampoco limitarse a lo económico, sino que debe adquirir, cada vez con mayor fuerza, dimensiones ecológicas. Ambos aspectos -el ecológico y el económico- se articulan entre sí, se complementan mutuamente y transforman de manera profunda las teorías y las prácticas del desenvolvimiento y de la integración.

Recordemos la etimología de los términos **ecología** y **economía**. El *oikos* es el hogar. La **ecología** se ocupa de todo lo que compone este hogar, se dedica a las interacciones de todos los elementos que lo componen, y se preocupa del equilibrio entre éstos. En cuanto a la **economía**, es la gestión del hogar que debería producir el **Buen Vivir** en su seno.

Repetimos una afirmación hecha anteriormente: si se habla de integración, es necesario recordar cuáles fueron, en diferentes momentos de nuestra Historia, la “des-integración” o la “no-integración”. Suramérica pasó por numerosos sucesos de desintegración: las invasiones por los europeos en los siglos XVI y XVII, lo que desintegró la sociedades autóctonas y representó el saqueo de las riquezas del continente; luego, los enfrentamientos entre estos mismos colonizadores en suelo americano para apoderarse de los territorios y despojarlos de sus riquezas en los siglos XVII y XVIII; en seguida, las luchas que se desataron, en el siglo XIX, después de las independencias, entre países que se decían hermanos; y,

por fin, la no-integración o los esfuerzos de integración meramente mercantilistas en el siglo XX.

El siglo XXI es un siglo que, en el mundo, se inició con muchas dificultades e incógnitas: cambios climáticos, cataclismos naturales, sequías e inundaciones, guerras para el control de las materias primas y las tierras agrícolas, hambrunas en ciertas regiones del planeta y derroches de alimentos en otras. Suramérica tiene la posibilidad (y el deber) de asegurar su soberanía sobre su naturaleza, sus recursos y sus alimentos. Debe emprender una **bio-política** continental que tenga a la Vida, al conjunto de la Vida, como motor y como eje. Es necesario emprender y lograr una **eco-integración** que permita consolidar cada vez más esta soberanía suramericana.

No se trata de encerrarnos en el continente, como a menudo, nos encerramos en las fronteras de nuestros respectivos países. Suramérica tiene, como una región integrada, un papel que jugar en la política mundial. Así, nos parece una prioridad, cuando algunas potencias pretendan apoderarse de las riquezas para su solo provecho, tender la mano y prestar ayuda a otras regiones que continúan siendo saqueadas. De este modo, queremos terminar, mencionando otro esfuerzo de integración, que se encuentra todavía en sus primeros balbucesos. Se trata del Foro de Cooperación *América del Sur-Africa* (ASA) creado bajo la iniciativa de Brasil y Nigeria, y cuya Tercera Cumbre se realizó en febrero de 2013 en Guinea Ecuatorial. Africa y Suramérica, juntos, tienen la gran mayoría de las reservas naturales del planeta (aguas, tierras, biodiversidad, recursos renovables y no-renovables). Una cooperación verdadera y eficaz entre las dos regiones -Suramérica y África- modificaría totalmente la geopolítica mundial y podría equilibrarla. Pero esto es un problema que sobrepasa el objetivo de este artículo y no está cerca de concretizarse.

# 4

## As eleições para o Parlasul e as inovações no sistema eleitoral brasileiro

*Antônio Diego Prado  
Marques de Souza*

---

Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional (PPGD/FDUFBA).

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Parlasul – Formação e solidificação – 3. Eleições para o Parlamento em 2014: 3.1 Propostas do Congresso Nacional; 4. Análise de pontos propostos pelo Congresso Nacional – 5. Conclusão – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O parágrafo único do quarto artigo<sup>1</sup> da Constituição do Brasil expressa a possibilidade de integração política entre os países latino-americanos. Essa integração política consolidar-se-á com alguns países do Cone Sul<sup>2</sup>, 26 anos após a promulgação da Carta Magna, através das eleições para o Parlamento do MERCOSUL (Parlasul) em 2014.

Com uma missão institucional relevante e ampla, mas ainda mal definida, o Parlasul surgiu em 2006 em substituição à Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), prevista desde o Tratado de Assunção (Art. 24)<sup>3</sup>, de 1991, reforçada pelo Protocolo de Ouro Preto (Art. 22), de 1994. Criado

- 
1. Constituição Federal do Brasil. Art 4º, parágrafo único: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.
  2. Argentina, Paraguai e Uruguai.
  3. Tratado de Assunção, Art. 24: Com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum, estabelecer-se-á Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL. Os Poderes Executivos dos Estados Partes manterão seus respectivos Poderes Legislativos informados sobre a evolução do Mercado Comum objeto do presente Tratado.

oficialmente em Brasília, em dezembro de 2006, o Parlasul teve sua sessão de instalação em maio de 2007, em Montevideú, Uruguai, sua sede oficial.

O Parlamento do MERCOSUL (Parlasul) forma uma base legislativa de apoio às discussões oriundas do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul). Ante as legislações específicas de cada país e, a necessidade de relações comerciais; o Parlasul garantiria uma melhor eficiência entre essas relações sem ferir as suas respectivas legislações. As decisões do Parlasul são supranacionais, o que motiva a busca do entendimento sobre o legislativo de cada país constituinte deste Parlamento afim de uma melhor organização das decisões política e, por consequência, comerciais.

## **2. PARLASUL – FORMAÇÃO E SOLIDIFICAÇÃO**

Inicialmente, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai contavam com 18 representantes cada, entre Deputados e Senadores indicados por seus respectivos parlamentos nacionais<sup>4</sup>.

Atualmente, somente o Paraguai elegeu diretamente seus parlamentares para o Parlamento do MERCOSUL. Em todos os demais países - Brasil, Argentina e Uruguai - os parlamentares são indicados pelos respectivos parlamentos nacionais. Dessa forma, esses parlamentares desempenham uma dupla representação: uma como parlamentar nacional (Deputados ou Senadores) e outra como parlamentar supranacional do Parlasul.

O Protocolo Constitutivo do Parlasul<sup>5</sup> determina (art. 6º) que os Parlamentares do MERCOSUL sejam eleitos por sufrágio universal, em eleições gerais a serem promovidas por cada um dos Estados que integram o bloco. O artigo sexto foi a primeira limitação do sistema eleitoral

- 
4. BRASIL, SENADO FEDERAL. Debate sobre regras para eleições ao Parlasul deve crescer em 2012. Brasília: Agência Senado, 27 dezembro 2011. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/debate-sobre-regras-para-eleicoes-ao-parlasul-deve-crescer-em-2012.aspx>>. Acesso em 27 dezembro 2011.
  5. CONGRESSO NACIONAL. Decreto Legislativo nº 408: aprova o Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL. Diário Oficial da União, 12 de setembro de 2006.<sup>7</sup> BRASIL, SENADO FEDERAL. Debate sobre regras para eleições ao Parlasul deve crescer em 2012. Brasília: Agência Senado, 27 dezembro 2011. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/debate-sobre-regras-para-eleicoes-ao-parlasul-deve-crescer-em-2012.aspx>>. Acesso em 07 de maio de 2012.

brasileiro que, oferecera ao Parlasul membros ativos (ou não) do Congresso Nacional através de indicações. Com a necessidade de eleições, o País elegerá no pleito de 2014 o Presidente e Vice-presidente da República, Governadores e Vice-governadores de estado e do Distrito Federal, Senadores, Deputados federais, Deputados estaduais e Deputados distritais; e Representantes para o Parlasul.

A representação brasileira constitui-se em instância parlamentar com funções atribuídas pela Resolução nº 1 do Congresso Nacional, de 2011, que estabelece:

“Art. 3º Compete à Representação Brasileira, entre outras atribuições:

I - apreciar e emitir parecer a todas as matérias de interesse do MERCOSUL que venham a ser submetidas ao Congresso Nacional, inclusive as emanadas dos órgãos decisórios do MERCOSUL, nos termos do artigo 4, inciso 12, do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL;

II - emitir relatório circunstanciado sobre as informações encaminhadas ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, retratando a evolução do processo de integração do MERCOSUL;

III - examinar anteprojetos encaminhados pelo Parlamento do MERCOSUL, nos termos do artigo 4, inciso 14, do Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL;

IV - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - participar de projetos resultantes de acordos de cooperação com organismos internacionais celebrados pelo Parlamento do MERCOSUL;

VII - receber e encaminhar ao Parlamento do MERCOSUL a correspondência que lhe for dirigida;

VIII - apreciar e emitir parecer a todas as matérias sobre a organização da Representação Brasileira no Parlamento do MERCOSUL que sejam submetidas ao Congresso Nacional.”

Se de fato vier a ocorrer, tal eleição criará, na prática, uma terceira Casa legislativa, tendo em vista que a representação será distinta do Congresso Nacional, ao contrário do que hoje ocorre. Dessa forma, o Brasil passará a ter 74 representantes, e a Argentina, 43. Paraguai e Uruguai permanecerão com 18 representantes.

### 3. ELEIÇÕES PARA O PARLAMENTO EM 2014

A necessidade de eleições para o Parlasul em 2014 – além de cumprir uma prerrogativa constitutiva<sup>6</sup>, afasta uma anomalia funcional: a dupla representação que provoca uma postura política contraditória, pois o parlamentar deve de um lado representar o povo ou as unidades federativas e, de outro, deve representar o povo do MERCOSUL; ou seja, adotar uma posição supranacional.

O Parlamento está ainda precariamente institucionalizado. Sua atuação é bastante dependente da iniciativa dos governos<sup>7</sup>. Exerce poucas atribuições deliberativas e de fiscalização, sendo basicamente um fórum de representação e consulta<sup>8</sup>.

Acredita-se que o Parlasul deverá se fortalecer progressivamente, à medida que os parlamentares de todos os países forem eleitos diretamente com mandato específico, para responder à representação supranacional e a autonomia de suas decisões.

#### 3.1 Propostas do Congresso Nacional

Há duas propostas em discussão avançada. Uma é proveniente da Câmara, outra, do Senado. As duas propostas se encaminham para estabelecer o maior experimento recente de reforma política do País, pois preveem o financiamento exclusivamente público de campanha e a lista partidária pré-ordenada.

Na Câmara, o Projeto de Lei 5279/2009, do Deputado Carlos Zarrattini, com sua versão final dada pelo substitutivo da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, apresentado pelo Deputado Doutor Rosinha.

No Senado, o projeto nº 126, de 2011, do Senador Lindbergh Farias, com substitutivo do Senador Antonio Carlos Valadares, pela Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional daquela Casa.

De comum entre ambas as propostas estão os seguintes pontos:

---

6. Idem, *Ibidem*, pág 02.

7. DRI, Clarissa. At what point does a legislature become institutionalized? The Mercosur parliament's path. Rio de Janeiro: Brazilian Political Science Review, nº. 3, vol. 2, 2010. pp. 60-97.

8. MEDEIROS, Marcelo de Almeida et al. A questão da representação no Mercosul: os casos do Parlasul e do FCCR. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 18, n. 37, out.2010.

- Voto direto, secreto, universal e obrigatório; as eleições devem ocorrer simultaneamente às eleições de 2014 para Presidente e Vice-presidente da República, Governadores e Vice-governadores de estado e do Distrito Federal, Senadores, Deputados federais, Deputados estaduais e Deputados distritais; o tempo de mandato deverá ser de 4 anos; totalizando 74 representantes.
- Representação exclusiva: o candidato não pode concorrer simultaneamente a outro cargo eletivo e nem se licenciar para assumir outro mandato (no Legislativo ou no Executivo); financiamento exclusivamente público, correspondendo a 5% do valor total a ser destinado ao Fundo Partidário; uso da propaganda eleitoral gratuita; divisão do número de votos válidos pelo de lugares a preencher, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, e equivalente a um, se superior.

A diferença é que a proposta do Senado se aplica aos 47 representantes ditos federais (os demais 27 são eleitos pelo sistema majoritário). Em ambos os casos, as situações não previstas pelas respectivas propostas aplicarão subsidiariamente as regras que regulamentam as eleições para Deputado Federal.

Entretanto, alguns pontos das propostas divergem: ora fortalecendo o poder decisório dos partidos, ora o do povo. Os pontos são:

- Para a Câmara, o sistema da eleição será proporcional, com listas pré-ordenadas registradas por partidos (exclusivamente). O eleitor vota no número do partido. Nesse caso, as coligações seriam proibidas. Para o Senado, o sistema será misto: 27 eleitos pelo sistema majoritário (cada partido ou coligação poderá lançar um único candidato) e 47 pelo sistema proporcional e lista pré-ordenada. O eleitor vota no número do candidato e da lista partidária ou da coligação. As coligações seriam permitidas.
- Os suplentes para a Câmara seriam os candidatos na ordem sequencial da lista. Para o Senado, os representantes federais (voto proporcional), seriam suplentes os candidatos na ordem sequencial da lista. Para os representantes estaduais (escolhidos por votação majoritária), o segundo mais votado, mesmo que de outro partido/coligação.
- Quanto as vagas por região, para a Câmara, os cinco primeiros lugares da lista deverão ser ocupados por candidatos com domicílio eleitoral em distintas regiões do País. Os cinco seguintes seguem o

mesmo critério. A busca por uma forma mais uniforme de gênero também foi preocupação dessa proposta: existiria uma alternância entre homens e mulheres. Os cinco primeiros lugares da lista deverão ser partilhados de maneira a que não haja menos de duas candidaturas de ambos os sexos. O Senado, entretanto, propôs que para os 47 “federais” seriam mantidos os mesmo números de lugares que os Estados e o Distrito Federal hoje ocupam na Câmara dos Deputados, apenas atualizando-se os dados com base no último censo. Para os demais 27 “estaduais”, haveria um representante para cada unidade. A questão do gênero, na proposta do Senado, busca fixar entre os 47 da lista pré-ordenada, mínimo de 30% de mulheres e máximo de 70% para ambos os sexos.

O Congresso nacional possui um sistema de cotas<sup>9</sup> instituído pela Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Infelizmente, por motivos diversos, a participação feminina na política ainda é ínfima se comparada a esta população em âmbito nacional demonstrando resultados efetivos.

Os projetos, depois de aprovados, serão encaminhados a cada uma das outras Casas, para a conclusão e eventual retorno à Casa de origem, para a votação final. O prazo final para a conclusão de todo o processo de tramitação é setembro de 2013, para que se cumpra a regra de que a lei eleitoral do pleito esteja em vigor pelo menos um ano antes de sua realização (outubro de 2014).

#### **4. ANÁLISE DE PONTOS PROPOSTOS PELO CONGRESSO NACIONAL**

As duas propostas têm em comum uma série de inovações institucionais importantes para o debate sobre o sistema eleitoral brasileiro, entre elas, duas de relevante destaque: a representação exclusiva e o financiamento público da campanha.

A representação exclusiva impediria o eleito de se licenciar para assumir outro mandato (no Legislativo ou no Executivo). A razão é dada pela característica do presidencialismo de coalizão, que induz à participação dos partidos nos governos (federal, estaduais e municipais),

---

9. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Art. 10 § 3º: Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009).



levando a que os eleitos muitas vezes se licenciem dos cargos para os quais foram eleitos para se tornarem ministros ou secretários de governos dos Estados ou do DF.

O financiamento exclusivamente público de campanha, a ser custeado com 5% do valor total a ser destinado ao Fundo Partidário, seria uma grande inovação (até agora, consensual) propugnada pelas duas propostas. Seu impacto precisaria ser avaliado à luz dos futuros eleitos, conhecendo-se a lista dos partidos e o perfil dos escolhidos ao final do pleito, para comparar se a introdução da regra pode ou não ter contribuído para uma representação com perfil distinto da que está presente hoje no Congresso Nacional.

É de se esperar possíveis variações no perfil socioeconômico da representação no Parlasul, vis-à-vis à do Congresso, que tem acentuada presença de parlamentares ligados aos setores empresariais (indústria, comércio, agronegócio). O candidato que receber dinheiro ou publicidade de qualquer espécie terá seu registro de candidatura ou diploma cassado.

Segundo o atual ministro-chefe da Controladoria-Geral da União (CGU), Jorge Hage, o financiamento público de campanhas eleitorais será a solução definitiva para a corrupção. Para o ministro “Enquanto empresários se sentirem livres para ajudar a eleger políticos, a corrupção estará garantida”, destacou Hage, em entrevista<sup>10</sup>.

É possível que o atual sistema eleitoral brasileiro permita ao poder econômico privatizar o poder político com contribuições eleitorais particulares. Indo de encontro a equação 1 homem = 1 voto. Entretanto, correntes contrárias ao financiamento público de campanha alegam que essa vertente iria de encontro ao Estado mínimo.

Segundo Adriana Cuoco Portugal:

“Quando há apenas contribuições privadas, a política vencedora é geralmente viesada em direção à plataforma ideal dos grupos economicamente dominantes. Por outro lado, a representação dos partidos no Congresso é equilibrada. Quando há apenas contribuições públicas, a política vencedora é socialmente ótima. No entanto, a representação dos partidos passa a ser desigual com

---

10. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/resenhaeletronica/MostraMateria.asp?page=&cod=836777> >, acessado em 22 de agosto de 2012.

um único partido se tornando preponderante. Finalmente, se ambas contribuições são disponibilizadas, a política adotada é viesada em favor dos grupos mais fortes e a representação dos partidos no Congresso torna-se assimétrica, com apenas um partido dominante no longo prazo.”

A interferência do poder econômico nos rumos políticos de um país tem sido uma fonte de constante preocupação da sociedade. Como o custo das campanhas eleitorais pode ser extremamente elevado, para exercer essa influência política seria suficiente financiar a campanha de um candidato capaz de implantar, depois que ocorresse a eleição, uma plataforma de interesse do grupo financiador. Para esse último, o desembolso de algum recurso poderia gerar um ganho muito maior no futuro, ao passo que para o político, um comprometimento velado representaria uma maior chance de ganhar a competição, na medida em que o candidato disporia de mais recursos para investir na campanha.

Como o Poder Legislativo constitui o órgão máximo de tomada de decisão política num país, as atenções se concentram nas oportunidades que o poder econômico possa ter de moldar as posições de política dos constituintes da legislatura.

Ao se proibir o financiamento privado, poder-se-ia equalizar as condições de disputa entre os diversos partidos, diminuir a intervenção do poder econômico nos rumos das políticas adotadas pelo governo e, até como uma consequência deste último, ampliar os benefícios das políticas públicas à maioria da população<sup>11</sup>. Por outro lado, há alguns parlamentares que consideram injusta a forma de distribuição dos recursos do fundo partidário, além de entenderem improvável o impedimento por completo da interferência privada, pois acham que seria inevitável, por exemplo, que a mídia promovesse algum partido ou candidato. A partir dessa premissa, portanto, para esses parlamentares o aumento da dotação orçamentária para o fundo partidário oneraria ainda mais os contribuintes<sup>12</sup>.

---

11. Ver Diário do Senado Federal de 26/04/2001, pág. 7228: “..., à medida que tivermos um financiamento público, vai se produzir uma certa homogeneização dos gastos de campanha.”, Senador Roberto Saturnino.

12. Ver Diário do Senado Federal de 26/04/2001, pág. 7225: “Na fórmula pretendida, em que todas as contribuições são proibidas, teremos, necessariamente, um caixa dois, pois o empresário que resolver financiar determinado candidato não poderá, mesmo querendo, oficializar a declaração de sua contribuição.”, Senador Roberto Requião.

Assim, é natural que aflorem preocupações com o financiamento privado das campanhas eleitorais. Questiona-se, ciclicamente, se a coibição da participação do setor privado no processo eleitoral é uma forma eficiente de eliminar o efeito nocivo do lobby pré-eleitoral, considerado como qualquer atividade prévia às eleições por parte de indivíduos ou de grupos de interesse privado que influenciam as ações dos políticos após as eleições. Além disso, também se discutem quais seriam as fontes alternativas de financiamento das campanhas eleitorais se a contribuição privada fosse vedada.

Em 1971, uma nova lei orgânica dos partidos políticos foi promulgada (Lei nº 5682). Entre outros aspectos, regulamentou-se o chamado fundo de assistência financeira dos partidos políticos, composto das multas e penalidades aplicadas a partir da legislação eleitoral, dos recursos financeiros que lhe fossem destinados também por lei, e de doações particulares. Do montante acumulado no fundo, 80% era distribuído com base na proporção dos partidos na Câmara dos Deputados e os outros 20%, repartido igualmente entre eles. Também importante para a abordagem que se apresenta foi a vedação imposta pela lei aos partidos quanto ao recebimento, direto ou indireto, de contribuição, auxílio ou recurso procedente de empresa privada, de finalidade lucrativa, entidade de classe ou sindical.

Entretanto, durante a vigência daquela lei, criou-se um incentivo ao financiamento de campanhas via a formação de um “caixa dois”, ou seja, os recursos recebidos à margem da lei faziam parte de uma contabilidade paralela e, portanto, não divulgada pelos partidos. Nesse contexto, a permissão do financiamento privado passou a ser considerada a melhor alternativa, culminando na alteração, em 1995, da lei orgânica dos partidos políticos (Lei nº 9096). Essa nova regra mantinha a ideia do fundo de assistência aos partidos, que passou a ser chamado de “Fundo Partidário” e contou com a definição de uma contribuição pública permanente em montante nunca inferior; cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.

Outras duas importantes alterações introduzidas pela nova lei foram o critério de distribuição dos recursos do fundo, já que 99% do total seriam distribuídos aos partidos na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, além da permissão de os partidos receberem diretamente doações de pessoas físicas e jurídicas para constituição de seus fundos, desde que as declarassem à Justiça Eleitoral.

Entretanto, além de não se ter certeza dos valores declarados pelos candidatos, em vista da possibilidade de desvio dos montantes recebidos ou da necessidade de esconder a identidade do doador para não evidenciar futuros favorecimentos, a competição pode ter se tornado extremamente desigual, gerando um efeito anticompetitivo. De fato, os partidos com maior financiamento privado teriam melhores chances de conquistar mais lugares no Congresso, tornando-se, por consequência, mais atraentes ao financiador privado, que, por sua vez, novamente os financiaria, garantindo a manutenção do status quo da divisão política.

Em resposta aos acontecimentos ligados à corrupção nos meios políticos, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal vêm novamente se movimentado no sentido de alterar a legislação atual. Os objetivos principais seriam evitar a ingerência do poder econômico nas decisões políticas por meio do mecanismo de financiamento privado de campanhas e, por consequência, a desigualdade de condições nas competições eleitorais.

Em relação as listas fechadas, encontramos duas configurações distintas. A disputa pelas 27 vagas majoritárias da proposta de representação do Parlasul proveniente do Senador Lindbergh Farias tende a reproduzir os padrões de disputa entre os partidos no Senado. No entanto, deve ocorrer uma distorção em função justamente do contexto de eleições gerais e do menor apelo da disputa pelo Parlasul.

As vagas proporcionais, em maior número, podem ser lançadas à negociação global do pleito de 2014, em coligações. As vagas majoritárias devem ter uma parcela reservada a candidaturas menos competitivas eleitoralmente, mas de lideranças que ainda tenham algum peso político no interior das organizações partidárias. Essa possibilidade ficou clara quando, ao final de 2010, houve a tentativa de indicação de políticos não reeleitos como representantes do Parlasul<sup>13</sup>.

Enquanto a proposta da Câmara de certa maneira blinda a representação do Parlasul e a coloca como um teste entre os principais partidos, sejam eles os maiores ou os de identidade mais nítida, a proposta do Senado faria com que as lista partidárias trouxessem para dentro de si o jogo da disputa presidencial, estaduais e do DF. Assim, aumentaria

---

13. GÓIS, Fábio. Congresso insiste em volta de parlamentar biônico. Brasília: Congresso em Foco, 22 dezembro 2010. Disponível em < <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/manchetes-antiores/congresso-insiste-em-volta-de-parlamentar-bionico/> > Acesso em 03 de setembro de 2012.

o interesse dos partidos com pouca representação no Congresso, para figurarem nas listas de coligações.

A proposta da Câmara amplia a representação da mulher em até 50%, eventualmente, as “quebras” nas listas, a depender da sequência de candidatos do sexo masculino e feminino, podem reduzir ou aumentar este percentual. Na proposta do Senado, a representação da mulher está estabelecida no patamar mínimo de 30%, mas apenas na lista pré-ordenada de 47 candidatos. Ou seja, seriam 14 candidatas na lista, 20% do total da representação geral do Parlasul. Mesmo assim, não há regra de ordenamento da lista que obrigue a intercalar homens e mulheres, de modo que as candidatas sofreriam com o risco de ser colocadas ao final da fila. A regra de ocupação de lugares na lista estará dada de acordo com a decisão do respectivo partido ou coligação.

Assim sendo, na proposta da Câmara, o ganho na representação de gênero seria próximo a 50%. Na proposta do Senado, nada impede que se reedite a baixa participação das mulheres nesta bancada parlamentar, tal e qual se vê atualmente na Câmara e no Senado, em total desacordo com a presença das mulheres na sociedade brasileira.

A participação por Estado na representação brasileira do Parlasul repete-se o padrão de representações anteriores, com presença mais expressiva de Estados da região Sul. Pela proposta da Câmara, o critério de composição dos parlamentares contempla a diversidade regional. Todas as regiões teriam possibilidades equânimes entre os parlamentares brasileiros do Bloco, cada qual com cerca de 20% da nova representação a ser eleita em 2014.

Na proposta do Senado, para os 47 representantes “federais” seriam mantidos os mesmo números de lugares que os Estados e o Distrito Federal hoje ocupam na Câmara dos Deputados, apenas atualizando-se os dados com base no último censo. Para os demais 27 “estaduais”, haveria um representante para cada unidade. Aos 47 representantes escolhidos como representantes ditos “federais” seriam acrescidos 27 representantes “estaduais”, um por Estado e mais o DF.

A introdução das listas “fechadas” deve implicar posteriormente no debate sobre as regras de sua composição. A importância dos mecanismos como prévias ou encontros partidários anteriores às convenções homologatórias não só seria útil como em muitos casos já são utilizadas por partidos, principalmente nos processos de escolhas de candidatos a cargos majoritários.

A regra comum às duas propostas é a de impedir o parlamentar eleito para o Parlasul de assumir cargos no Executivo. O fato de que a representação possa ser, no todo ou em parte, feita por lista partidária deveria ter merecido mais detalhamento de ambas as propostas, na medida em que o instrumento da lista requer regras mais rígidas de fidelidade partidária. Ambas trazem dispositivos apenas quanto à cassação do registro ou do diploma dos candidatos. É natural que sejam assim, pois são propostas de regulamento eleitoral, e não de exercício de mandato. A formação de uma representação eleita pelo voto direto demandaria um regramento do decoro parlamentar a ser criado posteriormente, sem prejuízo das regras que venham a existir no âmbito do próprio Parlasul.

De alguma forma, o que devemos encontrar a partir das eleições de 2014 para o Parlasul são formas mais viáveis de democracia, evitando, assim, o lamentável episódio do ex-senador Wilson Santiago que, mesmo não sendo mais o detentor do mandato de senador, tomou posse no Parlamento do MERCOSUL (Parlasul), fato que levantou polêmica por conta dos gastos que serão gerados pelo ex-parlamentar.<sup>14</sup>

## 5. CONCLUSÕES

O debate sobre a eleição direta para o Parlasul representa uma oportunidade ímpar de fortalecer sua missão político-institucional. Significa ainda a possibilidade de se oferecer uma representação qualificada e mais equilibrada quanto aos critérios de representação de região e de gênero, com maior isonomia do pleito.

Conforme pôde ser verificado, a proposta da Câmara reforça a escolha com base em partidos e estimula arranjos regionais, ao passo que a proposta do Senado mantém a tradição da escolha baseada na figura do candidato.

A representação de gênero teria um salto garantido (até 50%), se aprovada a proposta da Câmara. No caso da proposta do Senado, os resultados são incertos. Pode ser mantida a mesma sub-representação das

---

14. Disponível em <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/relatorio-cedaw-2012.pdf/view>> Acesso em 17 de agosto de 2012.

mulheres hoje existente no Congresso Nacional e que já foi objeto de crítica da ONU ao Brasil<sup>15</sup>.

A proposta da Câmara introduz mais inovações institucionais, enquanto a proposta do Senado, também inovadora, traz menos variações em relação ao atual sistema político brasileiro. O projeto da Câmara teria a vantagem de proporcionar um experimento de maior contraste em relação às atuais regras eleitorais, iluminando mais pontos da discussão de reforma política. A proposta do Senado, por ter menos pontos de mudança e permitir coligações, tem mais chances de obter maioria entre os partidos do Congresso.

A proposta da Câmara pode atrair os grandes partidos nacionais, que são maioria nas duas Casas e têm siglas com maior popularidade junto aos eleitores, e os partidos de perfil ideológico mais nítido. Ao mesmo tempo, pode gerar a obstrução de partidos menores, que tenderiam a se sentir mais seguros com a proposta proveniente do Senado. Mas os maiores partidos podem sentir-se mais estimulados a usar as vagas do Parlasul para acomodar lideranças partidárias menos competitivas e também para ampliar suas margens de negociação de coligações presidenciais, estaduais e do DF. A estratégia deverá ser a de reservar as vagas majoritárias (27) para candidaturas consideradas menos competitivas para outros cargos majoritários ou mesmo para a Câmara. As vagas proporcionais, em maior número, seriam lançadas à negociação global do pleito de 2014.

A proposta do Senado seria uma alternativa mais próxima da preferência dos parlamentares de menor projeção nas máquinas partidárias e que devem sua eleição às coligações ou à popularidade pessoal. Significa dizer que, neste caso, mesmo entre os grandes partidos, as desavenças podem ser bastante pronunciadas.

O fato de as eleições serem simultâneas, afeta mais a proposta do Senado, que permite a coligação. A proposta da Câmara de certa maneira blinda a representação do Parlasul e a coloca mais claramente como um teste entre os principais partidos, sejam eles os maiores ou os de

---

15. BRASIL, SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. Apresentação do VII Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Genebra: 17 de fevereiro de 2012. Disponível em <<http://www.observatoriodogenero.gov.br/menu/noticias/relatorio-cedaw-2012.pdf/view> > Acesso em 29 de agosto de 2012

identidade mais nítida. A proposta do Senado estimula a que as listas para o Parlasul se misturem ao jogo das demais disputas eleitorais de 2014. Afinal, em contexto de eleições gerais, os grandes partidos não devem priorizar a disputa para o Parlasul.

O Congresso Nacional até o momento não se debruçou sobre o impacto político que o atual padrão de desenvolvimento econômico brasileiro da última década impõe à organização do Estado. O Brasil expandiu-se internacionalmente e ampliou sua integração econômica na América do Sul para além das relações comerciais propiciadas pela união aduaneira do MERCOSUL.

Esses novos traços do que se poderia chamar de expansão das relações internacionais do Brasil abrange não apenas o campo diplomático, mas político, econômico e social, mas não foi acompanhado de uma preocupação do Congresso Nacional em assenhorar-se desses passos. As discussões sobre as regras para a eleição em 2014 são uma boa oportunidade para se refletir sobre a própria missão dessa representação política do Brasil, diante dos desafios da integração. Podendo, deste modo, suscitar propostas para se fornecer a devida provisão institucional para o controle sobre os atos do Executivo em âmbito internacional, pelo menos no espaço sul-americano.

As críticas sobre o atual sistema eleitoral brasileiro têm despertado a atenção de muitos estudiosos na área, principalmente pelo binômio: jovialidade e corrupção. A necessidade de uma reforma política tem percorrido os mais diversos campos do saber, como a sociologia e a ciência política; entretanto, de fato, destoa do que a maior parte da população busca: menos regalias e demasiados foros privilegiados para os políticos.

Além do formato, o conteúdo e a qualidade desse sistema eleitoral tem sido alvo de críticas. Certamente, neste artigo, não foi posto em questão a democracia representativa, mas o nível de escolha dos nossos representantes atrelado à teoria do mal menor: “qual candidato seria o menos prejudicial”?

O Parlasul traz, de forma forçada, um questionamento basilar da democracia moderna: até que ponto os representantes representarão os seus representados? A preocupação é evidente, posto que as decisões do parlamento em tese sejam supranacionais. E, se, já ocorre uma visível deturpação entre a vontade popular, no sentido de realização política, e, do que de fato os políticos entregam como resultados dos seus respectivos trabalhos em âmbito nacional; o quê esperar de um parlamento que



representará quase 70 por cento da população do continente sul americano (incluindo nesse caso, a população da Venezuela)?

Causa estranheza a pouca mobilização da mídia e do governo ante a pouco menos de dois anos para a eleição para o Parlasul. Como apresentar aos brasileiros o Parlasul se ainda uma parcela significativa da população está alheia ao papel não só do Congresso, como o Legislativo em si e suas instâncias? Teria a Copa do mundo ofuscado a política no país do futebol?

As organizações que estão atuando na questão da integração regional devem propagar a possibilidade das eleições em 2014 e sua importância na definição das políticas públicas regionais, para que a população vá incorporando alguns pontos do debate. Se as organizações e movimentos populares colocarem em suas agendas as eleições para o Parlasul já será considerado um avanço no processo de representação dos povos no Parlamento do MERCOSUL.

## REFERÊNCIAS

- BAHIA, Saulo José Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BAUMGARTNER, Frank; JONES, Bryan. *Agendas and instability in American politics*. 2e. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2009.
- DAUSTER, Jorio. MERCOSUL-União Européia: rumo à associação inter-regional. in *Política Externa*, Vol. 4, nº4, março-maio de 1996. Ed. Paz e Terra e Núcleo de Pesquisa em Relações Internacionais e Política Comparada da USP.
- FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando (1999). *Executivo e Legislativo na nova Ordem Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed.FGV.
- JENKINS-SMITH, Hank; SABATIER, Paul. The study of public policy processes. In: SABATIER, Paul; JENKINS-SMITH, Hank (ed.). *Policy change and learning: an advocacy coalition approach*. Boulder: Westview Press, 1993. p. 1-9.
- LAFER, Celso (2001). *A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro*. São Paulo: Editora Perspectiva.
- MATTOS, Adherbal Meira. *Direito internacional Público – 2 ed.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MENEGUELLO, Rachel.(2010) “Aspectos do Desempenho Democrático: Estudo sobre a Adesão à Democracia e Avaliação do Regime”, in Moisés, J. A. (org)

Democracia e Confiança - Por que os Cidadãos Desconfiam das Instituições Públicas? São Paulo: Edusp.

OBREGON, Marcelo Quiroga. *A necessidade da aplicação do Direito Comunitário no MERCOSUL*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, Direito Internacional Público e Privado. Salvador: Jus Podivm, 2009.

TAUNAY FILHO, Jorge d'Escragnolle. O sentido da integração sul-americana. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/unasur26-6-07.htm>> acessado em 13 de setembro de 2012.

Tratado de Assunção, disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>> acessado em 10 de Setembro de 2012.

Tratado-Protocolo de Ouro Preto, disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/protocolo-de-ouro-preto-1>>, acessado em 10 de setembro de 2012.

WALTZ, Kenneth (2002). Teoria das Relações Internacionais. Lisboa: Gradiva.

# 5

## **A Constituição Sul-americana: uma nova proposta para a unidade no ordenamento jurídico do Cone Sul**

*Augusto José Pereira  
Pimentel Penha*

---

Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA. Bacharel em Direito/UFBA. Bacharelado em Admin. Empresas-FCS/BA. Químico Licenciado/UFBA.

**Resumo:** O presente artigo versa a respeito do projeto de elaboração da primeira Carta Magna Sul-americana, seus impactos sobre os ordenamentos jurídicos vigentes no continente, sua influência e possíveis efeitos sobre a sociedade, bem como as aspirações e interesses almejados pelas nações do Cone Sul.

**Sumário:** 1. Introdução: A primeira proposta de se confeccionar uma constituição sul-americana frente o estágio da realidade atual do Cone Sul – 2. Desenvolvimento: 2.1. Metodologia; 2.2. Discussões sobre o Tema – 3. Sugestões para elaboração de uma Carta Magna para o Cone Sul – 4. Conclusões – Referências.

### **1. INTRODUÇÃO: A PRIMEIRA PROPOSTA DE SE CONFECCIONAR UMA CONSTITUIÇÃO SUL-AMERICANA FRENTE O ESTÁGIO DA REALIDADE ATUAL DO CONE SUL**

Trata-se de suprir a lacuna de existência de um ordenamento jurídico único que contemple todas as nações sul-americanas sob a égide de uma única Carta Magna Sul-americana.

É mister que para a superação de obstáculos e confecção satisfatória deste projeto que:

- Se estructure gradativamente em um corpo constitucional convergente de todas as aspirações nacionais distintas;
- coadune com os anseios transnacionais e assegure-lhes seus direitos e deveres fundamentais como suas garantias individuais face às diferenças regionais.

Como afirmou Prof. Dr. Pedro Lenza<sup>2</sup> da USP: *"a missão de toda constituição é tornar seu povo feliz, pois de nada valeria uma Carta Magna repleta de princípios e regras bem delineadas e claras, se seu povo é infeliz"*.

Outrossim - nesta mesma linha de pensamento - o grande jurista da renomada Faculdade de Direito do Lago São Francisco, Prof. Dr. Dalmo de Abreu Dallari, já nos anos 50 asseverou que *"ao Estado brasileiro, compete-lhe cuidar de seu povo, de suas necessidades mais básicas e essenciais à população"*, a fim de que não ocorresse o que houve no Brasil e América do Sul em relação aos serviços de saúde, educação, moradia, entre outras necessidades.

A constituição deste continente austral conterà a harmonia e o equilíbrio dos anseios, desejos e aspirações dos povos e nações, deverá retratar um pensamento comum e similar a todos os eminentes signatários. Seu conteúdo deverá perfilar todos os aspectos deste hemisfério, seus modos contraditórios e conjugativos de convivência, suas peculiaridades históricas, seu imaginário, seus ideais que norteiam os seus estandartes e brasões das suas repúblicas.

## **2. DESENVOLVIMENTO**

Em 1852, o renomado jurista e pensador argentino Juan Bautista Alberdi escreveu um livro que seria o primeiro documento de trabalho para os constituintes: *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*.

As *"Bases"* de Juan Bautista Alberdi estão compostas de 36 capítulos e um projeto de Constituição. Foi escrita, rapidamente, em abril de 1852, para influir nas deliberações da Convenção Constituinte que se reuniria na cidade de Santa Fé, a partir de 20 de novembro desse mesmo ano.

Em sua obra, Alberdi analisa, em detalhes, o Direito Constitucional Sul-americano, criticando-o por ser, basicamente, cópias das constituições estadunidense e francesa, sem reconhecer as necessidades de

progresso econômico e material que os países sul-americanos tanto precisavam após o processo de independência.

Em sucessivos capítulos analisa as constituições da Argentina (Cap. III), Chile (Cap. IV), Peru (Cap. V), Colômbia (Cap. VI), México (Cap. VII), Uruguai (Cap. VIII) y Paraguai (Cap. IX).

Analisa, outrossim, as novas constituições da época, como a californiana (Cap. XI), que adotou como exemplo de seu ponto de vista constitucional. No capítulo XII, aborda a questão existente entre “*Monarquia e República*”, defendendo o presidencialismo como solução para as nações sul-americanas como vemos, no texto, a seguir:

*“Se atribuye a Bolívar este dicho profundo y espiritual: ‘Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes’. Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna. La república no puede tener otra forma cuando sucede inmediatamente a la monarquía; es preciso que el nuevo régimen contenga algo del antiguo;”*

A elaboração de uma constituição sul-americana abrangerá todas as vertentes possíveis pela sua dimensão e complexidade, diversidade e gama de variedades culturais do Cone Sul. Tendo como escopo atingir seus objetivos:

1. Objetivo Geral: Elaborar a Carta Magna para todo o Continente Sul-americano.
2. Objetivos Específicos: Buscar a integração dos sistemas jurídicos dos países do Cone Sul; e promover a manutenção de seus membros sob um mesmo ordenamento jurídico, congregando os princípios e valores constitucionais comuns a todo o continente.

Destarte, delineou-se a estratégia de compaginar as distintas questões, enfrentando as seguintes etapas:

#### I) **Estudo Comparativo e Integrativo entre os Ordenamentos Jurídicos**

Proceder um Estudo Comparativo e Integrativo entre os Ordenamentos Jurídicos de todas as nações que compõem o continente. Trata-se de um estudo concernente, assim, às Constituições das Repúblicas: Federativa do Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai, Equador, Peru, Bolívia, Colômbia, Venezuela e das Guianas Inglesa, Francesa e Holandesa.

## II) **Análise da Situação atual no Cone Sul**

Analisar as diversas variedades regionais, seus antagonismos, conflitos de fronteiras, culturais, civilizatórios e suas questões histórico-sociológicas no afã de compor um mapeamento de ações eficazes, sanear as relações diplomáticas e prevenir, mitigando os eventuais conflitos futuros.

## III) **Ampliação e Convergência dos Povos do Continente**

Proporcionar a ampliação e aproximação dos povos e diferentes nações através da integração participativa desde as suas populações para permitir uma convivência mais harmônica, aumentar o nível de tolerância entre os povos através da solidariedade continental.

Para tanto, dever-se-á conduzir as políticas de integração regional mais eficazes e que contemplem as aspirações e interesses nacionais e transnacionais.

Neste sentido, as atividades desportivas com seus campeonatos e certames, os congressos de diversas áreas, as diferentes efemérides regionais e sub-regionais já perfazem seu papel integrador e de coesão continental.

## IV) **Integração do Sistema Jurídico Regional**

Buscar a maior integração do sistema jurídico regional, mediante a integração das academias de ciências jurídicas, institutos de estudos jurídicos, centro de pesquisas, universidades, faculdades e empresas, para constituir um corpo de integrantes qualificados.

Este corpo de notáveis poderá contribuir, debater, aperfeiçoar e redigir a elaboração da Primeira Carta Magna do Continente Sul-americano, consoante as audiências públicas, consultas públicas e plebiscitos, todas as ações feitas em nível continental.

## V) **A Ampla Divulgação do Novo Ordenamento Jurídico**

Efetivar a ampla divulgação no continente americano do novo ordenamento jurídico continental, traduzindo-o ao espanhol, francês, inglês, holandês e dialetos nativos.

Nesta vertente, o Tribunal do Cone Sul já tem eleitos alguns representantes e integrantes e já desencadeia uma função de construção de uma Corte Jurídica Suprema sul-americana com autonomia e legitimidade transnacionais e supra-nacionais.

## VI) Coesão e Manutenção das Relações no Cone Sul

Prognosticar a uma coesão e a manutenção fáticas de mecanismos de relações quer internas, quer externas, que proporcionem a permanência efetiva e adaptação constante de todos os membros sob a égide deste novo ordenamento jurídico, no propósito de promover a busca de sua hilaridade como missão fundamental da América do Sul.

## VII) Aproveitamento de Experiências Anteriores

Aproveitar as experiências de blocos e de instituições já formados, tais como o MERCOSUL, o PARLASUL e a UNASUL para congregá-las no mesmo foco de ação com alinhamento horizontal com o novo ordenamento jurídico do continente, cerzindo possíveis anomalias ainda existentes neste hemisfério. Como asseverou o grande orador romano, Cícero: “a experiência é a mestra da vida.”

### 2.1. Metodologia

Segundo o Prof. Dr. Ricardo David Rabinovich-Berkman, Coordenador do Curso de Doutorado em Direito na UBA – Universidade de Buenos Aires:

*“la unión del continente sul-americano debería ocurrir desde abajo, a partir de la unión de los pueblos em sus niveles más sencillos del tecido social y, entonces, subir a las camadas más abastadas y a los niveles más complejos de los campos jurídico, económico e social hacia una unión continental más completa.”<sup>1</sup>*

Destarte, de forma muito perspicaz e sábia, o eminente professor argentino prognosticou uma união de todo o continente sul-americano mais segura e sólida, com alicerces fincados desde as camadas menos favorecidas, porém, que muito importam para o fortalecimento das relações enquanto contingente integrante dos povos e nações do mesmo continente.

É mister que se reconheça a necessidade de se consolidar um projeto de formação continental face aos seus diferentes aspectos sociais, econômicos, jurídicos, culturais, étnicos e de aspirações nacionais e continentais. Esta sólida formação basilar num continente com diversas diferenças de modos de vida, climas, culturas, relevos, tradições e povos servirá, seguramente, para evitar futuros conflitos, prevenindo o

---

1. Rabinovich-Berkman, Ricardo David. Congresso Internacional de Direito Civil e Processo Civil. Salvador/BA. (2012).

surgimento de revoltas, conflitos étnicos e raciais, antagonismos culturais e a derrocada de todo o processo integrativo no continente.

Como um exemplo mais enfático, temos a EU – União Europeia, que - por não se acautelar em promover uma coesão interna e uma blindagem externa entre seus diferentes povos e nações, repletos de divergências e antagonismos milenares, com visões e convicções diametralmente opostas -, cujos membros foram submetidos a uma ordem econômico-financeira entre estados e governos. Em consequência desta falta de prevenção e de uma prévia preparação de uma base mais concreta, neste projeto, terminaram por acarretar a complicada situação em que se encontra.

Desse modo, percebe-se a necessidade de se fincar os pontos comuns e buscar uma coesão continental com concretude e mais sólida em seus aspectos mais distintos. Como se costuma a afirmar que:

*“uma árvore de copa ampla tem raízes, igualmente, amplas e bem coifadas na terra”.*

Nesta vertente, a consolidação deste projeto de ordenamento jurídico único, obedece a uma metodologia abordada no item 2 e sub-itens; assim, a metodologia obedece à sequência:

- Busca de coesão gradativa dos povos e nações do continente;
- Consolidação do projeto de forma ascensional dentro do continente com a aproximação e superação de possíveis divergências;
- Promoção de um projeto de constituição única por intermédio de:
  - Estudo Comparativo e Integrativo entre os Ordenamentos Jurídicos;
  - Análise da Situação atual no Cone Sul;
  - Ampliação e Convergência dos Povos do Continente;
  - Integração do Sistema Jurídico Regional;
  - Ampla Divulgação do Novo Ordenamento Jurídico;
  - Coesão e Manutenção das Relações no Cone Sul;
  - Aproveitamento de Experiências Anteriores.

## **2.2. Discussões sobre o Tema**

- **Chavismo x Simon Bolívar:**

Simon Bolívar, intitulado *“Libertador das Américas”*, assim como San Martín, havia sonhado um continente sul-americano livre, unido,



soberano e próspero para os atuais habitantes. Também, o “*Poeta das Américas*”, Rubén Darío, manifestou seu desejo de liberdade às Américas.

Entretanto, o controvertido Presidente da Venezuela Hugo Chávez tem-se utilizado de ícones, valores e ideias históricas para fundamentar seu populismo e apelos considerados demagógicos com vistas à sua reeleição presidencial.

- **O Mercosul como uma realidade contemporânea:**

O MERCOSUL- Mercado Comum do Cone Sul, configurado entre Argentina, Brasil, Colômbia, Paraguai, Venezuela, Uruguai em contraposição à UE – União Europeia e a ALCA – Aliança de Livre Comércio das Américas, consolidou-se como um bloco econômico ainda que, de maneira prematura e com menos celeridade, sendo um projeto até então, vitorioso.

Esta conquista ocorreu a despeito da existência de antagonismos nacionais, provincianismos regionais, questões de fronteiras e hegemonia de poder no continente. Assim, o MERCOSUL tornou-se uma realidade, um bloco com afirmação contemporânea apesar da descrença de muitos conterrâneos e vizinhos neste continente.

- **A Função Integrativa da Constituição Sul-americana frente às Diferenças Regionais e os Antagonismos:**

O advento de uma Constituição única de origem sul-americana com inspiração no concerto de todas as nações do Cone Sul trará uma maior unidade e estreitamento nos relacionamentos internacionais e consolidará a coesão político-jurídica em todo o continente. Isso levará, seguramente, a sua superação gradual de conflitos que ainda perduram.

Analisando o quadro atual, vemos que a Argentina possui muitos antagonismos, configurados em seus provincianismos regionais internos, além de atavismos com tradição peronista que relutam em conviver na disputa entre os partidos “*blancos*” e “*colorados*”.

Também, o Chile apresenta divergências e limitações de relacionamentos com seus povos pré-colombianos, quer na adaptação destes povos, quer de ordem inversa, na assimilação de sua cultura pelo povo chileno; os *aimarás*, também, falantes de uma língua original e de base onomatopaica e de uma cultura milenar. Necessitam fortalecer suas economias com seus poucos recursos naturais e energéticos.

Os países andinos como Peru e Bolívia enfrentam oposição de suas populações indígenas de forte expressão cultural, como os já

mencionados aimarás, e os *quéchuas* \_ quase três milhões de falantes desta língua e praticantes desta cultura; a Bolívia necessita de redefinição mais madura e contemporânea de sua produção de hidrocarbonetos e de soberania regional, com auto-suficiência energética.

A Colômbia enfrenta uma guerrilha interna das FARC - Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, que enfraquece a soberania de seu governo central e minimiza seu poder e influência na região amazônica.

A Venezuela sofre um processo de auto-afirmação econômica e de sua soberania, com crises institucionais de caráter político-econômico, perpetuando o “Chavismo”.

O Equador apresenta um frágil economia, dolarizada, necessitando maior aproximação, um “*mejor acercamiento*” face às demais nações no Continente.

O Paraguai vivencia um momento delicado em relação à Hidrelétrica de Itaipu Binacional, bem como referente a sua reforma agrária e questões de fronteira agrícola com o Brasil.

O Uruguai - nossa ex-Província Cisplatina - encontrou no Presidente Mujica, um prudente líder para seu povo e um sagaz empreendedor. Evitando disputas regionais, a denominada “Suíça das Américas” busca exercer sua influência, definir melhor sua parceria e seu papel de co-irmã do bloco do MERCOSUL, em seus aspectos econômicos de coadjuvante do Brasil.

As Guianas Francesa, Inglesa e Holandesas são vizinhas do Brasil e mantêm uma relação de convivência tranquila e de aproximação na região norte do Brasil.

### **3. SUGESTÕES PARA ELABORAÇÃO DE UMA CARTA MAGNA PARA O CONE SUL**

**3.1.** Convocar uma Primeira Assembléia Constituinte Continental composta de membros representativos de todas as nações sul-americanas: Assembléias Nacionais, Cortes Supremas e Segmentos Representativos do Poder Central dos Governos das Repúblicas Sul-americanas.

**3.2.** Proceder conforme Juan Bautista Alberdi, um estudo comparativo de todas as constituições à luz da contemporaneidade, com suas doutrinas mais modernas e suas jurisprudência mais atualizadas.

**3.3.** Submeter ao crivo intelectual de um Colégio de Notáveis, egressos das maiores instituições do Continente a proposta de Primeira Constituição do Cone Sul.

**3.4.** Possibilitar às diversas populações a participação, com sugestões, alterações e novas proposições de inserção na nova Carta Magna através de audiências públicas, consultas públicas e plebiscitos em todas as nações que compõem este hemisfério sul-americano.

#### **4. CONCLUSÕES**

Em relação a tudo que se apresentou, pode-se afirmar, seguramente, que o projeto de elaboração da primeira **Carta Magna do Cone Sul** deverá ser concretizado mediante a busca de coesão de todas as nações. Uma busca de unificação de aspirações comuns continentais. Identificação de valores, princípios e regras que respeitem a soberania, o direito à auto-determinação dos povos no hemisfério austral; a não interferência em seus assuntos internos e a convivência pacífica e harmônica em todo o Continente Sul.

Assim como o grande jurista baiano Augusto Teixeira de Freitas realizou a grande obra de “*Consolidação das Lei Civis*”, uma fonte de inspiração a muitos códigos civis na América do Sul, a Constituição do Continente Sul-americano servirá como estrela-guia a todos os povos que viverão sob sua égide de magnífica formação pacífica e integradora no Cone Sul.

#### **REFERÊNCIAS**

- ALBERDI, Juan Bautista. Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina. Buenos Aires: La Facultad, 1852.
- BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2009.
- CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010.
- LENZA, Pedro. Curso de Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RABINOVICH-BECKMAN, Ricardo David. Derechos Humanos. Una introducción a su naturaleza y a su historia. 1ª ed. Buenos Aires: Quorum, 2007.
- SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010.



# 6

## **O acesso à justiça por povos e comunidades tradicionais e a Organização dos Estados Americanos (OEA): a recente crise de legitimidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pós Caso Belo Monte e o papel do Brasil e do Mercosul nesse contexto**

*Carolina Grant*

---

Professora da Universidade Salvador (UNIFACS). Professora da Faculdade Baiana de Direito (FBD). Professora substituta da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FDUFBA). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

**Resumo:** Através da análise final, crítica e contextualizada, da postura assumida recentemente pelo governo brasileiro no que concerne ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), sobretudo após as decisões e recomendações referentes ao Caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, cotejada com os ataques que países membros do Mercosul têm feito à OEA e ao SIDH, o presente trabalho propõem-se a discutir, em breves linhas, os temas do acesso à justiça (nacional e internacional) por parte dos povos e comunidades tradicionais e a legitimidade/credibilidade de um dos maiores e mais antigos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos do mundo, diante de um cenário de crescente globalização, surgimento de novos atores (sujeitos de direito internacional), necessária interpenetração das ordens nacional e internacional, comunitarização de valores e imperioso fortalecimento do multilateralismo e do Estado de Direito Internacional.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Povos e comunidades tradicionais; Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

**Abstract:** Through an critical and contextualized analysis of the recent position assumed by the Brazilian government about the Inter-American System of Human Rights (ISHR), especially after the decisions and recommendations concerning the case of Belo Monte Hydroelectric, collated with the attacks that Mercosur member countries have done to the OAS and the ISHR, this paper discusses, briefly, the issues of access to justice (national and international) by the peoples and traditional communities and legitimacy / credibility of one of the largest and oldest regional systems of human rights protection in the world, considering a scenario of increasing globalization, the emergence of new actors (subjects of international law), necessary interpenetration of national and international orders, sharing of values and imperious strengthening of multilateralism and the International State of Law.

**Keywords:** Access to Justice; Peoples and traditional communities; Inter-American System of Human Rights (ISHR).

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O acesso à justiça por povos e comunidades tradicionais: 2.1. Povos e Comunidades tradicionais; 2.2. Dimensões do acesso à justiça; 2.3. O acesso à justiça por parte dos novos atores sociais e o judiciário brasileiro – 3. A Organização dos Estados Americanos e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): algumas notas iniciais: 3.1. Breve histórico da organização e do SIDH; 3.2. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a legitimidade para acioná-las – 4. O Caso “Belo Monte”: a decisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a reação do Brasil – 5. A crise de legitimidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o papel do Brasil e do Mercosul nesse contexto – 6. Conclusão – Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade civil organizada, em geral, e os povos e comunidades tradicionais, em específico, passaram a contar com um aparato e instrumental jurídico destinado à salvaguarda dos seus direitos e interesses seculares com o advento da Lei nº. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), para além da já existente Lei nº. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), mas, sobretudo, a partir da ratificação da Convenção nº. 169 (sobre Povos Indígenas e Tribais) da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2002, e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, pelo Brasil, bem como após a edição do Decreto nº. 6.040/2007 (que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais).

Estes novos atores têm protagonizado, nos últimos anos, os casos e discussões mais contundentes, na esfera jurídica, em termos de demandas coletivas e conjuntura de forças sócio-históricas, culturais e

ambientais (Transposição do Rio São Francisco, Belo Monte, Pinheirinho, Quilombo Rio dos Macacos, dentre outros). Não obstante, falar em acesso à justiça por parte dos povos e comunidades tradicionais ainda é tópico carente de discussão no que tange à efetividade deste acesso (em ambas as dimensões, formal e material) e à realização dos direitos tutelados tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto pela ordem jurídica internacional.

É nesse contexto que se discute a atuação e eficácia do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), mecanismo criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) para o controle às violações, promoção e proteção dos Direitos Humanos nos países membros, em caráter subsidiário aos sistemas jurisdicionais internos.

Até o pronunciamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do Caso Belo Monte, em que a Comissão solicitou ao Estado brasileiro a adoção de medidas urgentes para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas afetadas, recomendando a imediata suspensão do processo de licenciamento da usina hidrelétrica, no Pará, até que fossem observadas condições mínimas tais como a realização de consulta prévia, livre e informada às comunidades da região, o Brasil vinha adotando uma postura de respeito e sujeição ao Sistema, responsável por significativas alterações legislativas e criação de políticas voltadas ao combate à transgressão e à consequente implementação dos direitos humanos no país, o que repercutiu inclusive, na criação da Comissão da Verdade.

Após o referido pronunciamento, contudo, o Estado brasileiro passou a adotar uma outra postura, considerada por muitos internacionalistas como agressiva e desproporcional frente ao SIDH, suspendendo o repasse de verbas, convocando o seu representante na OEA, revogando candidaturas e questionando estrutura e competências do Sistema. Essa postura do Brasil, grande líder regional no cenário latino-americano e país que tem despontado em termos de atuação política e econômica no plano internacional como um todo, conjugada com a recente saída da Venezuela da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, dentre outros posicionamentos de países membros ou associados do Mercosul, aponta para o enfraquecimento do SIDH.

Se confirmada, a reação do Brasil poderá desencadear, portanto, um incontestável e inédito retrocesso em termos de proteção aos direitos humanos nas américas e, principalmente, no país, abalando, no que

concerne ao recorte deste artigo, gravemente o acesso à justiça por parte dos povos e comunidades tradicionais, maiores vítimas das violações decorrentes do processo de construção do Complexo Hidrelétrico de Belo Monte.

## **2. O ACESSO À JUSTIÇA POR POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS**

A compreensão de acesso à justiça, conforme se verá a seguir, abarca, aqui, tanto a dimensão formal, de acesso ao judiciário, seus mecanismos e instâncias, nacionais e internacionais, quanto a dimensão material, entendida como efetivação e salvaguarda de direitos (humanos) e garantias fundamentais. Sobre os povos e comunidades tradicionais, os aspectos *históricos* e *culturais* que os conformam, dentre outros, ganham destaque na delimitação da necessidade de tutela de seus interesses e no reforço às perspectivas de acesso à justiça em todas as suas dimensões.

### **2.1. Povos e Comunidades tradicionais**

O conceito de povos e comunidades tradicionais foi bem sintetizado pelo texto do art. 3º, inciso I, do Decreto nº. 6.040/2007, *in verbis*:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

*I - Povos e Comunidades Tradicionais*: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

*II - Territórios Tradicionais*: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e

*III - Desenvolvimento Sustentável*: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras. (Grifo nosso).



Da leitura do dispositivo citado, depreende-se que a marca distintiva destes povos e comunidades corresponde a um processo diferenciado, próprio, de construção sócio-histórica-cultural, materializado, inclusive, na relação com a terra e ocupação de territórios seculares, tanto que o artigo 3º traz ainda, em seu inciso II, a delimitação conceitual também dos *territórios tradicionais*, caracterizados como espaços *necessários* à reprodução cultural, social e econômica destes grupos.

Aqueles, pois, que visivelmente mais se enquadram na categoria ora delineada são os povos indígenas e quilombolas, mas não só, também as demais comunidades que desenvolveram formas singulares de organização social, capazes de repercutir no vínculo que têm com a terra e determinados espaços, como as comunidades ribeirinhas<sup>1</sup> e os fundo/ fecho de pasto nordestinos<sup>2</sup>, podem ser consideradas *tradicionais* para os fins da especial proteção iniciada a partir da elaboração do Decreto nº. 6.040/07.

No caso da construção do Complexo Hidrelétrico de Belo Monte, especificamente, de acordo com informações obtidas através do “Movimento Xingu Vivo para Sempre” (MXVPS)<sup>3</sup> – coletivo de organizações,

1. O projeto “Inteligência Socioambiental Estratégica da Indústria de Petróleo na Amazônia – Piatam” reúne neste volume os estudos que desvelam o mundo da superfície, o mundo natural dos agricultores-pescadores familiares que formam a população rural do trecho afetado pelo transporte de gás e petróleo no Amazonas. Em especial, o mundo que emerge das relações ecológicas e socioeconômicas que se estabelecem entre as comunidades de agricultores familiares ribeirinhos e os recursos naturais renováveis das florestas, campos, lagos e rios de onde brotam e por onde se faz transpassar os recursos do mundo subterrâneo. O mundo da superfície há que torná-lo conhecido e conhecê-lo para poder manter as suas integridades. É necessário cuidar de que a avaliação dos impactos advindos da nova indústria do petróleo e gás na Amazônia tome em conta que esse mundo está em sua rota evolutiva e ponto de equilíbrio dinâmico próprios, construídos nos séculos de formação da sociedade local e nos milhares de anos de existência dos ecossistemas de superfície atuais. (FRAXE; PEREIRA; WITKOSKI, 2007, p. 07).
2. Pode-se entender o Fundo de Pasto como uma experiência de apropriação de território típico do semi-árido baiano caracterizado pelo criatório de animais em terras de uso comum, articulado com as áreas denominadas de lotes individuais. Os grupos que compõem esta modalidade de uso da terra criam bodes, ovelhas ou gado na área comunal, cultivam lavouras de subsistência nas áreas individuais e praticam o extrativismo vegetal nas áreas de refrigério e de uso comum. São pastores, lavradores e extrativistas. São comunidades tradicionais, regulamentados internamente pelo direito consuetudinário, ligados por laços de sangue (parentesco) ou de aliança (compadrio) formando pequenas comunidades espalhadas pelo semi-árido baiano (ALCANTARA e GERMANI, 2009, p. 13).
3. In <http://www.xinguvivo.org.br/>

movimentos sociais e ambientalistas da região de Altamira e das áreas de influência do projeto da hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, que historicamente se opuseram à sua instalação no rio Xingu –, na região impactada pelo projeto habitam cerca de 40 (quarenta) Povos Indígenas, 25 (vinte e cinco) mil indígenas de quatro troncos linguísticos diferentes e grupos indígenas em isolamento voluntário, além de milhares de ribeirinhos, citadinos, extrativistas e agricultores familiares. No total, a obra forçará o deslocamento de pelo menos 40.000 (quarenta mil) pessoas.

## 2.2. Dimensões do acesso à justiça

Ao assumir, então, como pressuposto, a conceituação de povos e comunidades tradicionais acima indicada, imperiosa se faz, também, a análise do acesso à justiça ora defendido e pleiteado em suas duas dimensões: formal e material. Para tanto, partimos das considerações iniciais de Mauro Cappelletti:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – *o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.* Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 03 – grifo nosso).

Cappelletti, em sua consagrada obra sobre acesso à justiça, irá tratar principalmente do aspecto formal deste acesso, consubstanciado no acesso *ao judiciário*, aos *mecanismos processuais/judiciais de realização* da justiça. Para tanto, um dos pontos abordados pelo jurista italiano é a coletivização das demandas na sociedade contemporânea e a tutela dos interesses difusos.

Nesta abordagem, o que se percebe nitidamente é uma preocupação com a superação do modelo de estado liberal de garantias formais, em que se *proclamam* direitos, a fim de que se alcance e perfaça, em sua plenitude, o modelo do estado social (*welfare state*)<sup>4</sup>, voltado para a real

---

4. À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir

*efetivação* dos compromissos firmados através das constituições democráticas mais recentes. Cappelletti assinala, por fim, a ressignificação ou releitura dos direitos humanos à luz da necessidade de uma postura mais ativa do Estado, bem como da obrigatoriedade deste em prover os cidadãos (aqui diríamos cidadãos globais) de meios capazes de tornar efetiva a realização dos direitos proclamados, conferindo ao acesso à justiça (em seu aspecto formal, mas interpretado sob uma ótica substancialista) o *status* de premissa basilar dos direitos humanos em geral, pressuposto fundamental e indispensável à sua consecução.

[...] Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos (6). Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos (7). De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação (8). O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos todos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, pp. 04-05).

A dimensão formal do acesso à justiça traduz-se, portanto, em aparato judicial, instrumentos jurídicos (ações) e legitimidade/direito de ação – no caso deste trabalho, tanto nacionais, quanto internacionais.

Em caráter complementar, resgatando-se as notas preliminares de Cappelletti, quando menciona *resultados que sejam individual e*

---

do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter coletivo que individual, as sociedades modernas deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas "declarações de direitos", típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos (3). Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados (4). Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação (5). [...]. (CAPPELLETTI, GARTH, 2002, p. 04).

*socialmente justos*, tem-se evidenciada a dimensão material do acesso à justiça, que compreenderemos, neste trabalho, como o respeito e a realização de direitos (humanos) e garantias fundamentais.

Nesse sentido, além dos dispositivos constitucionais que tratam da proteção ambiental (art. 225) e, sobretudo, indígena (art. 231 e art. 232), bem como da legislação infraconstitucional específica aplicada ao Caso Belo Monte, alguns diplomas internacionais, que integram o conjunto de direitos humanos na Comunidade Internacional e, no Brasil, possuem o *status* de norma constitucional fundamental, necessitam ser citados, quais sejam:

- 1) Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948, incorporada pelo Brasil apenas em 1992);
- 2) Convenção nº. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (de 1989, ratificada pelo Brasil em 2002);
- 3) Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (de 1993, incorporada pelo Brasil em 2007);
- 4) Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (de 1998, ratificada pelo Brasil em 2002/2003);
- 5) Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (de 2001) e Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (de 2005, ratificada pelo Brasil em 2007).

Esse conjunto de dispositivos normativos revelam a necessidade de observância e salvaguarda, dentre outros, do seguinte rol de direitos que têm sido violados no curso do projeto de construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, tal qual se demonstrará no próximo tópico:

- a) Reconhecimento das identidades étnicas e territoriais dos povos e comunidades tradicionais afetados;
- b) O direito de serem devidamente informados e consultados a respeito da transposição, em observância à Convenção n. 169 da OIT e à Constituição Federal Brasileira (1988);
- c) O direito de acesso à justiça (formal e material) e participação efetiva no processo de tomada de decisões que afetem os seus interesses;
- d) A garantia de segurança e de um tratamento justo e igualitário pelo sistema de justiça do país, fazendo cessar as ações violentas e criminalizadoras cometidas contra lideranças indígenas;

- e) O direito à autodeterminação indígena e um modelo de desenvolvimento sustentável que respeite a natureza e seus modos de vida e produção.

Em razão da relevância e essencialidade deste rol de direitos, o Brasil, enquanto país signatário, necessita empregar ainda mais esforços para tornar efetivos os correspondentes compromissos firmados em âmbito internacional, através da prática dos seus Tribunais (e de todas as demais esferas estatais de poder), bem como equiparando a violação a estes direitos a uma violação a qualquer dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, senão considerando a primeira transgressão inclusive mais gravosa que a segunda. Para tanto, reitera-se a necessária interpenetração das ordens nacional e internacional, bem como ressalta-se o primordial papel da atuação das Cortes Domésticas na efetivação dos direitos supralistados. Não é essa postura, contudo, que se tem observado.

### **2.3. O acesso à justiça por parte dos novos atores sociais e o judiciário brasileiro**

Com base nas acepções de justiça formal e material discutidas, é possível promover-se uma breve, porém precisa, análise da forma como se tem dado (ou não) o acesso à justiça pelos novos atores sociais (sociedade civil organizada, em geral, e povos e comunidades tradicionais, em específico) no âmbito do judiciário brasileiro – a partir da qual destacar-se-á o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nesse contexto. Para tanto, serão consideradas duas decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal: uma relativa ao Caso da Transposição do Rio São Francisco e outra referente ao Caso Belo Monte.

O polêmico julgamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, do Agravo Regimental em sede da Ação Cível Originária nº. 876, veiculado através do Informativo nº. 493 (STF), de dezembro de 2007, suscitou a discussão acerca da *legitimidade ativa*<sup>5</sup> das associações civis e demais re-

---

5. O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que indeferira pedido de liminar em ação civil pública, movida contra a União e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, que visa à preservação do meio ambiente que supostamente estaria sendo ameaçado em face da iniciativa da União em desenvolver o Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste

*apresentações diretas dos povos e comunidades tradicionais afetados pelo “Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional” no processo judicial brasileiro. Essa parte da decisão fere amplamente o direito de acesso à justiça em sua acepção formal, de acesso aos mecanismos judiciais de realização da justiça, isto é, de acionar/participar/interferir no processo judicial e pleitear direitos diretamente.*

Não bastassem, entretanto, as violações ao acesso formal, a decisão prossegue no sentido de desconsiderar a existência de irregularidades na expedição da licença para a execução da obra, afirmando ser despidendo, “prescindível”, o consentimento dos povos indígenas habitantes da região para a implementação do projeto<sup>6</sup>. Ou seja, as garantias mais

---

Setentrional. Alega o autor, ora agravante, que não teriam sido observadas normas de proteção ambiental, procedimentos de licenciamento ambiental e regras dos recursos hídricos. A decisão agravada, preliminarmente, reconhecera a ilegitimidade ativa de associações civis e a inoccorrência de substituição, por elas, dos entes federados legitimados para figurar em ação originária, fundada no art. 102, I, f, da CF, bem como a ilegitimidade das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil da Bahia e do Sergipe, ao fundamento de que haveria de atuar o Conselho Federal da OAB (Lei 8.906/94, art. 54, XIV), por se pretender, no caso concreto, evitar ato da União que atinge diversos Estados-membros, controvérsia que ultrapassaria os limites territoriais das atribuições desses conselhos. No mérito, levava em conta a fase em que se encontrava o referido projeto, considerando não ter sido comprovado o início de nenhum ato modificador do meio ambiente, antes da necessária concessão da licença de instalação. ACO 876 MC-AgR/BA, rel. Min. Menezes Direito, 19.12.2007. (ACO-876). (Grifo nosso).

6. No mérito, concluiu-se não existir irregularidade na expedição da licença de instalação questionada ou descumprimento da decisão agravada, não estando presente requisito capaz de autorizar o deferimento da medida liminar para paralisar a execução da obra. Esclareceu-se, primeiro, que a decisão agravada considerara exclusivamente o alcance da licença prévia e não da licença de instalação do projeto, ora questionada, e que essa decisão, apesar de fazer menção a relevantes aspectos sobre eventuais audiências públicas e sobre possíveis estudos complementares, não impusera qualquer exigência a respeito desses aspectos. Asseverou-se, também, que, segundo parecer técnico do IBAMA, das 31 condicionantes mencionadas na licença prévia apenas 6 teriam sido parcialmente atendidas, tendo as demais sido cumpridas na integralidade, o que seria suficiente para passar à fase seguinte do processo, que consiste na emissão da licença de instalação. Afirmou-se, por outro lado, terem sido traçados inúmeros programas e planos, detalhadamente, para viabilizar as obras com a devida proteção do meio ambiente e justificar a concessão da licença de instalação. Ressaltou-se que a execução do projeto, na forma como planejada, mesmo diante de ajustes ou alterações necessárias, seguindo rigorosamente os programas e planos apresentados pelo IBAMA e com fiscalização permanente, não autorizaria, no que se refere à garantia da preservação da natureza, a intervenção do Poder Judiciário na execução de política pública, cuja definição estaria no âmbito do Poder Executivo, considerando não existir nenhuma

basilares previstas tanto no texto constitucional, quanto nos diplomas internacionais supracitados, no que tange ao processo de informação e consulta dos povos e comunidades impactados, bem como ao seu direito à autodeterminação, dentre outros, foram peremptoriamente ignoradas.

No Caso Belo Monte, a situação de flagrante desrespeito ao acesso à justiça se repete (predominantemente na acepção material do termo, embora aspectos formal e material se encontrem, nesse contexto, sobremaneira imbrincados), sobretudo no que se refere à ausência de participação dos povos indígenas (dentre outras comunidades tradicionais) no processo de tomada de decisões e à violação aos seus direitos humanos e constitucionais.

Considerado a maior obra do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal, o projeto de construção do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte (AHE Belo Monte) na Bacia do Rio Xingu, no Pará, tem sido o foco de consternações, questionamentos, reivindicações e violação (potencial e concreta) a direitos humanos desde a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), em 2009.

De acordo com o Movimento Xingu Vivo, o Complexo Belo Monte representa uma ameaça de impacto irremediável para a vida e a integridade das comunidades indígenas, ribeirinhas e cidadinas da região, ocasionando o deslocamento forçado, insegurança alimentar e hidrológica, perda de água potável, aumento da pobreza e migração desordenada, o que sobrecarregará os já carentes sistemas de saúde, educação e segurança pública em cidades como Altamira. Ademais, a bacia hidrográfica do Rio Xingu corresponde a um ícone da diversidade cultural e biológica do Brasil; o rio percorre mais de 2.300 (dois mil e trezentos) quilômetros, marcados por uma enorme diversidade de ambientes aquáticos e paisagísticos. Na bacia do Xingu, foi se consolidando um extenso mosaico de unidades de conservação e Terras Indígenas ao longo do curso do rio; não obstante, apesar dos instrumentos legais de proteção das terras

---

violação de norma legal ou constitucional neste momento. Reputou-se, ainda, prescindível a autorização do Congresso Nacional e o consentimento prévio de populações indígenas para implantação do empreendimento (CF, art. 231, § 3º), tendo em conta que o projeto não aproveitaria recursos hídricos localizados dentro das terras indígenas e que, ao invés de prejudicar, poderia inclusive resolver problema de escassez de que padeceria certa comunidade indígena. ACO 876 MC-Agr/BA, rel. Min. Menezes Direito, 19.12.2007. (ACO-876). (Grifos nossos).

indígenas e unidades de conservação, a bacia tem sofrido graves ingerências causadas pela ação humana.

No âmbito jurídico, o Caso Belo Monte tem levado a constantes in-das e vindas. Embora a decisão da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tenha reconhecido a violação aos direitos dos povos e comunidades tradicionais (sobretudo indígenas) assegurados pela Constituição Federal e pela Convenção nº. 169 da OIT, confirmando o voto da relatora<sup>7</sup> que decidira pela suspensão da execução do projeto, em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, do Ministro Carlos Ayres Brito (de 27/08/2012), as obras voltaram a ser liberadas, sob argumentos que envolviam muito mais a *técnica* jurídica, do que os riscos substanciais envolvidos<sup>8</sup>. Esse momento atual serve apenas de exemplo do que veio

- 
7. [...] 13. Dentre as regras da Convenção 169 da OIT que são invocados pelo autor ministerial, ora apelante, ressaltem-se as seguintes, no que concerne a presente demanda: a) o direito de consulta sobre medidas legislativas e administrativas que possam afetar os direitos dos povos indígenas; b) o direito de participação dos povos indígenas, pelo menos da mesma maneira assegurada aos demais cidadãos, nas instituições eletivas e órgãos administrativos responsáveis por políticas e programas que lhes afetam; c) o direito dos povos indígenas decidirem suas prioridades de desenvolvimento, bem como o direito de participarem da formulação, implantação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que lhes afetem diretamente. [...] 28. O Estado brasileiro comprometeu-se internacionalmente a aplicar a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, mas no caso em exame, a desconsiderou. As diversas reuniões levadas a efeito pelo órgão responsável pela política indigenista, a FUNAI, e o órgão ambiental, o IBAMA, tiveram objetivo de informar às comunidades a decisão do Congresso e suas repercussões na localidade, isto é, foram encontros para esclarecimento e informação aos povos da bacia do Rio Xingu, mas não se deu o processo de diálogo previsto no artigo 6º nem a participação prevista no artigo 7º da Convenção 169 da OIT. O procedimento legislativo que conduziu a edição do Decreto Legislativo 788/2005 não observou também as prescrições do artigo 6º da referida Convenção e uma prova do fato é a inexistência em seu texto das ações mitigadoras e reparadoras para os danos da região, principalmente da Volta Grande do Xingu, como resultado de um processo de diálogo com os atingidos. [...]. (TRF1 - 5ª Turma - Apelação Cível 2006.39.03.000711-8/PA; Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida; 17.10.2011 - Voto - Grifos nossos).
8. Decisão: vistos, etc. Trata-se de reclamação constitucional, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pela União e pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), contra ato do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ato consubstanciado em acórdão que acolheu parcialmente os Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8. [...] Todavia, a decisão paradigmática (SL 125), em homenagem à ordem e economia públicas, autorizou a atuação do IBAMA e dos demais órgãos responsáveis pela continuidade do processo de licenciamento ambiental da obra da UHE Belo Monte, não obstante continuar existindo a pendência judicial. E tal decisão vigora até o trânsito em julgado “da decisão



ocorrendo desde o início da implementação do projeto, o qual praticamente não cessou, até então, mesmo eivado de irregularidades desde a sua concepção.

Com efeito, face às dificuldades encontradas pelos novos atores sociais em termos de acesso à justiça perante o judiciário brasileiro, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) vinha se mostrando uma opção necessária e válida, ainda que subsidiária, na tentativa de real promoção, proteção e controle às violações aos direitos humanos, senão pela efetividade dos seus mecanismos de execução de decisões (um problema recorrente em se tratando de organismos internacionais, dadas as características remanescentes do modelo clássico de Sociedade Internacional, marcada pelo predomínio quase absoluto da soberania estatal, pelo voluntarismo e ausência de sanções, bem como de quem as aplique), pela força política de pressão que vinha exercendo, sobretudo no Brasil, passível de ocasionar significativas mudanças de postura.

### **3. A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS (SIDH): ALGUMAS NOTAS INICIAIS**

#### **3.1. Breve histórico da organização e do SIDH**

A Organização dos Estados Americanos (OEA) foi criada em 1948 com o objetivo de resguardar e preservar a paz e a segurança nas Américas, por intermédio da instauração de mecanismos de cooperação e resolução pacífica de controvérsias. A Organização surgiu a partir da assinatura da Carta de Bogotá e sua ulterior ratificação por 35 (trinta e cinco)

---

de mérito na ação principal”, de acordo com o § 9º do art. 4º da Lei nº 8.437/92 e o § 3º do art. 297 do RI/STF. Logo, ao conferir “eficácia plena” à “decisão mandamental” e determinar a intimação do Presidente do IBAMA “para fins de imediato cumprimento”, o acórdão reclamado violou, neste juízo provisório, a autoridade da decisão deste Supremo Tribunal Federal na SL 125. 9. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pela Quinta Turma do TRF da 1ª Região nos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8, o que faço sem prejuízo de u’a mais detida análise quando do julgamento do mérito. 10. Solicitem-se informações ao reclamado. Após, encaminhe-se o processo ao Procurador-Geral da República. Comunique-se, com urgência. Intime-se. Publique-se. Brasília, 27 de agosto de 2012. Ministro AYRES BRITTO Presidente Documento assinado digitalmente. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000215764&base=basePresidencia>>. Acesso em: 20 set. 2012).

Estados do continente americano. No momento de sua constituição, dois textos que faziam alusão aos direitos humanos foram adotados: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta interamericana de garantias sociais, sendo que esta última nunca entrou em vigor.

Em 1959, os Estados membros da OEA acordaram em formar um organismo interamericano de controle das violações aos direitos humanos, qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista a situação da República Dominicana (regime de Trujillo) e de Cuba (Fidel Castro). A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH ou Pacto de San José da Costa Rica), marco inaugural do atual Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), só foi adotada, contudo, em 1969 e somente entrou em vigor em 1978. A Convenção previa uma Comissão e uma Corte para conhecer das questões relativas à execução dos compromissos firmados pelos Estados-partes através da ratificação do seu texto; a Comissão já existia e foi apenas adaptada, enquanto a Corte foi instalada em 03 de setembro de 1979, na cidade de San José, na Costa Rica.

### **3.2. A atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a legitimidade para acioná-las**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada a partir da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, ocorrida em 1959, em Santiago do Chile, é um órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), que começou a operar em 1960 com a função principal de promover o respeito e a implementação dos direitos previstos tanto na Carta da OEA, quanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, servindo como órgão consultivo nestas matérias. A princípio, a Comissão funcionaria apenas até o advento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH); todavia, como o texto da Convenção previa a sua existência, apenas com novas funções, a Comissão foi mantida.

A sua atuação, hoje, sofre um desdobramento funcional em razão do fato de existirem Estados que não ratificaram a CADH, isto é, a CIDH pode funcionar tanto como órgão da OEA (para os países que se encontrem vinculados apenas pela Declaração Americana), quanto como órgão da Convenção (para os Estados que a ratificaram). Dessa forma, os Estados que não aderiram à Convenção Americana ainda podem acionar a

Comissão, que fará, caso julgue necessário, recomendações aos seus respectivos governos, no combate às possíveis violações a direitos humanos ocorridas em seus territórios, uma vez que estes Estados se encontram sujeitos às obrigações assumidas nos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana de Direitos Humanos de 1949. Caso as recomendações da CIDH não sejam atendidas, o órgão estará autorizado a acionar a Assembleia Geral da OEA, a fim de que sejam aplicadas sanções, na medida em que, enquanto órgão político do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), a Assembleia tem a incumbência de zelar pelo cumprimento das disposições contidas na carta constitutiva da organização.

Na defesa dos direitos humanos no âmbito dos Estados americanos, a CIDH possui as seguintes atribuições funcionais, dentre outras:

- Receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações aos direitos humanos, segundo a previsão dos artigos 44 a 51 da Convenção;
- Acompanhar o cumprimento geral dos direitos humanos pelos Estados membros, e, quando considerar conveniente, publicar informações especiais sobre a situação em cada país;
- Realizar visitas in loco aos países para aprofundar a observação geral da situação e/ou investigar uma situação particular.
- Apresentar recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.
- Requerer aos Estados membros que adotem “medidas cautelares” específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes.
- Solicitar que a Corte Interamericana requeira “medidas provisórias” aos Governos em casos urgentes, de grave risco às pessoas, ainda que o caso não tenha sido submetido à Corte, assim como remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios.

Sem dúvida, é preciso ressaltar, uma das principais funções da Comissão é justamente a de examinar as comunicações enviadas por indivíduos, grupos e/ou ONGs legalmente reconhecidas em ao menos um dos países da OEA acerca das potenciais violações a direitos humanos promovidas em um Estado membro. Esta função ganha primordial relevo

quando se observa que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), diferentemente do que ocorre no Sistema Europeu, ainda não foi conferido aos indivíduos o direito de ingressar diretamente em juízo, de acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos (*jus standi in judicio*); por isso, o papel e a atuação da CIDH tornam-se fundamentais, pois ao peticionarem à Comissão, os indivíduos poderão convencê-la a ensejar uma demanda internacional contra o Estado violador, quer perante a Corte Interamericana (se o Estado em questão tiver reconhecido a sua jurisdição contenciosa), quer perante a Assembleia Geral da OEA (caso o Estado não tenha aderido à CADH)<sup>9</sup>.

Uma outra observação que merece destaque é que a regra geral do prévio esgotamento das vias judiciais internas dos Estados membros para que se possa acionar a CIDH tem sido flexibilizada face à comprovação da inobservância da garantia do devido processo legal nas instâncias

- 
9. Quando uma petição cumpra todos os requisitos de admissibilidade, nem a Secretaria nem a Comissão podem se negar a dar curso ao procedimento. Assim, para proceder a análise dos fatos alegados, a Comissão deve primeiramente solicitar informações ao governo do Estado denunciado, transcrevendo partes pertinentes da petição na comunicação. Nesse momento, o Estado tem uma primeira oportunidade de se defender das acusações feitas na petição. Posteriormente, a parte denunciante analisa a resposta do Governo, podendo acrescentar provas e demais observações. A Comissão reenvia as denúncias ao Estado, que encaminhará suas observações finais. Em seguida, uma audiência probatória é marcada. [...] A Comissão, por sua vez, elabora recomendações declarando se houve ou não violação das normas expressas na Convenção Americana ou na Declaração. Se a Comissão achar necessário, ela poderá, desde que com a permissão dos Estados, realizar uma investigação. Caso se chegue a uma solução amistosa, a Comissão redigirá um informe à Secretaria da OEA para posterior publicação. Quando, ao contrário, a solução amistosa não for alcançada, a Comissão redigirá um relatório, contendo fatos e conclusões, a ser encaminhado ao Estado denunciado. O referido Estado terá o prazo de três meses para cumprir as recomendações enviadas pela Comissão. Ultrapassado o prazo concedido sem que as recomendações tenham sido acatadas, se o Estado for parte da Convenção Americana e tiver reconhecido a jurisdição da Corte Interamericana, o caso será encaminhado para esse tribunal. O novo regulamento da Comissão prevê a consulta ao peticionário e à vítima para saber sua opinião sobre o envio do caso à Corte, permitindo a participação do indivíduo no preparo da demanda a ser postulada perante essa jurisdição. No entanto, se o Estado não tiver ratificado a Convenção ou, ainda que fazendo-o, não tenha reconhecido a jurisdição da Corte, a Comissão redigirá um segundo relatório contendo a sua opinião e sua conclusão e o submeterá à Assembléia Geral da OEA. Segundo o disposto no art. 29 do Regulamento da Comissão, em casos urgentes, ela pode, por iniciativa própria ou por petição da parte, pedir que sejam adotadas medidas cautelares com o intuito de evitar a consumação de danos irreparáveis às pessoas. (CEDIN. Centro de Direito Internacional. Material didático do Curso "Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos". Módulo III. Texto Base. Agosto de 2012, pp. 15-16).

nacionais ou quando a(s) vítima(s) tenha sido impossibilitada de esgotar os recursos internos, seja por não dispor de meios ou condições para tanto, seja em razão de injustificada delonga nas decisões (violação ao acesso à justiça).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é o órgão jurisdicional supranacional do SIDH, voltado à resolução das contendas em torno da violação aos direitos humanos oriundas dos Estados que ratificaram a Convenção Americana; trata-se de um órgão específico da CADH e não da OEA – sendo, portanto independente e autônomo –, que detém competência consultiva e contenciosa. A competência contenciosa da Corte, contudo, é facultativa; ao aderirem à Convenção, os Estados aceitam automaticamente a competência consultiva, mas a competência contenciosa é uma escolha à parte, que pode ser feita a qualquer momento, incondicionalmente ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. O Brasil, por exemplo, somente aceitou sujeitar-se à competência contenciosa da Corte Interamericana em 1998, para as denúncias realizadas a partir de então.

Conforme já mencionado, os indivíduos e instituições privadas não detêm legitimidade para acionar diretamente a Corte. Os casos lhe são submetidos, com efeito, pela CIDH ou por outro Estado pactuante, desde que o Estado acusado tenha aceito a jurisdição contenciosa. Não obstante, vale destacar que apesar de as vítimas não poderem demandar diretamente perante a Corte, tanto o atual Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2009), quanto o anterior (2000), asseguram-lhes e aos seus representantes o direito de participar do processo (*locus standi in judicio*), apresentando argumentos e provas de forma autônoma. Grande parte da doutrina internacionalista (a exemplo de Augusto Cançado Trindade, ex-juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos e atual juiz da Corte Internacional de Justiça), ainda assim, tem advogado pela transformação dessa garantia já existente no direito de petição direta (*jus standi in judicio*), sem a necessária intermediação da CIDH, seguindo o modelo europeu.

#### **4. O CASO “BELO MONTE”: A DECISÃO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A REAÇÃO DO BRASIL**

Em 2010, o Movimento Xingu Vivo Para Sempre (MXVPS), a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab), Prelazia do Xingu, Conselho Indígena Missionário (Cimi), Sociedade

Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SDDH), Justiça Global e Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente (AIDA) formularam denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em nome dos povos e comunidades tradicionais que habitam a bacia do rio Xingu e já estão sendo ou serão irremediavelmente afetados pelas obras do projeto brasileiro da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Os pontos mais enfatizados na denúncia<sup>10</sup> diziam respeito à falta de transparência e participação da sociedade civil, associada à inobservância de diversos dispositivos constantes da própria legislação brasileira, bem como das normas internacionais sobre os direitos humanos e a proteção do meio ambiente (conforme já destacado acima). Até aquele momento, frise-se, nenhuma das 10 (dez) ações judiciais propostas pelo Ministério Público Federal do Pará contra o projeto havia sido julgada. Ou seja, ainda que os recursos internos do país de origem da denúncia não tenham sido plenamente esgotados, a demasiada e injustificada demora no julgamento destas ações ensejou o recebimento, por parte da

---

10. Nesse sentido, cabe destacar: 1) o sub-dimensionamento dos impactos sociais e ambientais no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) realizado pela Eletrobras, em conjunto com as empreiteiras Andrade Gutierrez, Camargo Correa e Odebrecht; 2) a falta de realização pelo Congresso Nacional de oitivas com as comunidades indígenas que seriam atingidas pelo projeto, conforme determinado pelo artigo 231 da Constituição Federal, como parte de um processo de consulta e consentimento livre, prévia e informado, também em conformidade com a Resolução 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Indígenas, das quais o Brasil é signatário; 3) audiências públicas realizadas de forma absolutamente irregular, em número insuficiente em locais nos quais a maioria da população mais ameaçada pelo empreendimento não teve oportunidade de participar. Nessas audiências, foi discutido superficialmente um Estudo de Impacto Ambiental incompleto, distorcido da realidade e sem adequada divulgação prévia, e sob um forte aparato policial repressivo; 4) a concessão “política” da Licença Prévia para Belo Monte em fevereiro de 2010, sob forte pressão do governo, contrariando pareceres das equipes técnicas do IBAMA e da FUNAI sobre falhas e incertezas nas conclusões do EIA; 5) o ajuizamento de treze ações civis públicas pelo Ministério Público Federal (MPF) do Pará e organizações da sociedade brasileira sobre irregularidades no processo de licenciamento ambiental. Tipicamente, essas ações têm recebido decisões favoráveis da justiça brasileira na primeira instância, só para serem derrubadas em seguida por desembargadores do Tribunal Regional Federal (TRF1), utilizando falsos argumentos sobre o fantasma de um apagão no setor elétrico, sem considerar o mérito dos casos. Atualmente, todas as ações aguardam julgamento no Justiça Federal – algumas por mais de cinco anos; 6) enquanto isso, a Advocacia Geral da União (AGU) tem ameaçado juízes federais, procuradores da república e entidades da sociedade civil que têm movido ações judiciais contra irregularidades no licenciamento ambiental de Belo Monte. (Fonte: <http://www.xinguvivo.org.br>. Acesso em: 20 set. 2012).

CIDH, da denúncia encaminhada, confirmando a flexibilização da regra do esgotamento dos recursos.

Após analisar a denúncia, a Comissão Interamericana, em documento oficial datado de 1º de abril de 2011, solicitou ao Brasil a adoção de medidas urgentes para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas da bacia do Riu Xingu, bem como que fosse suspenso, imediatamente, o processo de licenciamentos do projeto UHE de Belo Monte, impedindo a realização de qualquer obra material de execução até que sejam observadas condições mínimas<sup>11</sup> de consulta e participação efetivas, além do respeito à autodeterminação dos povos indígenas.

A resposta do governo brasileiro à Carta da CIDH foi dura: a diplomacia brasileira considerou a decisão “precipitada e injustificável”, argumentou que o país teve pouco tempo para se defender (apenas 28 dias, quando a média do prazo para resposta do governo em questões semelhantes supera a marca dos 100 dias) e partiu para a retaliação, isto é, convocou o representante do Brasil na OEA, o embaixador Ruy Casaes, de volta ao país por tempo indeterminado, suspendeu a candidatura do Ex-Ministro da Secretaria de Direitos Humanos do governo Lula, Paulo Vanucchi, à Comissão Interamericana, em caráter irrevogável, bem como

---

11. Condições mínimas estabelecidas pela CIDH: 1) cumprir a obrigação de realizar processos de consulta, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência do sistema interamericano, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informada, de boa-fé, culturalmente adequada, com o objetivo de chegar a um acordo, e com observância dos demais requisitos anteriormente anunciados, em relação com cada uma das comunidades indígenas afetadas, as quais são beneficiárias das presentes medidas cautelares; 2) garantir que, de forma prévia à realização de tais processos de consulta, para garantir que a consulta seja informada, as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, num formato acessível tanto em relação à sua extensão, como no que diz respeito à sua tradução aos respectivos idiomas indígenas; 3) adotar medidas vigorosas e abrangentes para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingu, cuja presença foi reconhecida pelo próprio Estado brasileiro, assim como sua existência coletiva como comunidades indígenas; 4) adotar medidas vigorosas e abrangentes para prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas beneficiárias das presentes medidas cautelares como consequência da implantação do projeto da UHE de Belo Monte, tanto no que diz respeito àquelas doenças derivadas do fluxo populacional massivo à zona, assim como da exacerbação dos vetores de transmissão de doenças como a malária. (Resposta da CIDH. Disponível em: <[http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta\\_otorgamiento\\_corregida\\_peticonario1.pdf](http://www.xinguvivo.org.br/wp-content/uploads/2010/10/Carta_otorgamiento_corregida_peticonario1.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2012.

afirmou que deixará o órgão a partir de 2012, suspendendo, por fim, o repasse da verba de US\$ 800 mil (oitocentos mil dólares) para a entidade<sup>12</sup>.

Face às novas denúncias de desrespeito aos direitos humanos encaminhadas por Organizações Não-Governamentais (ONGs) e recebidas pela Comissão Interamericana, sobretudo em relação às obras no estado do Rio de Janeiro para a Copa Mundial de 2014 e as Olimpíadas de 2016, há indícios de que a relação do Brasil com a CIDH tenda a piorar.

## **5. A CRISE DE LEGITIMIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O PAPEL DO BRASIL E DO MERCOSUL NESSE CONTEXTO**

A partir da análise promovida pela Prof.<sup>a</sup> Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2012.B), em artigo veiculado pelo jornal O Globo, bem como da entrevista concedida pela Prof.<sup>a</sup> Deisy Ventura ao portal Sul21 (DUARTE, 2012), foi possível estabelecer três eixos de discussão com base na reação do Brasil às recomendações da CIDH para o Caso Belo Monte, quais sejam: 1) a mudança de postura do país relativamente à atuação do SIDH a partir deste caso, considerado como “divisor de águas”, e a incoerência evidenciada, desde então, na política externa brasileira, que pouco tempo antes se posicionara a favor dos direitos humanos e contra o Irã após oito anos de silêncio sobre a questão; 2) o comportamento do Estado brasileiro enquanto ator global e a necessidade de atendimento às “regras do jogo”; 3) a posição atual do Brasil no cenário internacional, o seu papel enquanto liderança local e global e o papel do Mercosul no enfraquecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

No que tange ao primeiro ponto levantado, é interessante recordar que o Brasil acumula contra si cerca de 27 medidas cautelares emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e 04 condenações oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar de ter enfrentado alguma dificuldade inicial para atender às recomendações da CIDH e cumprir as sentenças da Corte, à medida que o Estado Democrático de Direito foi se consolidando no país, este foi demonstrando uma preocupação e esforço crescentes em atender às expectativas do SIDH. Ou seja, a posição do Brasil frente à resposta da CIDH ao Caso Belo

---

12. Fonte: Jornal Folha de São Paulo. 30/04/2011. Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me3004201117.htm)>. Acesso em 20 set. 2012.



Monte surpreendeu negativamente, rompeu com a política que o país vinha adotando e demonstrou que a discordância quanto a uma interferência pontual nos interesses brasileiros, sobretudo por questões políticas e econômicas, levou o país a questionar e ameaçar todo o Sistema. Um inegável retrocesso.

Deisy Ventura, nesse contexto, ressalta o temor dos internacionalistas ante à força que os interesses econômicos possam estar representando por trás da postura do governo brasileiro, acreditando tratar-se de reducionismo atribuir a agressividade das retaliações apenas à figura da presidenta Dilma Rousseff. De outro lado, Piovesan<sup>13</sup> enfatiza a importância que o SIDH teve, nos últimos anos, para o fortalecimento da Democracia, dos direitos civis, políticos e sociais e do próprio Estado de Direito Internacional.

Além de retrocesso, a postura do governo brasileiro evidenciou uma nítida e constrangedora incoerência na política externa adotada. Isso porque, em 24 de março de 2011, o Brasil votou a favor da designação de um relator especial para investigar denúncias de violações a direitos humanos no Irã, após oito anos de silêncio sobre a questão, momento em que a embaixada do Brasil junto à ONU esclareceu que: *“o voto não é contra o Irã, mas a favor do sistema de direitos humanos da ONU”*, complementando a informação ao assinalar que o Estado incentivaria a *“aplicação dos mesmos padrões a outros possíveis casos de não cooperação com o sistema de direitos humanos da ONU”*; enquanto isso, a própria presidenta afirmava que o foco da política externa brasileira levaria em conta o tema dos direitos humanos, *“a ser promovido e defendido em*

---

13. A reação do Estado brasileiro assume acentuada gravidade por converter a discordância e a insatisfação com a medida tomada pela Comissão da OEA em inaceitável ataque ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Este sistema salvou e continua salvando muitas vidas, oferecendo uma extraordinária contribuição para a promoção dos direitos humanos, do estado de direito e da democracia em nossa região. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos e proteção aos grupos mais vulneráveis. [...] É emergencial resgatar a coerência, a consistência e a integridade da política externa brasileira em matéria de direitos humanos, em defesa das vítimas de graves violações, reconhecendo a importância da cooperação com o sistema interamericano, endossando a credibilidade das organizações internacionais e fortalecendo o multilateralismo para a afirmação do estado de direito internacional. (PIOVESAN, 2012.B).

*todas as instâncias internacionais sem concessões, sem discriminações e sem seletividade*" (PIOVESAN, 2012.B).

O segundo ponto indicado concerne ao comportamento do Estado brasileiro enquanto ator global, o que implica no necessário atendimento às "regras do jogo". Isto é, sob a ótica tradicional da Sociedade Internacional voluntarista, o Brasil firmou compromissos, no exercício pleno de sua soberania, devendo, portanto, cumpri-los de boa fé; já sob a lógica mais recente de uma Comunidade Internacional, que além de pactos firmados entre os Estados soberanos preza pelo compartilhamento, salvaguarda e realização de determinados valores – os quais têm como vetor principal o conjunto de direitos humanos já positivados –, as regras do jogo compreenderiam não apenas o respeito pelos compromissos firmados como a adoção de medidas que garantam a implementação desses valores. Essa garantia, por sua vez, perpassa tanto pelo dever constitucional de conferir prevalência aos direitos humanos, como na atuação em conformidade com os valores defendidos.

Nesse sentido, afirma, ainda, Flávia Piovesan que *"a censurável reação do Brasil mostra-se também incompatível com sua crescente responsabilidade internacional, na qualidade de ator global empenhado no aperfeiçoamento do multilateralismo e na democratização das instâncias decisórias internacionais"*. Ou seja, enquanto ator global, o desrespeito do Brasil por compromissos assumidos internacionalmente leva a um enfraquecimento do multilateralismo e a um descrédito das instituições, abalando fortemente a Comunidade Internacional, enquanto tal, e o SIDH, no caso em questão.

Estas últimas considerações conduzem ao terceiro foco da discussão suscitada: a conjuntura atual do Brasil no cenário internacional estimula o país a contar com a confiança necessária para assumir posições anteriormente consideradas como por demais temerárias; além disso, o seu potencial enquanto liderança regional pode agravar a situação do SIDH. A Prof.<sup>a</sup> Deisy Ventura é quem faz o diagnóstico, afirmando que este é *"um momento em que o Brasil está muito bem internacionalmente e está na moda, com o fato de sediar grandes eventos. Enfrenta com altivez a crise econômica, enquanto o restante do mundo desenvolvido encontra inúmeras dificuldades. Acredito que diante disso, o governo brasileiro se sinta blindado, fortalecido para tomar este tipo de atitude"*.

O Estado brasileiro, com efeito, tem questionado a competência do SIDH para expedir medidas cautelares, propondo, mediante um discurso

predominante técnico, restringir os poderes do Sistema, no que é acompanhado pelos já ausentes Estados Unidos e, agora, pela Bolívia – posto que Evo Morales defendeu o próprio fim da OEA –, pela Venezuela – que, em afronta direta, ignorou decisões, recomendações e pedidos feitos pelo SIDH, terminando por desligar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos – e pelo Equador – que vislumbra a possibilidade de retirar da competência do SIDH temas que afetam aos seus interesses (liberdade de expressão)<sup>14</sup>.

Isto é, a grande potência latino-americana, o Brasil, que, se mantivesse a coerência na linha de atuação escolhida para conduzir, inicialmente, a sua política externa, focada na defesa e promoção dos direitos humanos, poderia articular com os países do Mercosul<sup>15</sup> a proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dialogando e contendo os ânimos da Venezuela (país membro), Equador e Bolívia (estes últimos associados), está, ao contrário, reforçando os ataques ao SIDH.

As atuações do Brasil e do Mercosul (se considerada a posição de seus membros, dentre eles, um dos mais fortes), hoje, portanto, reforça a crise de legitimidade pela qual está passando um dos maiores sistemas regionais de tutela aos direitos humanos do mundo, o qual já conta com uma estrutura insuficiente, conforme esclarecem Flávia Piovesan e João

---

14. Deisy Ventura- É difícil falar sobre isso porque as propostas são aparentemente técnicas. A grande preocupação do Brasil é com as medidas cautelares que podem ser expedidas pelo SIDH aos países, obviamente devido ao caso da Usina de Belo Monte. Eles querem restringir os poderes do sistema. Basta olhar o discurso do Brasil na proposta que ele apresentou. Eles pedem para tornar mais claras as razões para se adotar medidas cautelares. Mas, se analisarmos, isso prejudica a expedição de medidas a pequenos grupos. Por exemplo, como justificar cada um dos beneficiários dos grupos indígenas atingidos com a construção da Usina de Belo Monte? Então, são propostas técnicas, mas que trazem efeito políticos extremamente impactantes. Mas o mais absurdo, para mim, é a capacidade de articulação do Brasil para com outros estados, compondo interesses para uma atuação coletiva. O Equador está preocupado com o capítulo 4, que trata sobre a Liberdade de Expressão e quer retirar da Comissão de Direitos Humanos a competência sobre isso. E, com isso, provavelmente vai apoiar o Brasil na derrubada da competência da CIDH sobre Medidas Cautelares em troca do apoio brasileiro na derrubada do capítulo 4. O temor que temos é que cada país passe a querer tirar da CIDH aquilo que lhe incomoda. Se isso acontecer, não sobrará muita coisa. Incomodar é o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, isto é que está sendo a grande incompreensão dos estados. (DUARTE, 2012).

15. O Mercosul conta, hoje, com a seguinte composição: membros plenos: Argentina, Brasil, Paraguai (suspensão), Uruguai e Venezuela; membros associados: Bolívia, Chile, Peru, Colômbia e Equador.

Peres, nas palavras deste último, ao apontarem que, se mudanças são necessárias, estas deveriam se dar no sentido de fortalecer a OEA e o SIDH, o que parece estar completamente fora de cogitação:

“Qual é o drama? A Corte Interamericana sofre de profunda solidão. São sete juízes que condenam, são eles que agendam as comissões de acompanhamento”, aponta a procuradora, que considera que seria preciso que a OEA fosse diretamente responsável pelo cumprimento dessas decisões, o que daria um respaldo muito maior ao trabalho do sistema regional de Justiça. Reformar o sistema para impor sanções duras aos Estados que descumprem medidas da Corte, avalia, está fora de cogitação neste momento porque, com o contexto de desrespeito, qualquer discussão de mudança acabaria por desembocar em um retrocesso. (PERES, 2012).

Flávia Piovesan compara, ainda, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o Sistema Europeu e destaca que a Corte Europeia apresenta um grau de cumprimento de 90% de suas determinações, uma vez que *“a tríade indissociável que move o sistema europeu é Estado de direito, direitos humanos e democracia, coisa que não se move aqui desde os primórdios”* (PERES, 2012). Enquanto isso, segundo dados da mesma pesquisa realizada pela professora e procuradora, na Corte Interamericana, o pagamento de indenizações apresenta até um índice elevado de cumprimento (70%), mas a implementação das sentenças, de modo geral, é de apenas 29% – 12% têm implementação parcial e 59% são ignoradas. A partir desta análise, João Peres conclui, no que com ele concordamos, que as decisões que interferem na punição a repressores do passado ou exigem mudanças significativas no marco judicial nacional, ou seja, que afetam interesses políticos (ou econômicos, acrescentaríamos) relevantes, correspondem às que enfrentam maiores dificuldades de execução.

Deisy Ventura atribui, por fim, a diferença entre os Sistemas a uma tradição maior e, por conseguinte, uma cultura mais madura de democracia nos países europeus, os quais admitem e assumem as suas falhas, empenhando-se em repará-las a partir das recomendações e decisões do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. Afirma a professora, então, que:

Se olharmos para a Europa, que tem um grau de respeito ao estado de direito e a democracia muito mais maduro que o continente latino-americano, lá há um sistema muito eficiente. Por quê? Porque ser um regime democrático não é salvo-conduto para

ninguém. Não é porque um país é uma democracia que ele deixa de correr o risco de cometer violações aos direitos humanos — por vezes, graves. Na Corte Europeia, países como França, Alemanha e Reino Unido, por exemplo, cumprem à risca as sentenças. Muitos são frequentemente condenados. Eles têm a compreensão de que nenhum estado é infalível. A existência por si só de um regime democrático deve ser saudada, mas não garante a mudança cultural e política da violação de direitos humanos. Não se muda a mentalidade das polícias por decreto. Portanto, os mecanismos de controle internacionais são fundamentais, inclusive para prevenir que estas violações graves aconteçam. (DUARTE, 2012).

E conclui alertando para o fato de que *“enfraquecer o SIDH significa que, se um dia voltarmos a um sistema ditatorial no país, nós não teremos a quem recorrer. Os casos de Honduras e Paraguai ficaram por isso mesmo porque não temos um organismo internacional capaz de impedir golpes e rompimentos da ordem democrática, como há na Europa. Como disse o Boaventura de Souza Santos: há uma cegueira do governo federal em agir muito no interesse imediato e não se dar conta da preservação destes mecanismos para garantia diante das violações da ordem constitucional”* (DUARTE, 2012). Enfraquecer o SIDH é desprezar anos de luta em prol dos direitos humanos e deixar sem guarida incontáveis de beneficiários. Um “tiro no pé” do próprio Estado Democrático de Direito, que muito já se valeu deste rol de direitos para se consolidar.

## 6. CONCLUSÃO

Ao se ter em vista todos os pressupostos lançados e pontos debatidos ao longo do presente trabalho, é, pois, possível afirmar, em síntese, que:

1. Os povos e comunidades tradicionais, grupos minoritários e vulneráveis cujos processos de formação apresentam como traços distintivos as peculiaridades sócio-histórico-culturais de sua organização, capazes de repercutir no vínculo com a terra e determinados espaços, necessitam de especial proteção aos seus interesses em virtude, justamente, destas singularidades e histórico de vulneração.

2. O termo “acesso à justiça”, para os fins deste artigo, restou compreendido em duas dimensões: formal, de acesso ao judiciário, aos mecanismos judiciais de realização da justiça, e material, em termos de respeito e efetivação de direitos (humanos) e garantias fundamentais.

3. O acesso à justiça por parte dos novos atores sociais (sociedade civil organizada, em geral, e povos e comunidades tradicionais, em específico) não tem sido exitoso perante o judiciário brasileiro – em alguns casos, por questões formais (como no Caso da Transposição do Rio São Francisco), noutros, em termos predominantemente materiais (como no Caso Belo Monte) –, fato que tem atribuído relevo à atuação de organismos internacionais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

4. A resposta da CIDH ao Caso Belo Monte, bem como o pedido de suspensão imediato das obras do projeto – até que sejam atendidas condições mínimas fixadas na Carta oficial enviada ao Brasil, em razão do reconhecimento da violação a direitos humanos no curso da sua execução –, provocou uma inesperada e censurável reação do governo brasileiro, de acordo com a qual medidas agressivas de retaliação foram adotadas.

5. A reação do Brasil levou a três focos de discussão: 1) a mudança de postura do país relativamente à atuação do SIDH a partir deste caso, considerado como “divisor de águas”, e a incoerência evidenciada, desde então, na política externa brasileira; 2) o comportamento do Estado brasileiro enquanto ator global e a necessidade de atendimento às “regras do jogo”; 3) a posição atual do Brasil no cenário internacional, o seu papel enquanto liderança local e global e o papel do Mercosul no enfraquecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

6. A partir destas discussões, é possível afirmar que o rompimento com a política externa anterior, adotada pelo Brasil, de respeito, sujeição e aparente preocupação com o enaltecimento e salvaguarda dos direitos humanos no plano global representou inegável e inédito retrocesso em termos humanísticos e forte abalo ao Estado de Direito Internacional.

7. Por fim, a postura brasileira corresponde a uma violação às “regras do jogo”, assim como o seu papel enquanto liderança local e global, que em muito poderia contribuir para o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e da própria Organização dos Estados Americanos (OEA), acalmando os ânimos dos seus vizinhos e parceiros membros do Mercosul, ao contrário, irá incitá-los ainda mais, abalando fortemente o SIDH.

A insatisfação do governo brasileiro quanto a uma manifestação pontual da CIDH (Caso Belo Monte) está levando, portanto, a um grave questionamento de todo o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, sem que tal seja sequer sentido ou discutido pela

sociedade como um todo. Resta ressaltar que as grandes vítimas são os cidadãos globais (ou, mais especificamente, os americanos, os brasileiros, os mais vulneráveis, como os povos e comunidades tradicionais), que perdem enquanto sujeitos de direitos, perdem em termos de acesso à justiça (formal ou material) e perdem enquanto pessoas, seres humanos, tutelados enquanto tal... Mas o Estado também perde, ao tornar-se refém das próprias arbitrariedades, as quais poderão conduzir à sua própria falência, enquanto Estado Democrático de Direito, fundado a partir das conquistas alcançadas através da reafirmação dos direitos humanos e liberdade fundamentais frente às ditaduras. E, afinal, quem realmente ganha com uma postura dessas?...

## REFERÊNCIAS

- ALCANTARA, D.M e GERMANI, G.I. As comunidades de fundo e fecho de pasto na Bahia: luta na terra e suas espacializações. Revista de Geografia. Recife: UFPE – DCG/NAPA, v. 27, n. 1, jan/abr. 2010. Disponível em: <<http://www.geografar.ufba.br/site/arquivos/biblioteca/publicacoes/1fc7a7b45a4d-9d24bf645b8a9e99f120.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.
- BRASIL. Decreto nº. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- BRASIL. Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- BRASIL. Lei nº. 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), de 24 de julho de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- CEDIN. Centro de Direito Internacional. Material didático dos Cursos “A Aplicação do Direito Internacional Público pelas Cortes Domésticas” e “Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos”. Agosto de 2012.
- COMPARATO, Fabio Konder. Afirmção histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CONNECTAS. Nota pública sobre a decisão da Venezuela de se retirar da Convenção Americana de Direitos Humanos. 12/09/2012. Disponível em: <<http://www.conectas.org/artigo-1/nota-publica-sobre-decisao-da-venezuela-de-se-retirar-da-convencao-americana-de-direitos-humanos?pg=6>>. Acesso em: 20 set. 2012.

- DUARTE, Rachel. *A turbulenta relação do Brasil com a Corte de Direito Humanos da OEA. Entrevista com a Prof.<sup>a</sup> Deisy Ventura*. Sul21. 10/09/12. Disponível em: <<http://ponto.outraspalavras.net/2012/09/10/turbulenta-relacao-brasil-corte-de-direitos-humanos-da-oea/>>. Acesso em: 20 set. 2012.
- FRAXE, Therezinha de Jesus Pinto; PEREIRA, Henrique dos Santos; WITKOSKI, Antônio Carlos. [Org.]. *Comunidades ribeirinhas amazônicas: modos de vida e uso dos recursos naturais*. Manaus: EDUA, 2007. Disponível em: <[http://www.institutopiata.org.br/comunidades\\_ribeirinhas\\_modos\\_de\\_vida\\_web.pdf](http://www.institutopiata.org.br/comunidades_ribeirinhas_modos_de_vida_web.pdf)>. Acesso em 20 set. 2012.
- OIT. Convenção nº. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (1989). Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international\\_labour\\_standards/pub/convencao%20169\\_2011\\_292.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/convencao%20169_2011_292.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (1993). Disponível em: <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- ONU. Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente (1998). Disponível em: <<http://www.cada.pt/uploads/d98108f2-3272-3e31.pdf>>. Acesso em: 05 maio de 2012.
- PELLET, Alain et al. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- PERES, João. Rede Brasil Atual. 09/11/2011. Postura do Brasil sobre Belo Monte coloca OEA em crise. Disponível em: <[http://www.dirigida.com.br/news/pt\\_br/postura\\_do\\_brasil\\_sobre\\_belo\\_monte\\_coloca\\_oea\\_em\\_crise\\_correio\\_do\\_brasil/redirect\\_6678300.html](http://www.dirigida.com.br/news/pt_br/postura_do_brasil_sobre_belo_monte_coloca_oea_em_crise_correio_do_brasil/redirect_6678300.html)>. Acesso em: 20 set. 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.A.
- PIOVESAN, Flávia. Censurável reação do Brasil. Conteúdo Livre/O Globo. 19/05/2011. Disponível em: <[sergyovitro.blogspot.com.br/2011/05/censuravel-reacao-do-brasil-flavia.html](http://sergyovitro.blogspot.com.br/2011/05/censuravel-reacao-do-brasil-flavia.html)>. Acesso em: 20 de set. de 2012.B.
- Plataforma Dhesca Brasil – Rede Nacional de Direitos Humanos – RELATÓRIO DA MISSÃO À PETROLINA E REGIÃO DO RIO SÃO FRANCISCO (PE): Violações de Direitos Humanos de Comunidades Quilombolas e Ribeirinhas, Povos Indígenas e famílias assentadas de reforma agrária às margens do rio São Francisco. Relator: Sérgio Sauer. Assessoria: Jackeline Florêncio (Terra de Direitos). Brasília/DF e Recife/PE, dezembro de 2010.



- RELATÓRIO DE DENÚNCIA – Povos indígenas do nordeste impactados com a transposição do Rio São Francisco (2008/2009). Disponível em: <<http://apoinme.org.br/campanha-opara/relatorio-de-denuncia/>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim. Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007. Disponível em: <[http://www.novacartografiasocial.com/downloads/Livros/livro\\_dobolso\\_01.pdf](http://www.novacartografiasocial.com/downloads/Livros/livro_dobolso_01.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2012.
- SIQUEIRA, Ruben Alfredo de. Povos e Comunidades Tradicionais do São Francisco. In: SIQUEIRA, Ruben Alfredo de. Do que as águas não cobriram – um estudo sobre o movimento dos camponeses atingidos pela Barragem de Sobradinho. João Pessoa, UFPB, Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais, 1992, (mimeo).
- UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 05 maio de 2012.
- UNESCO. Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005). Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>>. Acesso em: 05 maio de 2012.



# 7

## Quelles responsabilités en cas d'atteinte à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme par un acte de l'Union Européenne ?

*Damien Thierry*

---

Professor (Universidade François Rabelais - UFR, Tours, França). Coordenador do *Master 2 juriste européen/UFR*. Membro do GERCIE/UFR - EA 2110 (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia - Groupe d'étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne).

**Sommaire:** I - Quelle responsabilité tant que l'UE n'a pas adhéré à la Convention ? : A - La mise en cause de la responsabilité des Etats membres de l'UE; B - Les limites inhérentes à la théorie de la protection équivalente - II - Quelle responsabilité après l'adhésion de l'UE à la Convention ? : A - Vers un nouveau partage de responsabilité entre l'UE et ses Etats membres; B - La prise en compte problématique des spécificités de l'ordre juridique de l'UE.

L'équilibre institutionnel fondé depuis les années 1950 sur les Communautés européennes et le Conseil de l'Europe, à défaut d'être harmonieux, a eu le mérite, dans un premier temps, de favoriser un développement cohérent de l'Europe occidentale d'après-guerre. Il lui a permis d'effacer le double traumatisme produit par le second conflit mondial en assurant à la fois son redressement économique par l'établissement d'un marché unifié et son ancrage dans des valeurs morales, par la défense d'un socle commun de protection des droits de l'homme. Mais cet équilibre tend à devenir de plus en plus précaire en raison de la place prépondérante que va progressivement occuper le droit communautaire dans l'ordre juridique de ses Etats membres.

En effet, la double appartenance à l'Union européenne (ci-après l'UE ou l'Union) et au Conseil de l'Europe<sup>1</sup> n'est pas sans poser quelques problèmes dans la mesure où les Communautés, et aujourd'hui l'Union, ne sont pas parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (ci-après la Convention) et que les actes produits par les institutions de l'UE échappent de fait au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la CEDH)<sup>2</sup>. Or, la difficulté vient du fait que les ordres juridiques nationaux et communautaires sont étroitement imbriqués, et surtout que le droit de l'UE se situe, dans la hiérarchie des normes, au-dessus de celui des Etats membres<sup>3</sup>. Dans les faits, cela conduit à soustraire au contrôle de la CEDH toute une partie du droit applicable dans les Etats membres de l'Union chaque fois que les règles sont produites, non pas par les Etats eux-mêmes, mais par les institutions de l'UE. Cette situation est doublement préjudiciable puisqu'elle crée une inégalité de fait au sein du Conseil de l'Europe entre les Etats membres de l'UE et les autres et surtout parce qu'elle tend à affaiblir la protection des justiciables des Etats de l'Union qui se trouvent privés de recours devant la CEDH lorsque le droit de l'UE est directement en cause.

La conséquence est que le contrôle de la CEDH risque de reculer au fur et à mesure que le droit de l'UE avance. Chaque fois que les Etats abandonnent l'exercice de leurs compétences nationales au bénéfice du législateur de l'UE, c'est le juge de Strasbourg qui se trouve privé a priori de la faculté d'exercer son pouvoir juridictionnel.

Un tel recul étant difficilement acceptable, le juge de Strasbourg a dû trouver des réponses adaptées pour tenter de contourner cette difficulté juridique. Mais ces solutions jurisprudentielles restent très largement insatisfaisantes. C'est pourquoi l'adhésion de l'UE à la Convention

- 
1. Les vingt-sept Etats membres de l'UE sont adhérents au Conseil de l'Europe et parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. A l'inverse, il y a vingt Etats du Conseil de l'Europe qui ne sont pas membres de l'UE.
  2. La Commission européenne des droits de l'homme, estime irrecevables les requêtes contre les Communautés européennes, ces dernières n'étant pas partie à la Convention. *Comm. EDH*, 10/07/1978, *CFDT c/ Communautés européennes*, subsidiairement la collectivité des Etats membres et les Etats membres pris individuellement, requête n°8030/77.
  3. En application de la jurisprudence de la CJCE du 15 juillet 1964, *Costa contre Enel*, (affaire 6/64), *Rec.*, p. 1141.

se pose pour sortir de cette impasse. Cependant, bien que prévue par le traité de Lisbonne, elle n'est pas sans poser de délicats problèmes.

Ainsi, il conviendra de s'arrêter sur les modalités de la responsabilité tant que l'UE n'a pas adhéré à la Convention (I) pour s'intéresser ensuite aux modalités de cette responsabilité après le processus d'adhésion réalisé (II).

## **I – QUELLE RESPONSABILITÉ TANT QUE L'UE N'A PAS ADHÉRÉ À LA CONVENTION ?**

Si le juge de Strasbourg accepte dans certaines hypothèses de reconnaître la responsabilité des Etats membres de l'UE du fait des actes de l'UE (A), cette jurisprudence se trouve largement atténuée dans sa portée par la théorie dite de la protection équivalente (B)

### **A – La mise en cause de la responsabilité des Etats membres de l'UE**

L'impossibilité de saisir la CEDH contre l'UE en raison de la violation par le droit de l'UE d'une disposition de la Convention peut conduire à des situations juridiques complexes. Il faut envisager ici l'hypothèse où un Etat membre met en œuvre un acte de l'Union par l'adoption d'une mesure nationale. Le destinataire de cette mesure nationale qui s'estime atteint dans ses droits garantis par la Convention et qui après avoir épuisé les voies de recours interne n'a pas obtenu gain de cause, pourra-t-il en contester la conventionalité devant la CEDH ? La réponse à cette question dépendra de la nature de l'acte de l'UE en cause.

Il faut d'abord envisager l'hypothèse où la méconnaissance de la Convention est imputable à une disposition d'un traité de l'UE. Dans un tel cas, la Commission européenne des droits de l'homme a choisi d'appliquer de façon logique les règles du droit international public en matière de droit des traités<sup>4</sup>. Elle a ainsi affirmé que si un Etat peut tout à fait librement transférer une partie de ses compétences au bénéfice d'une autre organisation internationale, se faisant, l'Etat ne peut se désengager de ses obligations qui découlent des traités conclus antérieurement, et

---

4. Conformément à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

donc de la Convention<sup>5</sup>. Dans son arrêt *Matthews* du 18 février 1999<sup>6</sup> la Cour a confirmé cette position. Elle avait à connaître d'un recours portant sur la mise en œuvre par le Royaume-Uni d'une mesure relative à l'organisation des élections au Parlement européen qui excluait les habitants de Gibraltar. Or, même si elle rejette la demande au fond, la CEDH constate que les mesures prises par les autorités britanniques découlent d'obligations internationales auxquelles cet Etat a librement souscrit et conclut qu'un tel transfert de compétences au bénéfice d'une organisation internationale « ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres »<sup>7</sup>.

Plus compliquée est l'hypothèse où la mesure nationale d'exécution s'appuie sur un acte du droit dérivé. En effet, contrairement au droit primaire, le droit dérivé n'est pas adopté directement par les Etats mais par les institutions de l'UE. Ici, la solution retenue par la CEDH va varier selon les circonstances. Dans un premier cas, l'irrégularité de la mesure nationale découle non pas de la contradiction entre l'acte de l'Union dont elle est issue et la Convention, mais simplement des modalités d'application de ce même acte, modalités qui ont été choisies par l'Etat. Autrement dit, lorsque l'Etat dispose d'une marge d'appréciation dans son pouvoir d'application du droit de l'UE et que l'atteinte à la Convention est due uniquement à la façon dont le droit de l'UE a été appliqué, et non pas au contenu de l'acte de l'UE lui-même, dans ce cas « il ne s'agit pas d'une responsabilité de l'Etat du fait d'une institution communautaire. L'Etat est ici responsable de son propre fait, consistant à traduire dans son ordre juridique la loi communautaire »<sup>8</sup>. C'est pourquoi, dans une

- 
5. Comm. EDH, 10 juin 1958, *Kahn c/ République fédérale d'Allemagne*, req. n°235/56. A propos d'une autre organisation internationale, l'Agence spatiale européenne, la CEDH considère que « lorsque des États créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations, et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les États soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs », CEDH, 18 février 1999, *Waite et Kennedy contre Allemagne*, § 67, req. n° 26083/94.
  6. Voir Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, A propos de l'arrêt *Matthews* contre Royaume-Uni (18 février 1999), *RTD eur.*, 4/1999, p. 640.
  7. CEDH, 18/02/1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. n°24833/94, § 32.
  8. Frédéric Krenc, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », in *RTDH*, 61/2005, p. 127.

telle hypothèse, la CEDH peut sans difficultés exercer sans limites son contrôle juridictionnel<sup>9</sup>.

Enfin, il est d'autres circonstances où l'Etat a une compétence totalement liée lorsqu'il transpose ou exécute un acte de l'Union. Or, dans ce cas, en se prononçant sur la conformité des mesures nationales mettant en œuvre un tel acte, la CEDH est amenée nécessairement à connaître indirectement de l'acte de l'Union dont il émane. Telle est la situation à laquelle se trouvait confrontée la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *M & Co c/ RFA*<sup>10</sup>. La mesure fondant la requête était une décision d'exequatur prise par le juge allemand pour faire appliquer un arrêt rendu par la CJUE. Autrement dit, il s'agissait d'une mesure se limitant strictement à appliquer un acte pris par une institution de l'UE, qui plus est un acte à l'adoption duquel les autorités n'avaient pas participé puisque rendu par le juge de l'Union ! La CEDH pouvait-elle tenir responsable l'Allemagne pour un acte émanant de son juge national qui se limitait à strictement exécuter une mesure prise par une institution indépendante de l'UE ? La réponse est ambiguë, car si la Commission accepte ici de connaître de la requête, elle va refuser d'exercer un contrôle entier de la compatibilité de la mesure contestée avec la Convention, se limitant à s'assurer que « le système juridique des Communautés européennes non seulement reconnaît les droits fondamentaux mais assure aussi le contrôle de leur respect ». Autrement dit, la Commission considère que le droit communautaire bénéficie d'une protection équivalente en matière de droits de l'homme à celui qui est assuré par la Convention, et que, pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'exercer un contrôle plus approfondi.

La CEDH a confirmé cette solution dans son célèbre arrêt *Bosphorus Airways*<sup>11</sup> à propos d'une saisie effectuée par les autorités irlandaises en application d'un règlement communautaire mettant lui-même en œuvre des sanctions décidées par le Conseil de sécurité de l'ONU<sup>12</sup> à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie. La Cour ici n'a pas jugé nécessaire d'examiner si la saisie opérée par les autorités irlandaises était proportionnée par rapport aux objectifs poursuivis, dans la mesure où,

9. Comm EDH, 1/07/1993, déc. *Procola c/ Luxembourg*, req. n°14570/89 et CEDH, 15/11/1996, *Cantoni c/ France*, req. 17862/91

10. Comm. eur. dr. h., 9 février 1990, *M. & Co c. R.F.A.*, req. n° 13258/87.

11. CEDH, *Bosphorus Airways c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98.

12. Résolution 820 du 17 avril 1993, S/Res/820 (1993).

repreuant à son compte la théorie de la protection équivalente, elle estime que « si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation »<sup>13</sup>. Enfin, la Cour considère que « pareille présomption peut toutefois être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste »<sup>14</sup>, rappelant à cette occasion que la Convention doit pleinement jouer son rôle en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »<sup>15</sup>. Pour autant, malgré cette dernière menace, c'est bien l'impression d'une présomption de compatibilité avec la Convention qui domine.

## **B – Les limites inhérentes à la théorie de la protection équivalente**

La théorie de la protection équivalente mérite quelques explications car il peut paraître surprenant a priori que le juge de Strasbourg renonce ainsi à exercer son contrôle. De toute évidence, la CEDH prend acte des incontestables avancées de la jurisprudence du juge de l'UE pour assurer le respect des libertés fondamentales par les actes de l'Union<sup>16</sup>. De plus, lorsqu'elle exerce un tel contrôle, la CJUE n'hésite pas à considérer que la Convention est une source principale d'inspiration<sup>17</sup> et à s'appuyer explicitement sur la jurisprudence rendue par la CEDH<sup>18</sup>. La garantie des droits a par ailleurs été renforcée depuis l'entrée en vigueur du traité de

13. CEDH, *Bosphorus Airways c. Irlande*, § 156.

14. *Ibidem*.

15. Conformément à sa jurisprudence affirmée dans CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, série A no 310, pp. 27-28, § 75

16. Jurisprudence engagée par les arrêts CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder* (aff. 29/69, Rec. p. 419) et surtout CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* (aff. 11/70, Rec. p. 1125).

17. La CJCE a reconnu la place de la Convention comme source d'inspiration en deux temps. D'abord, elle va considérer qu'elle peut y retirer des « indications » (CJCE, 28/10/1975, *Rutili*, 36/75, Rec., p. 1219) ; puis, à partir de l'arrêt CJCE, 21/09/1989, *Hoescht* (46/87, Rec. p. 2859), elle accorde à la Convention une « signification particulière ».

18. Le juge de l'Union n'hésite pas à citer explicitement des arrêts rendus par la CEDH. Voir par exemple, CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall* (C-13/94, Rec. p. I-02143) : concernant le licenciement d'un transsexuel à cause du changement de sexe de la personne en cause, la Cour se réfère explicitement à l'arrêt *Rees* rendu par la CEDH le 17/10/1986.



Lisbonne qui donne valeur équivalente aux traités constitutifs de l'UE à la Charte des droits fondamentaux dont il ressort à l'article 52 § 3 que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention ».

Pour autant, en dépit des incontestables avancées opérées par le droit de l'UE sur le terrain de la protection des droits de l'homme, il peut apparaître tout à fait regrettable que la CEDH se limite à accorder aux actes de l'Union une telle présomption de compatibilité avec la Convention. D'abord parce que l'argument paraît on ne peut plus contestable car l'UE ne se distingue pas à ce titre de ses Etats membres. Ces derniers s'appuient eux aussi sur des normes suprêmes au moyen de leurs Constitutions qui garantissent le respect des droits de l'homme, et de leurs juges nationaux qui en assurent l'effectivité. Pourquoi le juge de l'Union serait-il considéré comme plus protecteur des droits de l'homme alors même que ce sont les cours constitutionnelles des Etats membres qui, les premières, se sont inquiétées des carences de l'UE en matière de protection des droits de l'homme et ont fait pression sur la CJUE afin qu'elle assure le respect des libertés fondamentales par les actes de l'UE<sup>19</sup> ? De même, l'argument selon lequel les juges de la CJUE bénéficieraient d'une indépendance apportant des garanties suffisantes doit être battu en brèche. En effet, là encore, « cela vaut pour n'importe quelle cour constitutionnelle ou cour suprême interne par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat », ce qui « ne suffit certes pas pour exonérer l'Etat de toute responsabilité »<sup>20</sup>.

Cette vision des choses est d'autant plus regrettable que, à l'instar des ordres juridiques nationaux, l'UE présente également des failles en matière de protection des droits de l'homme. Ainsi, nombre d'auteurs soulignent notamment ses faiblesses pour ce qui touche au caractère

19. La Cour Constitutionnelle Fédérale d'Allemagne (BVerfGe) dans un arrêt du 29 mai 1974 dit « Solange I » dans l'affaire Internationale Handelsgesellschaft, a déclaré qu'elle se considérait compétente pour contrôler la conformité du Droit communautaire avec les droits fondamentaux allemands tant que le droit communautaire n'assurerait pas un niveau de protection des droits fondamentaux équivalent à celui du droit allemand (BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I-Beschluß). Avant le juge allemand, la Cour constitutionnelle italienne avait défendu une position assez proche dans un arrêt n° 183 du 27 décembre 1973, Frontini e Pozani.

20. Antonio Bultrini, op. cit., p. 34.

très restrictif des possibilités de recours individuels contre les actes de l'UE<sup>21</sup>. Par ailleurs, dans un certain nombre d'affaires, la CJUE développe une approche des libertés qui peut paraître plus restrictive que celle du juge de Strasbourg<sup>22</sup>.

De toute évidence, l'explication ne vient pas d'une confiance aveugle qu'auraient les juges de Strasbourg à l'égard de leurs homologues de Luxembourg. La théorie de la protection équivalente trouve sa justification dans le fait que la CEDH est confrontée à un délicat dilemme. En effet, soit elle exerce un contrôle entier, ce qui la conduit indirectement, implicitement, à se prononcer sur la compatibilité d'une norme de l'Union avec la Convention, au risque de susciter l'hostilité de la CJUE ! Soit elle se déclare d'emblée incompétente, ce qui de toute évidence conduit à un recul de son contrôle juridictionnel. Finalement, la CEDH a opté pour un entre-deux, « entre responsabilité et déresponsabilisation »<sup>23</sup>, ce qui n'est guère satisfaisant.

Surtout, il apparaît que déclarer un Etat responsable pour avoir appliqué par une mesure nationale un acte de l'Union incompatible avec la Convention conduirait à une situation juridique inextricable ! En effet, d'un côté, le jugement de la CEDH constatant l'irrégularité de la norme nationale doit logiquement conduire son auteur à y mettre un terme en l'abrogeant ou la modifiant, afin de respecter l'autorité de la chose jugée ; mais d'un autre côté, le même Etat, en application du droit de l'Union, se doit de maintenir cette mesure nationale qui a été adoptée en application de ses obligations issues du droit de l'UE ! Autrement dit, face à un tel jugement de la CEDH, l'Etat se trouverait devant deux obligations contradictoires. S'il retire l'acte national contesté, il risque d'être poursuivi pour manquement devant la CJUE, s'il ne le fait pas, il ne respecte pas l'autorité de la chose jugée. La seule voie possible resterait donc pour l'Etat jugé responsable, de convaincre la Commission et ses vingt-six partenaires

- 
21. En ce sens, Antonio Bultrini souligne que dans le cadre de l'UE « l'accès de l'individu à la justice reste fort limité et clairement en retrait par rapport à celui offert à la fois par le mécanisme conventionnel et par les mécanismes de protection judiciaire nationaux », *op. cit.*, p. 27.
  22. Il n'est pas évident par exemple, que la CEDH adhère pleinement aux restrictions admises par le juge communautaire au droit de grève dans l'arrêt CJCE, 11 décembre 2007, Viking, C-438/05.
  23. Antonio Bultrini, « La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 8.

de l'Union de la nécessité de revoir l'acte jugé contraire à la Convention. De toute évidence, une telle démarche peut vite représenter une épreuve insurmontable ! De même, les juges nationaux ultérieurement confrontés à des litiges de même nature se trouveront bien embarrassés, ayant à choisir entre l'inconciliable, s'est à dire se plier à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg ou à celle de Strasbourg ! Autrement dit, pour la CEDH, juger responsable un Etat en raison d'une violation d'une norme de l'UE risque de conduire au bout du compte à l'impossibilité d'assurer l'application de l'arrêt ainsi rendu !

On l'a compris, c'est donc par pur pragmatisme que la CEDH a développé la théorie de la protection équivalente. C'est pourquoi la question de l'adhésion de l'UE à la Convention du 4 novembre 1950 reste hautement souhaitable pour sortir de cette situation. Mais règlera-t-elle tous les problèmes ?

## **II – QUELLE RESPONSABILITÉ APRÈS L'ADHÉSION DE L'UE À LA CONVENTION ?**

Conformément à l'article 6 § 2 TUE, un projet d'accord portant adhésion de l'UE à la CEDH était publié le 14 octobre 2011 par le Comité directeur pour les droits de l'Homme du Conseil de l'Europe<sup>24</sup>. Cet accord, dont l'objet est d'apporter un certain nombre de réponses aux difficultés posées par cette perspective<sup>25</sup>, vient préciser ce que pourraient être les modalités de mise en œuvre de la responsabilité de l'UE une fois cette adhésion effective. Mais l'accord laisse dans l'ombre une question hautement délicate : l'avenir de la jurisprudence de la protection équivalente...

En effet, s'il apparaît que l'on s'engage vers un nouveau partage de responsabilité entre l'UE et ses Etats membres (A), une inconnue demeure sur la prise en compte par la CEDH des spécificités de l'ordre juridique de l'UE (B).

---

24. Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Comité directeur pour les droits de l'homme, Rapport, Réunion extraordinaire, 12-14 octobre 2011, CDDH-UE(2011)16.

25. Voir notamment Xavier Groussot, Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011, in Fondation Robert Schuman, Question d'Europe n°218, Novembre 2011, pp. 1-19.

## A – Vers un nouveau partage de responsabilité entre l'UE et ses Etats membres

Concrètement, si l'adhésion devient effective, la responsabilité de l'UE pourra être directement engagée en cas d'atteinte aux droits garantis par la Convention imputable à un acte de l'Union. Ainsi, un requérant victime d'une décision adoptée par une institution européenne qu'il estime incompatible avec la Convention pourra désormais agir contre l'UE devant la CEDH. Cela supposera néanmoins, à l'instar des recours exercés directement contre les Etats, qu'il ait épuisé les voies de recours internes, c'est-à-dire ici qu'il ait d'abord agi devant le juge de l'Union<sup>26</sup>. Ici, l'UE, directement assignée devant la Cour, assurera sa défense et pourra le cas échéant voir sa responsabilité engagée.

Mais il est une autre hypothèse qu'il ne faut pas perdre de vue. Comme il a été dit, la Cour, jusqu'à aujourd'hui, a eu à connaître indirectement du droit de l'UE à travers des mesures nationales d'exécution. Ce cas de figure n'a bien entendu pas lieu de disparaître. C'est même très certainement, de toutes les affaires où la CEDH aura à connaître de la compatibilité du droit de l'UE à la Convention, celles qui demeureront les plus fréquentes, compte tenu de l'importance des mesures nationales d'application du droit de l'UE. Or, le système actuel présente ces limites dans la mesure où le recours s'exerce contre un Etat alors qu'il n'est qu'indirectement responsable, se limitant à appliquer une obligation venant de l'UE. Autrement dit, il serait plus logique dans un tel cas que l'UE puisse être directement partie au différend. C'est ce que prévoit le protocole d'accord en mettant en œuvre le régime du codéfendeur. Ainsi, lorsque le recours est directement exercé contre un Etat membre de l'UE et qu'il « met en cause la compatibilité d'une disposition du droit de l'UE avec les droits de la Convention en question, notamment lorsque cette violation n'aurait pu être évitée qu'en méconnaissant une obligation découlant du droit de l'UE », l'UE pourra devenir codéfendeur<sup>27</sup>. Cela signifie concrètement qu'elle deviendra partie au différend et que sa responsabilité pourra être engagée à côté de celle de l'Etat visé par la requête qui a conduit à la saisine de la Cour<sup>28</sup>. De la même

26. Conformément à l'article 35 § 1 de la Convention aux termes duquel « La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ».

27. Conformément à l'article 3 § 2 du projet d'accord d'adhésion.

28. Ce nouveau dispositif se distinguerait donc clairement de celui de la tierce intervention de l'article 36 de la Convention qui prévoit à ses paragraphes 1 et 2 que « dans toute affaire devant une Chambre ou la Grande Chambre, une Haute Partie contractante dont

façon, et de façon tout à fait logique, lorsque c'est le droit primaire de l'UE qui est en cause, les vingt-sept pourront devenir codéfendeurs puisque ce sont eux qui adoptent les traités.

Ainsi, le mécanisme permettrait, en toutes hypothèses, d'assurer à celui qui détient le pouvoir de modifier la norme jugée incompatible avec la Convention, d'agir en tant que codéfendeur dans la procédure, c'est-à-dire l'UE lorsqu'il s'agit du droit dérivé et ses Etats membres quand est en cause le droit primaire. Pour autant, et c'est là l'avantage du système, que le recours au système du codéfendeur soit au non utilisé, car il s'agirait d'une faculté, non pas d'une obligation, la Cour pourra désigner un responsable puisque, selon les cas de figure, l'incompatibilité du droit de l'Union avec la Convention pourra engager la responsabilité d'un ou de plusieurs Etats de l'UE, de l'Union elle-même ou d'un ou des Etats et de l'UE de façon conjointe. La victime de la violation alléguée semble donc devoir être gagnante avec ce dispositif et le système européen de garantie des droits de l'homme pourrait y gagner en cohérence.

Cependant, un tel régime de responsabilité ne sera satisfaisant qu'à condition que le juge de Strasbourg exerce un contrôle entier, ce qui pose la question de la place laissée dans la jurisprudence de la CEDH à la spécificité de l'ordre juridique de l'UE.

## **B – La prise en compte problématique des spécificités de l'ordre juridique de l'UE**

Annexé au Traité de Lisbonne, le Protocole numéro 8<sup>29</sup> qui aborde la question de l'adhésion de l'Union à la Convention, vient semer le trouble quant aux intentions réelles des Etats membres de l'Union. Pour ses rédacteurs, il s'agissait de préciser les modalités et la portée d'une telle adhésion afin d'encadrer la négociation entamée avec le Conseil de l'Europe. A ce titre le protocole met en évidence le fait que, malgré l'engagement pris avec le traité de Lisbonne d'adhérer à la Convention,

---

un ressortissant est requérant a le droit de présenter des observations écrites et de prendre part aux audiences » et que, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences ».

29. « Protocole relatif à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

cette question suscite encore de nombreuses résistances. Il est d'ailleurs révélateur que malgré l'avis rendu par la CJCE le 28 mars 1996<sup>30</sup> qui indiquait que l'adhésion à la Convention nécessitait une modification du droit primaire de l'UE, les Etats n'ont profité ni du Traité d'Amsterdam en 1997, ni de celui de Nice en 2001 pour prévoir une telle adhésion, mais ont attendu 2007 pour franchir le pas avec le Traité de Lisbonne.

Signe de cette résistance, l'article premier dudit protocole précise que l'accord d'adhésion « doit refléter la nécessité de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union » sans que ces caractéristiques ne soient définies, du moins de façon exhaustive. Au-delà des exigences de procédure explicitement abordées par le protocole<sup>31</sup>, on doit également y lire implicitement l'attachement maintes fois défendu par la CJUE à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. De fait, lorsque le juge de Luxembourg est amené à se référer à une source extérieure au droit de l'Union pour garantir les droits, il le fait toujours en tenant compte de cette autonomie. Ainsi, la CJUE n'hésite pas à mettre en balance des libertés fondamentales avec des objectifs du traité. A ce titre, la jurisprudence Viking<sup>32</sup> à propos du droit de grève<sup>33</sup> est symptomatique. Exerçant son travail d'interprétation, le juge de l'Union considère que « le droit de mener une action collective qui a pour but la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité », en l'occurrence ici la liberté d'établissement. Cependant, pour la Cour, l'exercice de ce droit de grève doit aussi être proportionné par rapport à l'entrave qu'il porte à la liberté d'établissement. Autrement dit, une liberté peut être limitée, mise en balance avec un objectif fixé par le traité. Cela signifie que la CJUE protège les droits de l'homme non pas en intégrant à la lettre l'interprétation qui en serait faite par des organes extérieures, qu'il s'agisse de la CEDH ou des Cours suprêmes des Etats

30. CJCE, Avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rec. p. I-1759.

31. Il s'agit de préserver les modalités particulières de l'éventuelle participation de l'Union aux instances de contrôle de la Convention européenne ainsi que les mécanismes nécessaires pour garantir que les recours formés par des États non membres et les recours individuels soient dirigés correctement contre les États membres et/ou l'Union, selon le cas.

32. CJCE, 11 décembre 2007, Viking, C-438/05

33. Bien que non explicitement garanti par la Convention, la CEDH a reconnu le droit de grève en s'appuyant sur l'article 11 de la Convention qui garantit la liberté syndicale. CEDH, 12 novembre 2008, Demir et Baykara c. Turquie, req. no 34503/97 et de façon plus explicite, CEDH, 21 avril 2009, Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie (req. no 68959/01)

membres, mais en recourant à sa propre interprétation de ces droits qui tient compte des objectifs spécifiques des traités de l'UE.

Pourtant, en adhérant à la Convention, l'UE est sensée accepter de se soumettre au contrôle du Juge de Strasbourg qui ne partagera pas nécessairement de façon systématique l'interprétation du droit de l'UE issue de la jurisprudence de la CJUE. Autrement dit, c'est le monopole d'interprétation du juge de Luxembourg qui est ici en cause. Or, ce point délicat pourrait faire obstacle à l'achèvement du processus d'adhésion. En effet, de deux choses l'une, ou bien le projet d'accord reste silencieux sur la question et c'est la CJUE qui pourrait montrer sa désapprobation. Or, elle détient le pouvoir d'empêcher une telle adhésion si, consultée sur la compatibilité entre le projet d'adhésion et le droit primaire de l'UE, elle venait à se prononcer dans le sens d'une incompatibilité !

De fait, il pourrait être tentant d'intégrer dans l'accord des dispositions qui viendraient codifier en quelque sorte la jurisprudence *Bosphorus* en encadrant le contrôle exercé par la CEDH à l'égard des actes de l'UE. Mais, dans cette hypothèse, l'opposition pourrait venir cette fois d'un ou des Etats du Conseil de l'Europe qui ne sont pas membres de l'UE. Ces derniers seraient susceptibles de voir d'un mauvais œil le fait qu'un régime spécifique s'applique à l'UE. Or, l'accord d'adhésion devra obtenir l'approbation unanime des membres du Conseil de l'Europe !

Enfin, il est également possible et souhaitable au final de penser que la voie de la sagesse puisse finir par l'emporter. D'abord parce que, en toutes hypothèses, il n'appartient pas à la CEDH de se prononcer sur la nullité d'un acte de l'UE pas plus qu'elle ne le fait pour les actes nationaux. En effet, le juge de Strasbourg se limite à constater l'incompatibilité de la norme contestée avec la Convention. Il appartient donc à la partie défenderesse de tirer comme elle l'entend les leçons de ce constat d'incompatibilité. L'autonomie de l'ordre juridique de l'UE s'en trouve, de ce fait, formellement préservée. Ensuite les risques de divergence entre les deux juridictions sont probablement plus limités qu'on ne pourrait le penser et si le juge de Strasbourg pourra à l'occasion désavouer celui de Luxembourg, ce cas de figure restera sans doute exceptionnel. C'est pourquoi il semble possible de faire confiance à un « dialogue des juges » constructif qui a, jusqu'à ce jour, malgré des tensions évidentes<sup>34</sup>, plutôt tiré vers le haut la protection des droits de l'homme en Europe.

34. A ce sujet, voir Denys Simon, *Des influences réciproques centre CJCE et CEDH : "je t'aime, moi non plus" ?*, in *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 31-46.





# 8

## Prévention et réparation des dommages environnementaux dans le cadre de l'Union Européenne : une nouvelle approche du droit de la responsabilité

*Damien Thierry*

---

Professor (Universidade François Rabelais - UFR, Tours, França). Coordenador do *Master 2 juriste européen/UFR*. Membro do GERCIE/UFR - EA 2110 (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia - Groupe d'étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne).

**Sommaire:** I – Un champ d'application de la directive trop réducteur: A - Les dommages pris en compte; B – Le responsable du dommage; C – Le lien de causalité – II – Des modalités de la réparation aux contours imprécis: A – Une obligation d'agir; B – Une réparation par équivalence; C – La garantie financière.

Comme partout ailleurs dans le monde, le développement économique de l'Union européenne s'est accompagné d'une inquiétante détérioration de son environnement. On ne compte plus les habitats naturels dégradés, les espèces animales ou végétales menacées de disparition ou les sols, eaux de surfaces ou nappes phréatiques gravement pollués en raison des activités humaines. Pourtant, malgré ce constat, l'environnement reste le parent pauvre des régimes de responsabilité. De fait, s'il est possible pour la victime d'une pollution d'être dédommée pour les pertes économiques qu'elle subit ou pour les atteintes qui en découlent sur sa santé, l'environnement en tant que tel sera le plus souvent oublié des mesures de réparation faute d'affecter directement les droits d'une victime.

C'est pour tenter, au moins en partie, de combler cette lacune qu'a été adoptée la directive européenne du 21 avril 2004 portant sur la

responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux<sup>1</sup> qui trouve sa justification dans le fait qu'il « existe actuellement dans la Communauté de nombreux sites pollués qui présentent des risques graves pour la santé » et que « les pertes de biodiversité se sont accélérées de manière spectaculaire au cours des dernières années »<sup>2</sup>.

Avec cette directive, l'Union met en œuvre pour la première fois le principe du pollueur-payeur inscrit dans les traités depuis l'Acte unique européen des 17 et 28 février 1986<sup>3</sup>. Il s'agit donc, conformément à la définition formulée quelques années plus tard lors de la conférence de Rio de 1992, de considérer que « les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement »<sup>4</sup>. Conformément à ce principe, la directive pose la règle de la responsabilité de l'auteur du dommage environnemental et organise les modalités de la réparation. Mais elle dépasse aussi ce principe puisqu'elle impose également l'adoption de mesures de prévention.

Or, si cette directive a justifié plus d'une vingtaine d'années de travaux et de tergiversations avant d'être adoptée<sup>5</sup>, c'est qu'elle vient révolutionner le droit de la responsabilité. Il s'agit en effet d'instaurer un régime de responsabilité sans victime, la seule victime ici étant

- 
1. Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JOUE L 143 du 30 avril 2004 p. 56).
  2. Directive 2004/35, préambule, § 1.
  3. C'est depuis l'Acte unique européen que l'Union est compétente pour agir dans le domaine de la politique de l'environnement. Le principe du pollueur-payeur se trouve aujourd'hui inscrit à l'article 191 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
  4. Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, adoptée le 12 août 1992 par l'Assemblée générale de l'ONU, Principe n°16 A/CONF.151/26 (Vol. I).
  5. Un tel processus n'a pas été facile à mettre en œuvre, les premières initiatives remontant même à 1983 où un régime de responsabilité civile pour les dommages causés par des déchets dangereux avait fait l'objet d'un projet de directive mais qui sera finalement abandonné. Il faudra donc plus de vingt années de travaux, de réflexions, et l'adoption d'un livre Blanc de la Commission en 2000 sur ce sujet avant que le législateur européen n'adopte enfin cette directive. Voir Patrick Thieffry, *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> édition, Bruylant 2011, p. 795-796.

l'environnement, en l'absence de toute intervention du juge, les mesures de réparation étant décidées par l'autorité administrative et qui n'a pas pour objet d'indemniser mais de réparer et surtout de prévenir ! Autrement dit, on est a priori beaucoup plus proche ici d'un régime de police administrative que d'un régime de responsabilité dans la mesure où, « à la relation triangulaire demandeur-juge-défendeur est en effet préféré un schéma bilatéral où une autorité compétente s'assure du respect des mécanismes de prévention et de réparation par l'exploitant »<sup>6</sup>. Mais il s'agit d'une police bien particulière, d'une « police de la réparation »<sup>7</sup> qui fait de ce dispositif un régime novateur se trouvant finalement à mi-chemin entre le droit de la responsabilité et celui de la police administrative.

Pour autant, même si cette directive apporte « une innovation notable au droit de l'Union européenne »<sup>8</sup>, elle garde largement un goût d'inachevé. En effet, « fruit du compromis, la directive cherche à concilier mécanismes de droit public et responsabilité civile, sous l'égide du principe pollueur-payeur. Il n'est pas certain que celui-ci y gagne en crédibilité, pas plus que le dommage environnemental en "réparabilité" »<sup>9</sup>.

Ces limites visibles, touchent à la fois au champ d'application de la directive qui reste trop réducteur (I) et aux modalités de la réparation dont certains aspects paraissent trop indéfinis (II)

## **I – UN CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE TROP RÉDUCTEUR**

Il s'agira ici, en vrai régime de responsabilité, d'identifier le dommage (A), le responsable (B) et enfin d'établir un lien de causalité entre les deux premiers (C).

### **A - Les dommages pris en compte**

Le premier élément remarquable de la directive tient donc à la reconnaissance d'un dommage en dehors de toute atteinte à des intérêts privés.

6. Olivier Fuchs, Responsabilité administrative et mise en oeuvre de la directive n°2404/35/CE par l'autorité compétente, in Chantal Cans (dir.), La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation, Dalloz, 2009, p. 295

7. Ibidem.

8. Patrick Thieffry, op. cit., p 793.

9. Agathe Van Lang, Réflexions désenchantées sur quelques aspects récents de la responsabilité environnementale, in Mélanges Prieur, op. cit., p. 1692.

Ici, il n'est pas question de réparer les préjudices économiques ou corporels<sup>10</sup>, ni même les dommages moraux à travers des dommages intérêts versés par exemple à une association de protection de la nature affectée par la destruction d'espèces ou d'habitats pour la défense desquels elle agit. Mais, il s'agira de réparer des dommages en nature, c'est-à-dire d'effacer autant que possible l'atteinte causée à l'environnement. C'est là une avancée remarquable mais une avancée encadrée, limitée dans sa portée. Toute atteinte à l'environnement ne relève pas en effet de ce régime.

Concrètement, la directive prend en compte trois types des dommages : ceux relatifs aux habitats et aux espèces, ceux affectant les eaux et enfin ceux touchant les sols. De plus, la directive entend par dommage non seulement la « modification négative mesurable d'une ressource naturelle », mais aussi la « détérioration d'un service lié à des ressources naturelles »<sup>11</sup>. La prise en compte d'une atteinte à un service écologique représente une véritable innovation<sup>12</sup>, ces services étant définis comme « les fonctions assurées par une ressource naturelle au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public »<sup>13</sup>. Par exemple, une surface forestière est susceptible de fournir toute une série de services qui pourront être pris en compte, qu'il s'agisse de son rôle important pour assurer le maintien des sols ou absorber les gaz à effet de serre ou encore de son intérêt comme lieu de détente, de loisirs ou d'activités cynégétiques...

Pourtant, en dépit de cette approche nouvelle, les dommages sont abordés dans l'ensemble de façon plutôt restrictive. Ainsi, pour ce qui touche à la biodiversité, toutes les atteintes à la faune, à la flore et aux habitats ne sont pas concernés. Seuls les dommages causés aux espèces et habitats naturels déjà protégés au niveau communautaire par les directives « oiseaux sauvages » de 2009<sup>14</sup> et « habitats » de 1992<sup>15</sup> béné-

---

10. Il ressort explicitement du § 14 du préambule de la directive 2004/35 que « la présente directive ne s'applique pas aux dommages corporels, aux dommages aux biens privés, ni aux pertes économiques et n'affecte pas les droits résultant de ces catégories de dommages ».

11. Directive 2004/35, préambule, § 2.

12. Voir Isabelle Doussan, Les services écologiques : un nouveau concept pour le droit de l'environnement ?, in Chantal Cans, op. cit., pp. 125-142.

13. Directive 2004/35, préambule, § 13.

14. Il s'agissait alors de la directive 79/409/CEE remplacée depuis par la directive 2009/147/CE du PE et du Conseil du 30 novembre 2009 concernant la conservation des oiseaux sauvages (JO L 20 du 26/01/1970, p. 7).

15. Directive 92/43/CEE du Conseil concernant la conservation des habitats naturels ainsi que la faune et de la flore sauvages (JO L 206 du 22/07/1992, p. 7).

ficient de ce régime. Or, ces législations européennes ont été adoptées pour préserver les espèces et habitats qui présentent déjà un mauvais état de conservation, qui sont menacées ou présentent un enjeu patrimonial très important en raison de leur rareté. Autrement dit, la directive responsabilité ne s'intéresse pas à la nature ordinaire ce qui va à l'encontre de l'objectif affiché de freiner les pertes de la biodiversité. Certes la directive laisse la voie ouverte aux Etats pour aller plus loin encore. Ceux-ci pourront étendre ce régime aux espèces et habitats naturels protégés en application de leur législation nationale qui peut être plus large en couvrant plus d'espèces et d'habitats que ceux visés par les directives oiseaux et habitats<sup>16</sup>. Mais cela ne reste qu'une option<sup>17</sup>.

Les dommages causés aux eaux et aux sols bénéficient en revanche d'un sort plus favorable car ils ne font pas l'objet de la même restriction de leur champ d'application. Pour les eaux, bien que le régime soit là aussi directement lié à une législation existante, la « directive eau » du 23 octobre 2000<sup>18</sup>, le domaine couvert est très large puisque la directive « a pour objet d'établir un cadre pour la protection des eaux intérieures de surface, des eaux de transition, des eaux côtières et des eaux souterraines »<sup>19</sup>, à l'exclusion cependant de la zone économique exclusive. Quant aux dommages aux sols, c'est l'ensemble des sols qui sont *a priori* concernés, le législateur européen n'étant pas intervenu dans ce domaine.

Cependant, en toutes hypothèses, que le dommage affecte la biodiversité, les eaux ou les sols, une double restriction vient limiter l'engagement de la responsabilité. Celle-ci ne peut être engagée que pour les dommages survenus à partir du 30 avril 2007, date limite de transposition, et surtout qu'à la condition que l'atteinte présente un certain niveau de gravité. Ainsi, concernant le dommage à la biodiversité, il faut qu'il «

16. Conformément au paragraphe 6 du préambule de la directive 2004-35.

17. On notera cependant que quatorze des vingt-sept Etats membres ont opté pour un tel élargissement en transposant la directive dans leur droit national. Il s'agit de l'Autriche, la Belgique, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Grèce, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Suède et du Royaume-Uni. Source : Rapport de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, conformément à l'article 14 § 2 de la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, Bruxelles, le 12/10/2010, COM (2010) 581 final, § 2.2.

18. Directive n° 2000/60/CE du 23/10/2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

19. Article 1<sup>er</sup> de la directive.

affecte gravement la constitution ou le maintien d'un état de conservation favorable de tels habitats ou espèces »<sup>20</sup>. Ce critère doit être apprécié selon des éléments précisés en Annexe 1 de la directive, c'est-à-dire tient compte, par exemple, de facteurs tels que le nombre d'individus touchés ou l'importance du site endommagé pour la reproduction d'une espèce animale. C'est surtout la capacité de rétablissement de la faune, de la flore ou de l'habitat affecté qui permettra d'établir si l'atteinte à la biodiversité est ou non significative. Une telle approche risque de montrer ses limites car dans les faits, si de nombreuses espèces animales ou végétales tendent à disparaître, c'est souvent dû à la multiplication de petits dommages qui chacun, individuellement, ne peuvent être considérés comme suffisamment graves pour justifier la mise en œuvre de ce régime de responsabilité.

Pour le régime des eaux, on retrouve la même condition d'intensité du dommage, puisqu'il faut qu'il « affecte de manière grave et négative l'état écologique, chimique ou quantitatif ou le potentiel écologique des eaux concernés »<sup>21</sup>. L'appréciation du critère de gravité joue donc un rôle décisif dans la mise en œuvre du dispositif. Enfin, pour ce qui touche aux atteintes aux sols, le critère s'avère plus restrictif encore dans la mesure où la responsabilité ne peut être engagée qu'à la condition que la contamination en cause « engendre un risque d'incidence négative grave sur la santé humaine »<sup>22</sup>. On mesure ici les problèmes qui découlent d'une telle disposition compte-tenu de la difficulté à apporter la preuve scientifique d'une telle incidence négative grave sur la santé, surtout lorsque les symptômes mettent des années à se manifester !

Ainsi, innovante dans son principe, la directive semble paradoxalement limiter la portée de ces avancées par les conditions restrictives qui entourent la mise en œuvre du régime de responsabilité, au risque de voir de trop nombreuses atteintes à l'environnement échapper à ce régime de responsabilité.

---

20. Article 2, Point 1, Sous a).

21. Directive 2004/35, Article 2, Point 1, Sous b).

22. Plus précisément, il s'agit de « toute contamination des sols qui engendre un risque d'incidence négative grave sur la santé humaine du fait de l'introduction directe ou indirecte en surface ou dans le sol de substances, réparations, organismes ou micro-organismes », directive 2004/35, article 2, § 1 c).

## B – Le responsable du dommage

Un deuxième enjeu essentiel concerne la désignation du responsable du dommage. L'option qui a été retenue consiste à imputer le dommage au seul exploitant, c'est-à-dire à celui qui exerce « dans le cadre d'une activité économique, d'une affaire ou d'une entreprise, indépendamment de son caractère privé ou public, lucratif ou non lucratif »<sup>23</sup>. Surtout, l'intérêt de la directive est d'instaurer un régime de responsabilité sans faute pour tous les dommages imputables à des activités par nature dangereuses pour l'environnement, celles-ci étant citées en Annexe III de la directive. Sont visés ici des secteurs économiques qui font déjà l'objet d'une réglementation européenne au titre de la politique de prévention comme c'est le cas, par exemple, des activités impliquant des émissions industrielles de produits polluants<sup>24</sup>, le stockage de produits dangereux<sup>25</sup>, le transport des produits dangereux<sup>26</sup>, l'exploitation des déchets<sup>27</sup>, ou encore l'utilisation de produits biocides<sup>28</sup> ou le recours aux organismes génétiquement modifiés<sup>29</sup>. Selon les cas, le régime de responsabilité sans faute s'applique, en application de l'annexe III, sous condition ou non de seuil. Pour tous ces exploitants, la seule démonstration d'un lien de causalité entre leurs activités et le dommage suffit donc pour engager leur responsabilité.

Par ailleurs, de façon complémentaire, la directive s'adresse également à toutes les autres activités professionnelles qui ne relèvent pas de l'Annexe III, couvrant ainsi des secteurs très larges comme les infrastructures de transport et de tourisme, le bâtiment, ou encore l'agriculture<sup>30</sup>.

---

23. Directive 2004/35, article 2, Point 7.

24. Voir la directive 2010/75/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (JOUE L 334 du 17/12/2010 p. 17).

25. Voir la directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (JOUE L 197 du 24/07/2012 p. 1).

26. Voir la directive 2008/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 2008 relative au transport intérieur des marchandises dangereuses (JOUE L 260 du 30/09/2008 p. 13).

27. Voir la directive 2008/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative aux déchets (JOUE L 312 du 22/11/2008, p. 3).

28. Voir la directive 98/8/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 concernant la mise sur le marché des produits biocides (JO L 123 du 24.4.1998, p. 1).

29. Voir la directive 2009/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 06 mai 2009 relative à l'utilisation confinée de micro-organismes génétiquement modifiés (JOUE L 125 du 21/05/2009 p. 75).

30. En ce sens, Patrick Thieffry, op. cit., p. 798-799.

Cependant, pour ces dernières, la responsabilité ne peut être engagée que sur la base d'une faute et uniquement en cas de dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés, ou en cas de menace imminente de tels dommages.

Là encore, le sentiment est très partagé car si « le fait que des activités économiques qui ne sont pas généralement concernés par les réglementations environnementales soient pour la première fois visées par un régime spécifique de responsabilité doit être souligné »<sup>31</sup>, la porte ainsi ouverte est en partie refermée par une double restriction. D'abord ce régime ne concerne pas les atteintes aux eaux et aux sols qui ne pourront bénéficier d'une réparation sur cette base, même en cas de faute grave ! Ensuite, la nécessité d'une faute pour le régime des espèces et habitats a pour effet d'écarter de très nombreux dommages dus à un exercice jugé normal d'une profession. Par exemple, il sera impossible d'engager la responsabilité d'un exploitant forestier qui utilise les méthodes traditionnellement reconnues par la profession alors même que celles-ci ont susceptibles, en coupant de façon systématique les arbres d'une même catégorie d'âge, de provoquer la disparition d'espèces protégées qui dépendent étroitement de ces milieux.

A ces premières limites viennent s'ajouter plusieurs cas d'exonération qui sont invocables même dans le cadre de la responsabilité sans faute. Ainsi, l'exploitant pourra s'exonérer de sa responsabilité si le dommage « est le fait d'un tiers, en dépit de mesures de sécurité appropriées » ou encore s'il « résulte du respect d'un ordre ou d'une instruction émanant d'une autorité publique »<sup>32</sup>. Surtout, les Etats peuvent décider que l'exploitant n'est pas tenu de supporter les coûts des actions de réparation si le dommage est dû, en l'absence de faute ou négligence, à une émission expressément autorisée, ou du fait du risque de développement, c'est à dire si l'exploitant prouve que l'émission n'était pas considérée comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard des connaissances scientifiques et techniques au moment où l'émission a eu lieu<sup>33</sup>.

On retrouve également des cas d'exonération classiques lorsque le dommage est imputable à la défense nationale ou à une catastrophe naturelle. Enfin, échappent au champ d'application de la directive les activités qui relèvent déjà de régimes spécifiques qui découlent de traités

---

31. Patrick Thieffry, op. cit., p 798.

32. Directive 2004/35, article 8 § 2.

33. Directive 2004/35, article 8 § 4.



internationaux : c'est le cas de l'industrie nucléaire<sup>34</sup>, des dommages occasionnés par les hydrocarbures<sup>35</sup> et du transport maritime ou terrestre des matières dangereuses<sup>36</sup>. A noter que ce dernier régime d'exonération n'est pas sans poser quelques difficultés majeures. Il y a lieu par exemple de s'interroger sur la question de savoir si, dans l'hypothèse d'une marée noire, les dommages causés à la nature sont susceptibles d'être couverts ou non par la directive. Sur ce point, nous partageons la position de Nicolas de Sadeleer qui défend « la thèse selon laquelle de tels dommages tombent dans le champ d'application de la directive dès que la convention invoquée ne couvre pas spécifiquement les dommages causés aux espèces de la faune »<sup>37</sup>.

### C – Le lien de causalité

La directive reste très silencieuse sur les modalités permettant d'établir le lien de causalité. C'est pourtant là une question essentielle qui peut dans certaines hypothèses constituer un obstacle important à l'engagement de la responsabilité. Cependant, de façon plutôt satisfaisante, la CJCE a eu l'occasion de combler cette lacune en apportant à cet égard quelques précieux éclaircissements. De fait, la Cour reconnaît d'abord que l'Etat peut mettre en œuvre des moyens étendus afin

- 
34. Visées à l'Annexe V de la directive, il s'agit de la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, et de la Convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963 ; de la Convention de Vienne du 21 mai 1963 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire ; de la Convention du 12 septembre 1997 sur le financement complémentaire en relation avec les dommages nucléaires ; du Protocole conjoint du 21 septembre 1988 concernant l'application de la convention de Vienne et de la convention de Paris et de la Convention de Bruxelles du 17 décembre 1971 relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime des matières nucléaires.
  35. Conventions internationales du 27 novembre 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et la Convention internationale du 23 mars 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute.
  36. Convention internationale du 3 mai 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses et Convention du 10 octobre 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure.
  37. La directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale : avancée ou recul pour le droit de l'environnement des Etats membres, in Geneviève Viney et Bernard Dubuisson (dir), Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. Point de vue franco-belge, Bruylant, 2006, p. 754.

d'identifier l'auteur de l'atteinte à l'environnement. L'autorité dispose à ce titre d'une marge d'appréciation quant aux procédures, aux moyens devant être déployés et à la durée d'une telle recherche<sup>38</sup>.

De plus, afin d'éviter que de telles situations n'aboutissent à un déni de responsabilité, la Cour a reconnu un régime de présomption de responsabilité. En effet, le juge européen a considéré qu'une réglementation d'un Etat membre peut prévoir que l'autorité compétente a la faculté d'imposer des mesures de réparation de dommages environnementaux en présumant un lien de causalité entre la pollution constatée et les activités du ou des exploitants, et ce en raison de la proximité des installations de ces derniers avec la pollution<sup>39</sup>. Pour autant, le principe du pollueur-payeur supposant que le pollueur ait été clairement identifié dans la mesure où seul celui-ci peut être tenu pour payeur, il faut que cette présomption repose sur des « indices plausibles susceptibles de fonder sa présomption »<sup>40</sup>. Dans l'affaire relative à la pollution de la rade d'Augusta en Sicile, la proximité des exploitants avec la zone contaminée et la correspondance entre les substances polluantes retrouvées et les composantes utilisées par cet exploitant nourrissent de façon suffisante une telle présomption. De fait, l'exploitant ne pourra échapper à l'engagement de sa responsabilité que s'il parvient à renverser cette présomption.

## **II – Des modalités de la réparation aux contours imprécis**

Les modalités de la réparation se caractérisent elles-mêmes par des dispositions innovantes tout en laissant un goût d'inachevé. La directive impose ainsi une obligation d'agir (A), exige une réparation par équivalence (B) mais reste largement silencieuse sur les mécanismes de garantie financière (C).

### **A – Une obligation d'agir**

Comme il a été déjà indiqué, la logique de la directive n'est pas d'organiser l'indemnisation mais de favoriser l'adoption de mesures adaptées pour répondre de la façon la plus efficiente possible face à un dommage. C'est pourquoi la directive impose une obligation d'agir. Surtout,

---

38. CJCE, 9 mars 2010, Raffinerie Méditerranée, C378/08, point 65.

39. CJCE, 9 mars 2010, Raffinerie Méditerranée, C378/08, point 56.

40. Ibidem, point 57.

cette obligation s'applique non seulement si le dommage a été constaté, mais aussi lorsqu'il y a une menace imminente d'atteinte à l'environnement. Ainsi, le principe du pollueur payeur se trouve ici complété de façon tout à fait utile par celui de prévention.

Là encore, l'obligation pèse d'abord sur l'exploitant qui doit, de sa propre initiative, adopter les mesures préventives nécessaires « lorsqu'un dommage environnemental n'est pas encore survenu, mais qu'il existe une menace imminente qu'un tel dommage survienne »<sup>41</sup>. Par ailleurs, en cas d'inaction ou d'action insuffisante de la part de l'exploitant, l'autorité compétente désignée par chaque État membre peut l'obliger à prendre les mesures préventives appropriées. Enfin, l'autorité peut prendre elle-même les mesures nécessaires si l'exploitant fait preuve de défaillance à agir. Ce dispositif présente un double intérêt. D'abord, il complète, renforce les réglementations déjà existantes en matière de prévention pour ce qui touche aux activités dangereuses. Ensuite, il crée des obligations nouvelles pour les activités qui ne sont pas soumises à la réglementation européenne.

Dans le même esprit, dans l'hypothèse cette fois où le dommage s'est produit, les mesures devant être prises au titre des actions de réparation reposent sur le même mécanisme. Elles peuvent être prises à l'initiative même de l'exploitant qui en informe alors les autorités compétentes, mais peuvent aussi l'être sur ordre des autorités administratives, voire effectuées par ces dernières. Ainsi, l'autorité compétente peut imposer le type de mesures à prendre, exiger que certaines mesures plus adaptées que celles envisagées par l'exploitant soient prises, ou encore décider de l'ordre de priorité des mesures de réparation si plusieurs dommages se sont produits.

La limite ici vient de la faculté et non de l'obligation de l'autorité compétente d'exercer sa contrainte sur le pollueur, voire d'agir en ces lieux et places. Une telle décision pourra dépendre le cas échéant de considérations extra-environnementales telles que la volonté de préserver une entreprise dans un contexte économique difficile. Il reste que, si aucune initiative n'est prise de part et d'autre, la directive prévoit que toute personne physique ou morale ayant un intérêt à agir, peut saisir l'autorité administrative compétente afin de lui demander d'agir auprès de l'exploitant, la directive indiquant que les ONG agissant dans le

---

41. Directive 2004/35, article 5 § 1.

domaine de la protection de l'environnement sont réputées remplir cette dernière condition<sup>42</sup>. La portée et l'efficacité d'une telle disposition reste cependant encore incertaine...

En toutes hypothèses, les mesures préventives et de réparation restent à la charge de l'exploitant. Cela signifie que lorsque l'autorité nationale compétente décide d'agir par elle-même, elle se doit d'engager une procédure de recouvrement des frais afférents à ces mesures auprès de l'exploitant. Cette procédure devra être engagée dans les cinq ans à compter de la date d'achèvement des mesures de prévention ou de réparation ou de la date à laquelle l'exploitant responsable ou le tiers ont été identifiés, la date la plus récente étant retenue.

À l'issue de ces cinq années, l'autorité nationale ne peut plus demander le recouvrement des dépenses engagées mais elle pourra être poursuivie pour manquement devant le juge de l'Union s'il s'avère que c'est sciemment ou par négligence qu'un tel recouvrement n'a pas été demandé. En effet, en s'abstenant d'agir, l'Etat se rendrait auteur d'une double violation du droit de l'Union. Il commencerait par méconnaître les objectifs de la directive qui, en imposant la règle du pollueur-payeur, doit jouer un rôle dissuasif. Il se rendrait par ailleurs complice d'une éventuelle distorsion de concurrence dans la mesure où la prise en charge du coût de la réparation par l'autorité publique en lieu et place de l'exploitant pourrait être qualifiée d'aide d'Etat déguisée et sanctionnée en tant que telle.

## **B – Une réparation par équivalence**

Les modalités de la réparation sont précisées quant à elles en Annexe II de la directive. À ce titre une distinction doit être opérée selon le type de dommage. Mais, en toutes hypothèses, il s'agit de recourir à des mesures réelles, c'est-à-dire de procéder à une remise en l'état des sites détruits<sup>43</sup>.

Les règles applicables aux dommages affectant les sols sont les plus décevantes car la réparation se limite à imposer l'adoption des mesures nécessaires afin de garantir au minimum la suppression, le contrôle, l'endigement ou la réduction des contaminants concernés, de sorte que les

---

42. Directive 2004/35, article 12, § 1, c).

43. Pour une typologie de ces types de mesures, voir Isabel De Los Ríos, Les mesures réelles en droit de l'environnement, in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, pp. 1571-1585.

sols contaminés, compte tenu de leur utilisation actuelle ou prévue pour l'avenir, au moment où les dommages sont survenus, ne présentent plus de risque grave d'incidence négative sur la santé humaine. On peut difficilement exiger moins.

Pour les dommages causés aux eaux, aux espèces et aux habitats naturels protégés, les exigences sont plus intéressantes puisque la directive impose en priorité une réparation qui devra prendre la forme d'une réparation primaire, c'est-à-dire fondée sur le principe d'équivalence. Il s'agit de remettre en l'état initial, ou dans un état s'en approchant, les ressources naturelles ou les services endommagés. L'objectif est donc clairement de mettre un frein au recul de la biodiversité ou de la qualité des eaux en faisant en sorte que le niveau de biodiversité ou de qualité des eaux soit le même après réparation qu'avant la survenance de l'accident.

Dans le même esprit, si la réparation primaire n'est pas possible, on devra procéder à une réparation complémentaire qui consiste non plus à restaurer ce qui ne peut l'être, mais à fournir un niveau de ressources naturelles ou de services qui soit comparable à celui existant avant le dommage. Il s'agira, par exemple, d'intervenir sur un autre site, autant que possible géographiquement lié au site endommagé, et d'y établir un même niveau de richesse environnementale. Ainsi, la destruction d'un site protégé au titre de la directive habitat peut impliquer la désignation d'un nouveau site de remplacement dans lequel seront prises des mesures pour tenter d'y favoriser un même niveau de biodiversité que le site affecté.

Enfin, une réparation qualifiée de compensatoire est entreprise pour combler les pertes provisoires de ressources naturelles et de services en attendant la régénération. Elle consiste à apporter des améliorations supplémentaires aux habitats naturels et aux espèces protégées ou aux eaux, soit sur le site endommagé, soit sur un autre site. Mais elle ne peut consister en une compensation financière accordée au public.

Si la directive impose de privilégier la réparation primaire, il est admis que des mesures de réparation primaire puissent être en partie écartées au bénéfice de mesures complémentaires adaptées si elles permettent avec plus d'efficacité et de pérennité de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services semblables au niveau de ceux qui ont été perdus. Ce sera le cas, par exemple, lorsque des ressources naturelles ou des services équivalents pourraient être fournis ailleurs à un coût moindre.

Soulignons enfin que, d'une façon générale, le coût des mesures de réparation à prendre pour rétablir l'état initial, ou un niveau équivalent, ne doit pas être disproportionné par rapport aux bénéfices

environnementaux escomptés. Une telle mise en balance n'est de toute évidence pas facile à mesurer ! En l'occurrence, il s'agira de faire preuve de pragmatisme en tentant de concilier intérêts naturels, économiques, sociaux, culturels... Ce pragmatisme pourra consister également, par exemple, au titre du principe de prévention, de s'abstenir de restaurer un site où les risques qu'une nouvelle pollution ne survienne sont très importants compte tenu de sa proximité immédiate avec une zone industrielle et, dans un tel cas, de privilégier une réparation complémentaire, alors même que la réparation primaire eût été a priori possible.

### **C – La garantie financière**

C'est là le point le plus faible et pourtant le plus important de ce régime de responsabilité. En effet, un tel dispositif n'est pas sans poser de nombreux questionnements quant à la capacité financière des exploitants à faire face à leurs obligations, surtout dans un contexte de crise économique.

A ce titre, il peut paraître surprenant que la directive n'oblige pas les exploitants à se munir d'une garantie financière, telle qu'une assurance ou la participation à un fond de garantie, de manière à couvrir leur potentielle insolvabilité. La directive se limite en effet à préciser que les États membres sont tenus d'encourager les exploitants à recourir à de tels mécanismes et à promouvoir le développement de ce type de services. Or, à ce jour, seule une minorité d'États a opté pour un système de garantie obligatoire, la plupart choisissant le régime optionnel. C'est d'autant plus regrettable que cette absence d'obligation apparaît en contradiction avec les conventions de Genève du 10 octobre 1989<sup>44</sup> et de Lugano du 21 juin 1993<sup>45</sup> qui prévoient de tels systèmes de financement collectif<sup>46</sup>.

---

44. Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD). Ses articles 13 à 17 développent le régime d'une assurance obligatoire. Plus particulièrement, selon l'article 13 § 1 « La responsabilité du transporteur doit être couverte par une assurance ou une autre garantie financière, telle qu'une garantie bancaire, si les marchandises dangereuses sont transportées sur le territoire d'un Etat partie ».

45. Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement. Il découle de son article 12 que « Chaque Partie s'assure que, dans les cas appropriés, tenant compte des risques de l'activité, les exploitants exerçant une activité dangereuse sur son territoire soient tenus de participer à un régime de sécurité financière, ou d'avoir et de maintenir une autre garantie financière, à concurrence d'une certaine limite, conforme au type et aux conditions déterminés par le droit interne, afin de couvrir la responsabilité visée dans la présente Convention ».

46. En ce sens, Agathe Van Lang, op. cit., pp. 1689-1693.

C'est d'autant plus insatisfaisant que la mise en œuvre d'un fond obligatoire aurait pu permettre une mutualisation de la prise en charge du dommage dans les cas où son auteur ne serait pas identifié. A défaut d'un tel système, dans ce dernier cas, la facture devra être acquittée sur fonds publics et donc par le contribuable. Ici, on est loin du principe du pollueur-payeur. Faire payer collectivement les pollueurs potentiels eût été une solution sans doute plus satisfaisante dans l'esprit.

L'explication vient de la grande inconnue sur la disponibilité des organismes de garanties à couvrir ce nouveau régime de responsabilité. De fait, dans son rapport rendu en octobre 2010 à propos de la mise en œuvre de la directive<sup>47</sup>, la Commission se dit incapable de se prononcer sur la capacité des produits existants dans le secteur des assurances à répondre aux cas relevant de la directive. La Commission conclut même « qu'elle ne dispose pas d'éléments suffisants pour justifier à ce jour l'introduction d'un système harmonisé de garantie financière obligatoire » !

La question de la garantie financière représente certainement une faille dans le système d'autant plus que la directive ne fixe aucun plafond financier dans la mise en œuvre de la responsabilité. Or, l'absence d'un tel seuil pourrait dissuader les assureurs potentiels de couvrir de tels dommages en raison du coût économique très élevé qu'ils pourraient représenter dans certains cas. De plus, l'émergence d'organismes de garantie à l'échelle du marché européen se heurte à une autre difficulté. La directive étant une directive cadre, les mesures de transposition présentent des différences non négligeables d'un Etat à l'autre. Là encore, ce manque d'harmonisation n'est guère encourageant pour un organisme financier qui serait intéressé par ce marché.

Nul doute que ces deux questions du plafond financier et de la plus forte harmonisation seront au cœur des débats lors du réexamen de la directive prévu pour 2014, deux obstacles à lever si l'on veut parvenir à exiger des exploitants qu'ils recourent à une assurance appropriée. Il en va là certainement des chances de succès de ce régime de responsabilité.

---

47. Rapport de la Commission du 12/10/2010, COM (2010) 581 final, op. cit.





# 9

## Zona de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia: Vantagens e desafios

*Dilson Jatahy Fonseca Neto*

---

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutorando (USP). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

*Jessica Hind Ribeiro Costa*

---

Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. União Europeia: Posicionamento Global posicionamento global e apoio aos países em desenvolvimento e às suas antigas colônias – 3. MERCOSUL: Comunidade auto-suficiente? – 4. Relações MERCOSUL-UE: 4.1. Primeiros Anos; 4.2. Vantagens; 4.3. Obstáculos – 5. Conclusões – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A Paz de Westfália reforçou um sistema<sup>1</sup> de Direito Internacional focado nas relações diplomáticas voltadas para a “paz”. Trouxe, também,

- 
1. “Inexistindo uma unidade de interesses entre os Estados na esfera global, preferimos a expressão sistema internacional a comunidade internacional. O uso do termo comunidade pressupõe a existência de interesses comuns, o que no mais das vezes não é verdade, uma vez que tais interesses são extremamente diversos.” FINKELSTEIN, Cláudio. Direito Internacional. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9. Adotamos a posição apresentada, haja vista que nas relações internacionais corriqueiras os Estados

a noção embrionária de que uma paz duradoura derivava de um equilíbrio de poder, que seria exercida por órgãos internacionais, como a Santa Aliança ou atualmente pela Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar de continuar sendo um ponto importante, a “paz mundial” já não é central nas relações hodiernas.

As últimas décadas observaram mudanças radicais nas sociedades espalhadas pelo globo: novos valores, formas e objetivos ocuparam o centro do interesse dos governos. Ecologia e ambientalismo; infância, igualdade de gênero, saúde e educação; ou seja, aumentou-se a preocupação que o desenvolvimento econômico levasse em consideração o desenvolvimento social. Nesta realidade em constante evolução, as relações entre Estados envolvem, a cada dia que passa, novos temas.

Em paralelo, as relações estatais e comerciais se desenvolveram e se tornaram mais complexas. Volveu-se necessário que os países se aproximassem uns dos outros, ensejando agrupamentos cada vez mais amplos e que abrangessem cada vez mais relações e setores. Se por um lado os acordos e tratados internacionais tornaram-se multilaterais, por outro os países formaram blocos com o fito de equilibrar a balança comercial frente às grandes potências econômicas ou de ligar nações cultural e espacialmente próximas. Ou seja, à medida que a tensão entre os Estados Unidos da América (EUA) e a Rússia/União Soviética deixava o palco internacional, negociações de associação tomaram seu lugar, como União Europeia e MERCOSUL<sup>2</sup>.

É possível registrar que o continente americano é solo fértil para tais associações<sup>3</sup> e comunidades, formando atualmente uma rede

---

costumeiramente se põem como partes “confrontantes” na formação de um acordo, tratado ou mesmo na resolução de um problema. Eis que utilizar a expressão sistema também se conforma com a noção de sistema jurídico, que ocorre no caso do Direito Interno. Por outro lado, o termo comunidade aplica-se atualmente, especialmente no estudo ora realizado, às Comunidades Internacionais propriamente ditas, isto é, blocos de países que atuam juntos, com unidade de interesses. Desta nasce o Direito Comunitário, especialmente aplicado no caso da União Europeia.

2. Mercado Comum do Sul.

3. Registra-se que desde o período das independências, na primeira metade do século XIX, já havia essa tendência. Foi realizado em 1826, e.g., o Congresso do Panamá, que buscou reunir todos os países da América, inclusive os Estados Unidos e o Brasil. Apesar da grande abstinência – estes dois inclusive, foi firmado, pelos presentes Grã-Colômbia, o México, Peru e diversos outros Estados da América Central, uma aliança eterna cujo propósito era o desenvolvimento destas nações, proteção mútua em caso de guerra e para garantir os seus respectivos territórios.

intricada e interligada que se sobrepõe politicamente. Citamos algumas: ALADI, ALAC, ALCA, CELAC, OEA, NAFTA, UNASUL etc.<sup>4</sup>

A reunião de países em blocos regionais é, pois, um fato manifesto. Pode-se destacar como elemento facilitador desta realidade a globalização, fenômeno que tende a aproximar todos os países do mundo. O efeito é causado pelos sucessivos avanços da tecnologia, principalmente na área de comunicação e transportes, que proporcionam uma integração maior entre as diversas regiões do mundo na medida em que reduz as distâncias físicas e temporais.

Convém notar que essa aproximação entre Estados teve um *resultado*<sup>5</sup> curioso na Europa: a União Europeia (UE). Esta *comunidade* de países é uma situação *sui generis*, e portanto deve ser observada por tal. Não é possível, e.g., utilizar atualmente as regras e/ou princípios corriqueiros do Direito Internacional, posto que seus tratados criadores, em especial o Tratado de Maastricht e o de Lisboa estipulam princípios e regras especiais e específicas para a sua organização e coordenação.

O Direito Comunitário, que se dedica a estudar e compreender estas relações da UE pode e deve ser aplicada, com as devidas especificidades, também ao estudo do MERCOSUL. Não à toa que MERCOSUL buscou apoio e aproximação daquela desde os momentos iniciais de sua formação.

A comunidade sul-americana, no entanto, se apresenta como promessa para o futuro. Embora pareça caminhar de maneira incipiente, tem demonstrado capacidade de aprender com os erros da UE, não tendo se deixado levar pelo impulso inicial de simplesmente *copiar* o molde apresentado, mas buscando sempre suas próprias respostas.

- 
4. ALADI (Associação Latino-Americana de Integração), ALAC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio), ALCA (Área de Livre Comércio das Américas), CELAC (Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos), OEA (Organização dos Estados Americanos), NAFTA (North American Free Trade Agreement), UNASUL (União das Nações do Sul).
  5. Resultado não no sentido finalístico ou de conclusão, mas sim de consequência, fruto. Podem ser apontados diversos frutos de grande importância e influência direta na vida cotidiana do cidadão, como a ONU, a Organização Mundial do Comércio (OMC), Organização Internacional do Trabalho (OIT) ou em sentido similar à UE o próprio MERCOSUL. Por outro lado, a própria União Europeia não se encontra ainda em estágio final, sendo constantemente alterada, seja para incluir novos membros, seja para redistribuir competências, por exemplo.

Ora, como já foi dito, o cenário internacional demanda a colaboração de países em diversas matérias. Estas comunidades, que se formam a partir do interesse comum entre países, têm, portanto, como escopo regular as relações interpessoais, econômicas, sociais e ambientais, na medida em que almejam maior ou menos grau de aproximação entre os seus membros. São verdadeiras organizações internacionais com fins comuns, que instituíram a aproximação e integração/harmonização entre Estados-membros. A União Europeia e o MERCOSUL são comunidades de países que, apesar de estarem em níveis de integração diversos, acabam por apresentarem alicerces comuns.

Na União Europeia já se realizou a mais avançada experiência de integração, sendo realidade a livre circulação de bens, serviços, pessoas, existindo, inclusive, uma moeda comum em circulação entre os países. O MERCOSUL, como será visto à seguir, se inspirou inicialmente no modelo europeu, almejando e planejando instituir também um banco central e uma moeda única. Entretanto, desviou-se desse caminho, optando pela via da *harmonização* dos institutos e sistemas dos Estados-sócios.

O MERCOSUL buscou, desde a sua criação, o apoio político, econômico e institucional da UE. As razões dessa busca são muitas: sua ligação histórico-cultural com os países da península ibérica; diversificação do mercado comercial frente à influência estado-unidense no continente americano; apoio econômico e institucional para o desenvolvimento social da região etc. Atualmente, estes dois blocos caminham para estreitar os laços, o que, apesar dos obstáculos que se estabelecem, trará consequências bastante positivas para ambos.

## **2. UNIÃO EUROPEIA: POSICIONAMENTO GLOBAL E APOIO AOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO E ÀS SUAS ANTIGAS COLÔNIAS**

A União Europeia é o maior e mais bem integrado bloco de países do mundo. Essa comunidade internacional é o paradigma para o estudo de novas tendências das relações intergovernamentais, da noção de Mercado Comum, para uma nova concepção de soberania, etc. Dada a sua relevância, Sebastião Roque<sup>6</sup> se refere à este bloco como “um acontecimento que mudou a história em todos os sentidos”.

---

6. ROQUE, José Sebastião. Direito internacional público. Sao paulo: Hemus, 1997, p. 111.

Para que se possa ter uma ideia da grandiosidade do bloco, pesquisas divulgadas no site “The Worldfact Book”, vinculado a Central Intelligence Agency (CIA), revelam números impressionantes. Se fosse considerado como um único país, teria o 7º maior território do mundo, com a 3ª maior população e a maior economia, superando inclusive os Estados Unidos da América e a China. Aproximadamente 4,3 milhões de metros quadrados, 503 milhões de habitantes e um produto interno bruto de USD\$ 15,65 trilhões<sup>7</sup>.

A União Europeia surge, de forma incipiente, após a segunda guerra mundial, com o único fim de facilitar o comércio do aço e do carvão mineral. Desta antiga realidade formou-se a atual UE, hoje formada por vinte e sete Estados, que se configura como um Mercado Comum em estágio avançadíssimo de integração, tendo, inclusive moeda única, o Euro, em circulação desde o ano de 2002. Administrada pelo Banco Central Europeu, a moeda tem a função de auxiliar a integração do Mercado Comum, permitindo a igualação das relações comerciais.

A instituição de uma comunidade europeia permitiu uma aproximação inédita daqueles países. Atualmente, mais da metade do Produto Interno Bruto da UE provém do comércio intra-bloco, isso é, *comércio interno*. A Comissão Europeia tem como uma de suas metas primordiais a busca por maneiras que promovam ainda mais este comércio.

Notável, por outro lado, o esforço realizado pelos Estados-membros da UE para se aproximar e para auxiliar no desenvolvimento dos países do “terceiro mundo”, suas ex-colônias e os países vizinhos, especialmente aqueles que pretendem integrar a comunidade. Este esforço é visto de forma contraditória. Criticado por alguns e elogiado por outros, sendo muito debatido os diversos fatores/fundamentos para tais investimentos: auxílio-humanitário; “compensação” devido à exploração realizada em séculos passados; investimento para aumento de sua influência; e combate ao imperialismo estado-unidense são apenas alguns dos que se destacam entre as diversas opiniões sobre esta proposta.

Exemplo claro dessa ação comunitária una é o acordo assinado em 2000 entre a União Europeia (UE) e setenta e sete países do Grupo de Países da África, Caribe e Pacífico (ACP) denominado Acordo de Cotonou<sup>8</sup>.

---

7. Disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>> acessado em 13 de Setembro de 2012.

8. Este acordo está disponível no endereço eletrônico: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22000A1215\(01\):PT:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22000A1215(01):PT:NOT)> acessado em 13 de Setembro de 2012.

Dito contrato reveste-se de caráter comercial, entretanto seu objetivo final é de auxílio e desenvolvimento. Nas suas considerações é possível observar a seguinte passagem:

REITERANDO a sua determinação em, através da sua cooperação, contribuir significativamente para o desenvolvimento econômico, social e cultural do Estados ACP e para a melhoria do bem-estar das suas populações, ajudando-os a superar os desafios da globalização e intensificando a parceria ACP-UE, a fim de reforçar a dimensão social do processo de globalização.

Este acordo é, na verdade, o mais atual sucessor de muitos acordos firmados durante a segunda metade do século XX entre a Europa “metrópole” e suas antigas colônias, sendo o primeiro a Convenção de Yaoundé, firmado em 1963 envolvendo 18 países além da UE. Convém ressaltar que este ajuste inclui condições privilegiadas a estes países, as quais os europeus se recusam a incluir nas discussões de negociação com o MERCOSUL<sup>9</sup>.

É possível notar, portanto, que a União Europeia não se resume a paradigma de organização interna do novo sistema do Direito Internacional. Graças ao avançado estágio de integração, construído segundo Luciano Inácio de Souza graças à instituição da supranacionalidade aos órgãos comunitários<sup>10</sup>, esta comunidade também atua *externamente* de forma unitária<sup>11</sup>.

O MERCOSUL, por outro lado, não possui a mesma *supranacionalidade*, de sorte que a comunidade apresenta dificuldades e obstáculos ao seu próprio desenvolvimento.

- 
9. Ditas condições privilegiadas dificultam a formulação de um acordo que gere consenso entre o MERCOSUL e a UE. Cf. MOURA, Heitor. Serviços profissionais: possibilidades de negociação entre a UE e o Mercosul. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 185.
  10. SOUZA, Luciano Inácio de. Integração e Concorrência – Experiência Mercosulina. In: Integração e Cidadania Européia. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 393.
  11. Era responsabilidade da Política Externa e de Segurança Comum (PESC) tais políticas externas, seja de assistência democrática, humanitária e de direitos humanos, seja policial/militar. Tinha como responsável o Alto Representante para a Política Externa e de Segurança Comum, cargo de grande responsabilidade. O Tratado de Lisboa extingue dito pilar, mas mantém o cargo, atualmente denominado Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (ou, como preferem alguns, Ministro dos Negócios Estrangeiros da União Europeia – denominação utilizada na natimorta Constituição Europeia).

### 3. MERCOSUL: COMUNIDADE AUTOSSUFICIENTE?

O MERCOSUL colaborou de forma inegável para que houvesse um aumento substancial nas relações comerciais entre seus Estados-sócios. É possível notar que o comércio *interno* basicamente triplicou desde a assinatura do Tratado de Assunção até o final da década de 1990<sup>12</sup>. Após a crise do final da década de 1990, que freou o desenvolvimento do Brasil e da Argentina, e conseqüentemente do bloco, houve novo desenvolvimento. É possível afirmar, por exemplo, que o comércio intra-bloco quase triplicou novamente entre 2003 a 2006, sendo que o Brasil isoladamente vendeu aos demais países sul-americanos aproximadamente 27 bilhões de dólares (mais do que todo o comércio interno de todo o bloco no ano de 1998)<sup>13</sup>. Assim, as relações comerciais do Brasil com os outros países integrantes já se sobrepõe às transações com os Estados Unidos, que outrora se destacava como principal parceiro e comprador dos produtos brasileiros.

Imaginando o bloco como um único país, os cinco sócios<sup>14</sup> somam um PIB de aproximadamente 3,2 trilhões de dólares<sup>15</sup>, ocupando a 6ª posição do mundo, a frente da Alemanha<sup>16</sup>. Quanto à população, somam aproximadamente 280 milhões de habitantes<sup>17</sup>.

A despeito dos dados tão animadores apresentados, o MERCOSUL não constitui verdadeiramente um Mercado Comum. Para tanto, segundo

- 
12. Pulando de \$8,9 bilhões para \$24,8 bilhões de dólares - Referências: Trends and Issues in the Global Trading System, disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/1999/02/1099ch5.pdf>> acessado em 22 de outubro de 2011.
  13. TAUNAY FILHO, Jorge d'Escagnolle. O sentido da integração sul-americana. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/unasur26-6-07.htm>> acessado em 13 de setembro de 2012.
  14. Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela.
  15. Segundo "The World Factbook", disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/>> acessado em 13 de setembro de 2012.
  16. A maior economia do mundo seria a União Europeia, com PIB aproximado de 15,6 trilhões de dólares seguido dos Estados Unidos com PIB aproximado de 15,3 trilhões de dólares. Em ordem decrescente viria a China, Índia - que ultrapassou o Japão no ano passado, Japão, Mercosul, Alemanha, Rússia, Brasil - que também subiu uma posição, Reino Unido e França. Segundo dados estimados em 2011 pela Central Intelligence Agency (CIA), disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2001rank.html>> acessado em 13 de setembro de 2012.
  17. O que significa a 4ª maior população do mundo, atrás apenas da China, Índia e Estados Unidos da América. Segundo dados estimados da Central Intelligence Agency (CIA), disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2001rank.html>> acessado em 13 de setembro de 2012.

Marcelo Obregon, seria necessário alterar normas constitucionais vigentes em alguns dos Estados-sócios<sup>18</sup>. Neste mesmo sentido, Saulo Casali entende que é “inevitável a realização de uma reforma constitucional no tema das relações internacionais do Estado brasileiro, espancando as dúvidas e perplexidades existentes”<sup>19</sup>. Tais mudanças configurariam um fortalecimento ainda maior do bloco econômico.

Visando expandir acordos como o NAFTA e o MERCOSUL, em 1994 iniciaram-se as negociações para a formação da área de Livre Comércio das Américas – ALCA, que visa ampliar o desenvolvimento dos países da América. No entanto, posições divergentes têm sido adotadas pelo Brasil e pelos EUA. Os últimos defendem a implementação de um cronograma de liberalização comercial mais abrangente e realizado de forma mais rápida, tendo em vista com isso ampliar os seus lucros de forma mais célere. Enquanto que o Brasil defende que a integração do comércio nas Américas deve ser mais controlada, “em face da hegemonia política e das barreiras tarifárias e não-tarifárias dos EUA”<sup>20</sup>, o que permitiria maior o equilíbrio dos ganhos econômicos e especialmente sociais, notadamente, nos países sul-americanos.

Por sua vez, a assinatura da ALCA seria altamente prejudicial aos interesses da UE, que passaria a enfrentar concorrência ainda maior nesta que é a sexta maior economia do mundo, como demonstrado acima. Conforme Celso Lafer,

“A partir da formação da ALCA, em razão das preferências concedidas, as empresas européias deverão enfrentar em desvantagem suas congêneres dos Estados Unidos, do Canadá e de outros países deste hemisfério (...). As preferências deverão traduzir-se não apenas em tarifas mais reduzidas do que as aplicadas às exportações européias, mas possível e provavelmente incluirão também vantagens em áreas tais como serviços, compras governamentais ou investimentos”<sup>21</sup>.

---

18. OBREGON, Marcelo Quiroga. A necessidade da aplicação do Direito Comunitário no Mercosul. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 65.

19. BAHIA, Saulo José Casali. Tratados internacionais no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 161.

20. MATTOS, Adherbal Meira. Direito internacional Público – 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 439.

21. LAFER, Celso. União Européia e o Mercosul. Ed. Fundação Memorial da América Latina, São Paulo: 2009, p. 14-15



É possível notar que o MERCOSUL, apesar de alguns percalços, tem obtido grande êxito em sua proposta de incremento da economia. A UE não foi única em sua aproximação com o bloco, tendo diversos países buscado associar-se as nações já integrantes do bloco. A exemplo disso, Bolívia e o Chile requereram e se tornaram membros associados<sup>22</sup>. Simultaneamente, o MERCOSUL realiza negociações de forma unitária, assinando acordos “bilaterais”, como os Tratados de Livre Comércio firmados com o Egito<sup>23</sup>, Israel<sup>24</sup> e a Palestina<sup>25</sup>.

Segundo Paulo Henrique Portela, um dos principais objetivos do MERCOSUL é fortalecer as economias dos países do bloco, tornando-as mais competitivas. Para que isto ocorra é fundamental a negociação com terceiros Estados e com outros mecanismos de integração regional<sup>26</sup>. Neste contexto, a relação MERCOSUL-UE tem suma importância para os países sul-americanos pelo que se expõe a seguir.

#### 4. RELAÇÕES MERCOSUL-UE

A América Latina, e especialmente o MERCOSUL, não representam foco principal de interesse para a UE. Está, pode-se dizer, no meio do caminho<sup>27</sup>: não é tão desprovida que requeira assistência, como os países da ACP; nem tão desenvolvida a ponto de se tornar um parceiro principal, como os EUA ou a China<sup>28</sup>; tampouco passa por turbulências sociais que requeiram interferência político-militares, como os países do Oriente Médio.

- 
22. Através do Acordo de Complementação Econômica nº 34 e nº 35, respectivamente.
  23. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-de-livre-comercio-mercosul-egito>>, acessado em 13 de setembro de 2012.
  24. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5&noticia=9776>> acessado em 13 de setembro de 2012.
  25. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-de-livre-comercio-mercosul-palestina-montevideu-20-de-dezembro-de-2011>> acessado em 13 de setembro de 2012.
  26. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, Direito Internacional Público e Privado. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 793.
  27. Cf. FRERES, Christian; e SANAHUJA, José Antonio. América Latina y la Unión Europea: estrategias para una asociación necesaria. Barcelona: Ed. Icaria, 2006, p. 25.
  28. Eis que o Brasil deve ser considerado à parte neste quesito. Não apenas é a 8ª maior economia do mundo (Estimativa do ano de 2011 – dados do “The World Factbook”, CIA, fonte já citada), como é uma potência em crescimento.

Ainda assim, trata-se de um mercado que não pode ser deixado de lado, especialmente considerando a proximidade e a influência exercida historicamente pelos EUA. Por isso, desde o primeiro momento da assinatura do Tratado de Assunção a UE tem buscado fortalecer o vínculo. Além de negociações para a configuração de uma Zona de Livre-Comércio entre os blocos, existem diversos termos de intenções firmadas pelo bloco europeu, bem como o Acordo-Quadro Inter-regional de Cooperação Entre a Comunidade Europeia e o MERCOSUL<sup>29</sup>, o qual permite o intercâmbio entre técnicos da UE e dos países-sócios do MERCOSUL<sup>30</sup>.

Trata-se de um processo lento e complicado, sem previsão de conclusão. Entretanto, sua negociação é de extremo interesse para o Brasil, ainda que tarde em se completar<sup>31</sup>. Pelo contrário, faz parte da política brasileira conduzir o processo no ritmo necessário, focando sempre na conclusão de um único acordo geral, ou diversos acordos menores, desde que sejam vinculados e aplicados de uma única vez. O comércio com o continente europeu é essencial para os países do Cone Sul, posto que gera uma variedade de destinos para as exportações, impedindo que haja uma concentração apenas nos EUA e/ou China.

#### 4.1. Primeiros Anos

A negociação prolonga-se até o presente, sem um acordo definitivo. Durante estes vinte anos, houve momentos de descrença (como o atual) e momentos de grande agitação. Durante os primeiros três anos, entretanto, houveram cinco momentos de suma importância<sup>32</sup>, quais sejam:

1<sup>a</sup> – Abril de 1991 (um mês após assinatura do Tratado de Assunção). Chanceleres dos 4 membros do MERCOSUL vão a Luxemburgo (uma das capitais da UE) se reunir com o Presidente da Comissão Europeia e

29. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/external\\_relations/relations\\_with\\_third\\_countries/latin\\_america/r14013\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/external_relations/relations_with_third_countries/latin_america/r14013_es.htm)> e <[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type\\_doc=Decision&an\\_doc=1999&nu\\_doc=279](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Decision&an_doc=1999&nu_doc=279)> acessados em 13 de setembro de 2012.

30. SOUZA, Miriam de Almeida. A política legislativa do consumidor no direito comparado. 2<sup>a</sup> ed. Nova Alvorada Edições, Belo Horizonte: 1996. P. 156.

31. LAFER, Celso. União Européia e o Mercosul. Ed. Fundação Memorial da América Latina, São Paulo: 2009.

32. Cf. DAUSTER, Jorio. Mercosul-União Européia: rumo à associação inter-regional. in Política Externa, Vol. 4, n<sup>o</sup>4, março-maio de 1996. Ed. Paz e Terra e Núcleo de Pesquisa em Relações Internacionais e Política Comparada da USP.

outras autoridade comunitárias. Iniciam-se conversas para que a UE (então denominada Comunidades Europeias) repassasse sua experiência ao MERCOSUL. No ano seguinte, em maio de 1992, é assinado o Acordo de Cooperação Técnica de Caráter Interinstitucional. Nota-se que este acordo vincula órgãos comunitários europeus, mas não os seus Estados-membros, sendo portanto um acordo firmado entre os Países do Cone Sul e as Comunidades Europeias. Importa anotar que, neste momento o MERCOSUL ainda não possui personalidade jurídica.

2ª – Maio de 1992. Primeira reunião entre representantes dos Estados, isto é, entre chanceleres dos países parte do MERCOSUL e os chanceleres dos Estados-membros da União Europeia. Acontece em Guimarães-PT, iniciando conversas mais profundas, que incluíam, portanto, os próprios Estados-membros da UE.

3ª – Em 1993. Ocorre uma reunião de ministros dos países de ambos os blocos em Copenhague, novamente vinculando Estados.

4ª – Abril de 1994. Ocorre em São Paulo nova reunião de chanceleres dos países membros dos blocos, desta vez acompanhados de autoridades da Comissão Europeia.

5ª – Novembro de 1994. Firmada a Declaração Conjunta Solene pelos Chanceleres do MERCOSUL e por Autoridades da Comissão Europeia. Esta declaração propõe a liberação progressiva e recíproca de todo o comércio. No primeiro semestre do ano seguinte a UE preparou um mandato negociador de sorte que ainda no segundo semestre do ano de 1995 houve consenso quanto ao texto do Acordo-Quadro Inter-regional de Cooperação entre a Comunidade Europeia e seus Estados-membros o Mercado Comum do Sul e seus Estados-partes.

Apesar da resistência francesa, que sempre deu preferência a negociações comerciais com suas antigas colônias, as negociações progrediram sempre. Em 2001, graças ao avanço das negociações da ALCA, a UE realizou uma oferta de acordo, antecipando o calendário previamente estabelecido. Dita oferta de antecipação da eliminação das restrições tarifárias abarcava ainda regras *antidumping*, medidas sanitárias e fitossanitárias e fim das proibições e restrições às exportações e importações<sup>33</sup>.

---

33. CASTILHO, Marta. União Europeia: perspectivas das exportações de manufaturados para o mercado europeu. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

Foram excluídos da oferta determinados artigos agrícolas. Apesar disso, a proposta foi recebida pelos países mercosulinos como um sinal positivo.

Em paralelo às negociações entre os blocos, a UE continuou sua política de influência na América Latina. A primeira vez que se comenta uma *estratégia* para possibilitar uma *associação* entre as regiões data de um documento elaborado pelo Conselho da UE em 1994<sup>34</sup>. Segundo Christian Freres e José Sanahuja, são quatro grandes objetivos comuns: *i*) contribuir para o desenvolvimento e para a coesão social da América Latina (LAM); *ii*) promover autonomia internacional da LAM; *iii*) aumentar a projeção exterior da UE nesta região; e *iv*) fortalecer um sistema multilateral e de governança global através da atuação conjunta e estratégica das duas regiões no cenário mundial<sup>35</sup>.

Em 1999, no Rio de Janeiro, foi realizada a I Cimeira dos Chefes de Estado e de Governo da União Europeia, América Latina e Caribe, que fomentou o número e a qualidade dos acordos entre estas duas regiões. Aliadas naturais com fortes ligações históricas, culturais e econômicas, as duas regiões colaboram estreitamente a nível internacional e mantêm um diálogo político intenso a todos os níveis - regional, sub-regional e cada vez mais também no plano bilateral. A partir de então, de dois em dois anos, tem lugar uma cimeira dos Chefes de Estado e de Governo da UE e da América Latina e Caraíbas, a última das quais decorreu em Madrid, em Maio de 2010. Nos anos em que não há cimeiras UE-ALC, realizam-se reuniões ministeriais entre a UE e o Grupo do Rio. Todos estes encontros visam promover o diálogo entre estes países, aumentando, assim, os laços entre os blocos.

## 4.2. Vantagens

Um acordo entre a UE e o MERCOSUL traria indubitáveis vantagens para ambos os lados. Ao bloco sul-americano permitiria um acesso maior ao maior mercado do mundo atual, facilitando e potencializando a sua balança comercial e produção. Não apenas isso, mas também, segundo Patrícia Kegel, “fortaleceria a posição do Mercosul em outros fóruns

---

34. Referências: FRERES, Christian; e SANAHUJA, José Antonio. América Latina y la Unión Europea: estrategias para una asociación necesaria. Barcelona: Ed. Icaria, 2006, p. 27

35. FRERES, Christian; e SANAHUJA, José Antonio. América Latina y la Unión Europea: estrategias para una asociación necesaria. Barcelona: Ed. Icaria, 2006, p. 29

de negociação, tanto regional, no caso da ALCA, quanto internacional, no âmbito da Organização Mundial do Comércio”<sup>36</sup>.

Um estudo econômico realizado na Universidade Federal de Viçosa<sup>37</sup>, numa comparação entre a formação da ALCA e um Acordo entre o MERCOSUL e a União Europeia, atestou ser a segunda possibilidade mais vantajosa para o Brasil e seus sócios sul-americanos. Haveria um incremento na produção de grãos de forma genérica. Especificamente para o Brasil, haveria redução na produção de trigo, ainda assim de forma menos relevante do que no caso da ALCA. Comparativamente, a UE sofreria redução na produção de todas as *commodities* analisadas, entretanto haveria aumento da exportação de manufaturados e serviços de forma a compensar a perda.

Diante desses resultados, pode-se verificar vantagens e desvantagens nos acordos econômicos em estudo. Para os países do Mercosul em geral, e Brasil em particular, nota-se que maiores ganhos devem advir de um acordo com a União Européia. Porém, pelos efeitos diferenciados nas diversas cadeias produtivas, recomenda-se o tratamento diferenciado entre produtos, tanto em termos de liberalização comercial quanto em políticas domésticas, que devem visar ao incremento da produtividade e potencial competitivo dos produtos nacionais sem deixar de lado o ganho de bem-estar e crescimento econômico do país<sup>38</sup>.

Como vantagens para a União Europeia destacam-se, além dos já citados ganhos econômicos, um aumento significativo de influência direta, “combatendo” a economia norte-americana “em seu próprio território”. Fator de suma importância, frente aos avanços da negociação da ALCA, especialmente considerando que, segundo Laura Viana “nas suas

---

36. KEGEL, Patricia. O marco jurídico-institucional da União Européia e a sua influência no contexto das negociações com o Mercosul. In: FLÓRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 54

37. GURGEL, Ângelo Costa; BITENCOURT, Mayra Batista; TEIXEIRA, Ery Cardoso. Impactos dos acordos de liberalização comercial Alca e Mercoeuropa sobre os países membros. Rev. Bras. Econ. vol.56 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2002. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71402002000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402002000200006)> acessado em 13 de setembro de 2012

38. GURGEL, Ângelo Costa; BITENCOURT, Mayra Batista; TEIXEIRA, Ery Cardoso. Impactos dos acordos de liberalização comercial Alca e Mercoeuropa sobre os países membros. Rev. Bras. Econ. vol.56 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2002. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71402002000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402002000200006)> acessado em 13 de setembro de 2012

relações com o Mercosul, a União Europeia constitui um bloco exportador líquido, e o Mercosul, como toda a América Latina, apresenta um déficit permanente no comércio de serviços.”<sup>39</sup>.

Existem, pois, oportunidades consideráveis ser aproveitadas nas relações entre o MERCOSUL e a União Europeia. É necessário, para tanto, efetivo empenho para conseguir superar os obstáculos existentes.

### 4.3. Obstáculos

Apesar de todas as vantagens apresentadas para um acordo ligando a União Europeia e o MERCOSUL, as dificuldades são hercúleas. Inicialmente, a burocracia atrasa todo o procedimento, sendo “necessário” haver definição preliminar dentro de cada bloco dos termos e objetivos *antes* de qualquer negociação.

Na UE, este consenso dos termos e condições é extremamente penoso, observando que são vinte e sete Estados a opinar. Não bastasse, muitos dos membros são contra o acordo simplesmente por possuírem posicionamento protecionista, por serem concorrentes diretos (por exemplo, os recém incorporados países do leste europeu) ou por preferirem estreitar relações comerciais com outros países (como já citado, acerca da França e suas ex-colônias).

Para os europeus, o próprio MERCOSUL possui defasagens. Dentre elas, pode-se destacar três grandes áreas de deficiência, quais sejam: estabelecimento do mercado comum; fragilidade das instituições do bloco; e falta de integração do MERCOSUL no contexto regional e internacional<sup>40</sup>.

A União Europeia, por sua vez, “cresceu” de forma exponencial das últimas duas décadas, incorporando de forma progressiva diversos Estados – em especial aqueles ligados anteriormente à União Soviética. Tal movimento, causou e continua causando consequências em seu

39. VIANA, Laura. Potencialidades e oportunidades na liberalização dos serviços de telecomunicações entre o Mercosul e a União Europeia. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 81

40. KEGEL, Patricia. O marco jurídico-institucional da União Européia e a sua influência no contexto das negociações com o Mercosul. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 50

programa econômico, bem como altera o foco de suas relações internacionais<sup>41</sup>. Se é verdade que países com Portugal e Espanha têm vínculos profundos com a América Latina, o mesmo não ocorre com os Estados-membros não pertencentes à Península Ibérica, e em especial aqueles do leste europeu.

Ainda que o acordo seja finalizado, nas condições atuais o MERCOSUL continuaria competindo em desvantagem com seus concorrentes diretos. Os benefícios obtidos pela configuração de uma Zona de Livre comércio não seriam suficientes para suplantarem aqueles ofertados aos próprio membros da UE (dentro dos quais estão os novo membros e fortes produtores agrícolas do leste europeu) nem a superior competitividade de países como os EUA, conforme Marca Castilho:

“Os concorrentes mais importantes do Mercosul nos produtos identificados com potencial de crescimento são os EUA, os PE-COs [Países da Europa Central e Oriental] e os asiáticos. Destes, os únicos a desfrutarem de condições de acesso ao mercado europeu mais favoráveis que o Mercosul são os países da Europa Central e Oriental. Sua situação deve melhorar ainda mais com sua adesão, o que pode ampliar sua vantagem sobre as exportações do Mercosul. No que se refere aos demais países, eles não se beneficiam de acordos comerciais preferenciais com a UE nem figuram entre os “prediletos” da UE. Assim, o Mercosul pode, relativamente a estes países, obter vantagens tarifárias e não-tarifárias na entrada da UE com menos dificuldades do que no caso dos PECOs. Vantagens tarifárias e não-tarifárias podem, no entanto, ser insuficientes para compensar os diferenciais de competitividade daqueles países.”<sup>42</sup>

Outro ponto que prejudica o MERCOSUL são os benefícios ofertados a outros países, como o Acordo de Cotonou<sup>43</sup>, frente a um Acordo Inter-regional. São oferecidos benefícios pelos países europeus que estes,

- 
41. FLÔRES, Renato. O alargamento da União Européia e as negociações Mercosul-UE: uma nota preliminar. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003.
  42. CASTILHO, Marta. União Europeia: perspectivas das exportações de manufaturados para o mercado europeu. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p.245
  43. Assinado a 23 de Junho de 2000 em Cotonou, Benim, o acordo irá regulamentar a relação ACP-UE pelo menos até 2020

nas palavras de Renato Flôres, se recusam a rediscutir ou estender aos sul-americanos.

Entretanto, uma dimensão é relacionada com a pauta de negociações Mercosul-UE, especialmente no que toca aos potenciais benefícios advindos com a abertura dos mercados. Trata-se das concessões, iguais ou superiores, que nesse mesmo âmbito, serão feitas aos novos parceiros; concessões que poderão anular ou distorcer ganhos esperados pelo Mercosul<sup>44</sup>.

Para que as relações entre os blocos se desenvolvam de forma mais efetiva é necessário que a União Europeia reduza a carga de protecionismo adotada com relação ao MERCOSUL, o que vem dificultando sensivelmente as negociações entre os blocos.

## 5. CONCLUSÕES

Desde meados do século passado as relações entre a Europa e a América Latina vêm passando por fases de aproximação e distanciamento. O atual estreitamento das afinidades comerciais entre os blocos do MERCOSUL e da União Europeia se apresenta como possibilidade promissora para acordos comerciais, gerando benefícios para ambos os lados, o que abriu as portas para a possibilidade de cooperação político-econômica entre os blocos.

Os primeiros acordos entre estas regiões (Europa e América Latina) tinham cunho essencialmente econômico. A assinatura do Tratado de Maastricht, em 1992, gerou a União Europeia, e teve consequências para todo o mundo a partir do advento da Política Exterior e de Segurança Comum (PESC), um de seus três pilares<sup>45</sup>. Nesta década intensificou-se o processo de aproximação entre os blocos, como resultado do fenômeno da globalização.

Se é verdade que os primeiros passos para a assinatura deste Tratado foram dados ainda no ano de 1991 (apenas um mês após a criação do MERCOSUL), ainda não houve sua efetiva conclusão. Trata-se, entretanto,

---

44. FLÔRES, Renato. O alargamento da União Europeia e as negociações Mercosul-UE: uma nota preliminar. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Europeia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 59

45. Sendo os outros: as Comunidades Europeias, bem como a cooperação política e judiciária em matéria penal.



de clara opção do Brasil: só há interesse de formação de um acordo que trate de todas as matérias de uma só vez. Segundo Celso Lafer,

“Por todas essas razões, interessa ao Brasil a formação de uma área de livre comércio entre a União Europeia e o MERCOSUL. Mais importante que a velocidade desse processo é seu rumo e abrangência. Em face das dificuldades da União Europeia em produzir um mandato negociador, o governo brasileiro já trabalha com a hipótese de prazos mais dilatados para a evolução das negociações, desde que estas incluam todos os setores, notadamente o agrícola. Como afirmou em recente entrevista o Ministro Luiz Felipe Lampreia, ‘se esses princípios forem observados [inclusão de todo o comércio bilateral entre os dois blocos e entrada em vigor do acordo em seu conjunto – como um *single undertaking* – e não setor a ser], não nos importamos de esperar mais um pouco”<sup>46</sup>

Foram firmados recentemente acordos de livre comércio entre a UE e o México e Chile, estando bastante adiantado o projeto de ser criada uma associação inter-regional com o MERCOSUL, que irá funcionar como zona de livre comércio. Tudo isto faz parte do projeto de ampliação da União Europeia, que tem como próximo consolidar a presença na América do Sul, principalmente no momento atual que o MERCOSUL vive um momento de maior integração, o que seria, sem dúvida benéfico para ambos os polos<sup>47</sup>.

## REFERÊNCIAS

Acordo Cotonou, disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22000A1215\(01\):PT:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22000A1215(01):PT:NOT)> acessado em 13 de Setembro de 2012;

Acordo de Livre-Comércio MERCOSUL-Egito, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-de-livre-comercio-mercosul-egito>>, acessado em 13 de setembro de 2012.

---

46. LAFER, Celso. União Europeia e o Mercosul. Ed. Fundação Memorial da América Latina, São Paulo: 2009, p. 18-19

47. LUQUINI, Roberto de Almeida. Evolução histórica das relações entre a União Europeia e a América Latina. In: Integração e ampliação da União Europeia. Curitiba, Juruá, 2005, p. 295.

- Acordo de Livre-Comércio MERCOSUL-Israel, disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/noticia.php?area=5&noticia=9776>> acessado em 13 de setembro de 2012.
- Acordo de Livre-Comércio MERCOSUL-Palestina, disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/acordo-de-livre-comercio-mercosul-palestina-montevideu-20-de-dezembro-de-2011>> acessado em 13 de setembro de 2012;
- BAHIA, Saulo José Casali. Tratados internacionais no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2000;
- CASTILHO, Marta. União Europeia: perspectivas das exportações de manufaturados para o mercado europeu. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003;
- DAUSTER, Jorio. Mercosul-União Européia: rumo à associação inter-regional. in Política Externa, Vol. 4, nº4, março-maio de 1996. Ed. Paz e Terra e Núcleo de Pesquisa em Relações Internacionais e Política Comparada da USP.
- FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008;
- FLÔRES, Renato. O alargamento da União Européia e as negociações Mercosul-UE: uma nota preliminar. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003;
- FRERES, Christian; e SANAHUJA, José Antonio. América Latina y la Unión Europea: estrategias para una asociación necesaria. Barcelona: Ed. Icaria, 2006,
- GURGEL, Ângelo Costa; BITENCOURT, Mayra Batista; TEIXEIRA, Erly Cardoso. Impactos dos acordos de liberalização comercial Alca e Mercoeuropa sobre os países membros. Rev. Bras. Econ. vol.56 no.2 Rio de Janeiro Apr./June 2002. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-71402002000200006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71402002000200006)> acessado em 13 de setembro de 2012;
- KEGEL, Patricia. O marco jurídico-institucional da União Européia e a sua influência no contexto das negociações com o Mercosul. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003;
- LAFER, Celso. União Européia e o Mercosul. Ed. Fundação Memorial da América Latina, São Paulo: 2009;
- LUQUINI, Roberto de Almeida. Evolução histórica das relações entre a União Européia e a América Latina. In: Integração e ampliação da União Europeia. Curitiba, Juruá, 2005

- MATTOS, Adherbal Meira. *Direito internacional Público* – 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- MOURA, Heitor. *Serviços profissionais: possibilidades de negociação entre a UE e o Mercosul*. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. *Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura*. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003;
- OBREGON, Marcelo Quiroga. *A necessidade da aplicação do Direito Comunitário no Mercosul*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004;
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves, *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador: Jus Podivm, 2009;
- ROQUE, José Sebastião. *Direito internacional público*. São Paulo: Hemus, 1997, p. 111.
- SOUZA, Luciano Inácio de. *Integração e Concorrência – Experiência Mercosulina*. In: *Integração e Cidadania Européia*. São Paulo, Saraiva, 2011;
- SOUZA, Miriam de Almeida. *A política legislativa do consumidor no direito comparado*. 2ª ed. Nova Alvorada Edições, Belo Horizonte: 1996. P. 156.
- TAUNAY FILHO, Jorge d’Escragnolle. *O sentido da integração sul-americana*. Disponível em: <<http://www.comunidadandina.org/prensa/articulos/unasur26-6-07.htm>> acessado em 13 de setembro de 2012.
- The World Factbook: disponível em: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/index.html>> acessado em 13 de Setembro de 2012.
- Trends and Issues in the Global Trading System, disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/1999/02/1099ch5.pdf>> acessado em 13 de setembro de 2012.
- VIANA, Laura. *Potencialidades e oportunidades na liberalização dos serviços de telecomunicações entre o Mercosul e a União Europeia*. In: FLÔRES, Renato; MARCONINI, Mário. *Acordo Mercosul-União Européia: Além da agricultura*. Rio de Janeiro: Ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2003.



# 10

## A construção da cidadania social comunitária do direito fundamental de acesso à saúde no âmbito do Mercosul e da Unasul

*Efson Batista Lima*

---

Bacharel em Direito (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-FDUFBA. Pesquisador do LABMUNDO (Laboratório de Análise de Política Mundial – EADM/UFBA).

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O tratamento à saúde pelos documentos internacionais e organismos multilaterais – 3. Os mecanismos de coordenação e promoção da saúde nesses blocos: 3.1. O MERCOSUL Social Saúde; 3.2. O Conselho Sul Americano de Saúde (CSS) – 4. Os indicadores sociais do Mercosul, o modelo de saúde brasileiro e uma breve análise do acesso ao direito fundamental à saúde nos demais Países Membros: 4.1 O sistema de saúde brasileiro; 4.2. A saúde na fronteira do Brasil e nos demais Estados Partes – 5. Conclusão – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

É notório que o surgimento do Mercosul esteve pautado na perspectiva da integração econômica dos países latino-americanos, especialmente, dos seus sócios fundadores. Conquanto, na segunda metade da década de noventa, as questões sociais ganharam uma dimensão singular nas discussões do bloco. E a saúde, tornou-se em primeiro momento, uma variável preponderante, visto que as parcerias econômicas precisavam da uniformização e superação de parte das barreiras fitossanitárias para que os produtos pudessem circular no bloco. Assim, o Mercosul precisou redimensionar seu arranjo político para que pudesse acolher determinados direitos sociais dos cidadãos.

Por outro lado, o Mercosul não é mais o ator exclusivo da integração no Cone Sul Americano, aliado a ele ver-se o aparecimento e a consolidação da UNASUL. Por sinal, este vem exercendo um papel importante na articulação de políticas voltadas para a promoção social, econômica e de afirmação da soberania dos povos sul americanos. Ademais, reúne todos os Estados nacionais da região. É importante ressaltar que esses blocos não são concorrentes entre si, até porque caminham, complementarmente, em direção dos objetivos da integração latino americana. Desse modo, no âmbito da UNASUL foi criado, o Conselho Sul Americano de Saúde, em 10 de dezembro de 2008.

Já no Mercosul, a Resolução GMC nº 151 estabeleceu o subgrupo de trabalho em saúde, cujos objetivos perpassam pelo rompimento do ciclo da pobreza que é uma marca acentuada na região - apesar da redução significativa nos últimos anos da miséria; a integração de políticas públicas para a saúde, a educação, o saneamento básico e a geração de emprego e renda, assim como garantir os princípios democráticos e dos direitos humanos. Propostas que assimiladas traduzem a necessidade de reduzir as assimetrias dos Países membros.

A incorporação das questões sociais, especialmente, no âmbito do MERCOSUL, decorre dos debates existentes nos diversos fóruns da região e, internacionalmente, cujas atuações dos países do bloco os colocam em posições avançadas quanto à garantia do acesso à saúde da sua população, bem como não se pode perder de vista o sistema de saúde do Brasil, cuja experiência de quebra de patentes de medicamentos e o acesso dos assistidos à rede farmacêutica evidenciam uma perspectiva de permitir o acesso à saúde pela camada da população menos favorecida. Em outra quadra, estão as discussões associadas ao Regulamento Sanitário Internacional, a vigilância sanitária regional quanto as doenças transmissíveis, os desafios da política de saúde nas fronteiras, o fortalecimento da atenção primária em saúde e a política de inovação tecnológica.

## **2. O TRATAMENTO À SAÚDE PELOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS E ORGANISMOS MULTILATERAIS**

A partir da Segunda Guerra Mundial os diversos Estados, por meio dos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, passaram a oferecer uma maior atenção quanto à positivação do direito à saúde. Não por acaso, mas decorrentes das atrocidades cometidas pelos nazistas e fascistas, acompanhadas do lançamento das bombas atômicas no Japão

pelos EUA. Estas circunstâncias provocaram a imperiosa necessidade da existência de normas internacionais que limitassem a ocorrência dessas práticas e que estivessem voltadas para a proteção da dignidade da pessoa humana, o adequado desenvolvimento humano e a proteção dos variados direitos humanos.

Ao fim da Segunda Grande Guerra, diante do horror humanitário, a saúde recebeu um espaço relevante nas diversas sociedades, pois, com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), a sua prestação recebeu um maior *status* protetivo e delimitada como um direito fundamental ao homem, assim como em outros acordos e declarações que possuem a assistência à saúde como um dos pilares da dignidade do homem e do bem-estar social. Todos com objetivos de preservar a vida humana e promover o desenvolvimento do homem.

Somente com a reorganização política internacional e meados do século XX e com a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) (1946) a saúde foi reconhecida com um dos direitos fundamentais de todo ser humano, sem distinção de raça, religião, credo, crença política, condição social ou econômica, e conceituada como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença ou outros agravos (ROCHA, 1999, p.43).

Não se pode deixar de considerar que, antes, houve a Conferência de São Francisco que representou o momento da criação das Organizações das Nações Unidas (ONU) e cujo postulado demonstrou um passo significativo para a promoção e defesa dos direitos humanos, devendo estes serem assegurados por todos os Estados – partes. Então, a partir do dia 26 de junho de 1945, o mundo possuía uma constituição internacional que preconiza a garantia da paz e os inúmeros esforços para o desenvolvimento humano.

Ainda, em 1948, precisamente, em 10 de dezembro, os Estados celebraram a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Apesar de não possuir força cogente entre os celebrantes, este documentou tornou-se de grande relevo e responsável pela inspiração de diversos princípios no âmbito internacional, dispondo, especialmente em seu art. 25, item I, que todos os indivíduos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar ao mesmo e a família saúde e bem estar, incluindo vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de ficar desempregado, for acometido por alguma doença, invalidez, viuvez e velhice.

A criação da ONU possibilitou o surgimento de diversas agências especializadas que trabalham em áreas específicas, concentrando-se os debates e a promoção dos direitos humanos na respectiva seara. Daí, decorrendo, por exemplo, o surgimento da OMS. Outras agências internacionais, mesmo monotemáticas, atuam em parte com o campo da saúde, ver o caso da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que possui um centro de higiene em trabalho.

A Organização Mundial de Saúde foi criada na Conferência Internacional de Saúde, realizada em Nova York (1946)<sup>1</sup>, a partir da forte iniciativa da França, Brasil e China, porém, seu funcionamento só se deu a partir de 07 de abril de 1948<sup>2</sup>. Dentre as funções da OMS estão à erradicação das epidemias e endemias, o estabelecimento de padrões internacionais para produtos biológicos e farmacêuticos, e métodos de diagnósticos, auxiliar os governos, coordenar as atividades internacionais em matérias de saúde e contribuir para o aperfeiçoamento do ensino médico no mundo.

Outros dispositivos normativos internacionais contemplam a saúde: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres de 1979, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, entre outros. O PIDESC obriga os Estados - partes a reconhecerem o direito de toda pessoa a desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental<sup>3</sup>.

Estes documentos no âmbito internacional provocaram o surgimento de organizações regionais para cuidar da saúde ou consolidar as existentes, como a Organização Pan - Americana de Saúde (OPAS) que exerce influência em todo o continente americano e com data de criação em 1902. Não obstante, trata-se da mais antiga agência internacional de saúde no mundo. Ela está sediada em Washington, nos EUA, atua como escritório regional da OMS para as Américas e faz parte do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da ONU. Possui uma boa rede local, visto os escritórios espalhados por vinte e sete países, além de oito centros científicos.

- 
1. A criação da OMS foi precedida de conferências sanitárias internacionais que tinham preocupações contraditórias: afastar entraves ao comércio, defender a Europa de pestilências exóticas (MELLO, 2001, p.685).
  2. CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2005, p.41.
  3. CURY, Ieda Tatiana. **Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2005, p.42.



A OPAS desenvolve um trabalho imprescindível para a melhoria das políticas e serviços públicos de saúde, através da transferência de tecnologia, conhecimento e inovações decorrentes das experiências aplicadas nos Países - membros. Esta articulação é possível graças à cooperação internacional promovida por técnicos e cientistas vinculados à OPAS/OMS, especializados em epidemiologia, saúde, meio ambiente, recursos humanos, comunicação, serviços, controle de zoonoses, medicamentos e promoção da saúde.

As atividades dessa instituição são engendradas nos seguintes valores: a) equidade - com base na igualdade e justiça mediante a eliminação das diferenças desnecessárias e evitáveis; b) excelência - procurar aplicar um alto padrão de qualidade; c) solidariedade - promover os interesses e responsabilidades comuns e os esforços coletivos para alcançar as metas; d) respeito - acolher a dignidade e a diversidade de indivíduos, grupos e países; e) integridade - garantir um desempenho transparente, ético e confiável<sup>4</sup>.

Outro importante ponto é a preservação da vida e da dignidade da pessoa humana diante das pesquisas científicas que são desenvolvidas, especialmente, para produção de novos medicamentos e tratamentos de doenças.

Sendo assim, a comunidade internacional decidiu pela celebração da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, em 2005, na França, cuja plataforma reconheceu que as questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universal pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

Esse movimento internacionalizado de proteção dos direitos humanos possibilitou uma preocupação em proteger o direito à saúde e como consequência influenciou diversos Estados a adotarem, internamente, normas jurídicas de proteção da saúde coletiva e individual. Desse modo, pode-se dizer que as normas internacionais de proteção dos direitos humanos tiveram grande influência para a positivação do direito à saúde, inclusive, no Brasil.

---

4. ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – BRASIL. Disponível em: [http://new.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&task=view&id=885&Itemid=672](http://new.paho.org/bra/index.php?option=com_content&task=view&id=885&Itemid=672) Acesso em: 30 set. 2012.

### **3. OS MECANISMOS DE COORDENAÇÃO E PROMOÇÃO DA SAÚDE NESES BLOCOS**

A integração no Mercosul esteve voltada, inicialmente, para facilitar a circulação de mercadorias entre os países membros, assim como possibilitar condições de os Estados competirem com outros países e blocos, quando da avalanche globalizadora, razão porque as questões sociais do bloco só se incorporariam a agenda desses governos a partir da segunda metade da década de noventa.

Por isso, nesse momento, apesar das crises internas do bloco, como a do *Impeachment* do Ex Presidente do Paraguai Fernando Lugo e as próprias assimetrias, é possível visualizar incessantes esforços e metas para a efetivação do Mercosul Social (MS) e até mesmo na “criação de uma cidadania social comunitária, apoiada em direitos e sistemas comuns de proteção social básica a todos os cidadãos da região” (IZERROUGENE, 2010, p. 63).

Então, surgem alguns questionamentos: quais são as medidas que estão sendo adotadas pelos governos e bloco para a efetivação do Mercosul Social? Quais são as assimetrias a ser enfrentadas pelos gestores centrais e locais, como nos casos das fronteiras, para superar as dicotomias e as constantes circulações de pessoas que procuram serviços públicos na fronteira, tais como saúde, e que isso não seja espaço para a desconfiança?

Nesse sentido, os Países membros terão que contornar as limitações do orçamento, as diferenças existentes nos sistemas de seguridade e a pobreza da população que é agravada com o baixo saneamento básico da região e com o precário acesso à saúde que, em alguns países do bloco, não é universalizada para toda a população.

#### **3.1. O MERCOSUL Social Saúde**

Vem ganhando força o processo de Cooperação Sul-Sul que se dá entre países em desenvolvimento, com o objetivo de aprofundar as relações e estreitar laços políticos e econômicos. E isso não é diferentemente em face do Mercosul e da Unasul que se somam a esse fenômeno político integrativo entre os povos do Sul, cujos objetivos visam promover mudanças nos sistemas produtivos, a partir da superação das circunstâncias que impedem o desenvolvimento.

A cooperação técnica internacional pode ser entendida como um importante instrumento de desenvolvimento, capaz de ajudar um país a promover mudanças estruturais nos seus sistemas produtivos, como forma de superar restrições que tolhem seu natural crescimento. (PES-QUISA FIOCRUZ, 2008, p.1).

No caso brasileiro, a cooperação internacional na área de saúde está presente nos mais diversos documentos. Nesse sentido, em 2007, o Programa *Mais Saúde: direito de todos* do Ministério da Saúde apresentou os objetivos estratégicos da política externa brasileira para o campo da saúde: fortalecer a cooperação técnica, bilateral e multilateral em saúde, com ênfase nos países da América do Sul, América Central, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa e África, participando com uma maior presença brasileira nos organismos internacionais e multilaterais; colaborar para a integração regional, ampliando e qualificando os serviços de saúde nos 121 municípios brasileiros de fronteira. Portanto, a cooperação constitui-se em um dos pilares do Programa brasileiro de acesso à saúde.

A literatura tem reconhecido que a regionalização comercial tem tão somente fomentado uma limitada integração, carecendo que os Estados nacionais pensem em outras formas de cooperação, especialmente, aquelas que tenham o social como base.

Ficou evidente com as experiências de integração econômica em diferentes regiões do mundo que o caráter meramente comercial de certas formas de regionalização permite apenas uma cooperação relativamente limitada, sobretudo quando os parceiros possuem níveis desiguais de desenvolvimento econômico e social. Esses casos sugerem a aplicação de acordos voluntários e formais para aprofundar a integração e aumentar a sua eficiência. O êxito da integração exige esforços públicos que devem promover processos de convergência produtiva, institucional e social entre os comunitários. (IZERROUGENE, 2010, p.64).

É nessa conjuntura que o MS - Saúde está sendo conduzido, decorrente do fortalecimento da institucionalização do bloco, assim como da necessidade de promover os direitos humanos.

O pesquisador Bouzid Izerrougene (2010), no Livro *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*, coordenado pelo Professor Saulo José Casali Bahia, sistematiza o processo de cooperação do bloco a partir do viés social. Os principais marcos legais e institucionais relacionados à integração social no Mercosul são evidenciados:

- 1995 – Fórum Consultivo Econômico e Social (FCES)
- 1995 – Rede Mercocidades
- 1996 - Sistema de Informação em Educação no MS
- 1996 – Criação do SGT 11 Saúde
- 1997 - Tratado Multilateral de Seguridade Social
- 1997 – Observatório do Mercado de Trabalho
- 1998 – Declaração Sócio – Laboral do m MS (SGT 10)
- 1999 – Comissão Sócio – Laboral
- 2000 – Carta Social do MS
- 2000 – Proposição da elaboração da agenda social da integração (*Declaração de Rosário*)
- 2001 – Sistema Estatístico de Indicadores *Sociais (SEIS)*
- 2002 – Grupo *ad hoc* de Integração Fronteira
- 2004 – Primeira Conferência Regional de Emprego
- 2005 – Fundo Social Especial

Impende destacar que, a origem da preocupação com a saúde no âmbito do bloco, esteve associada à superação ou uniformização das imposições sanitárias dos Estados Membros para que a livre circulação de mercadorias pudesse ocorrer. Soma-se ainda a movimentação de pessoas entre os países. Portanto, a superação das barreiras sanitárias foi a tônica principiológica para discutir a saúde no grupo. Razão porque, em 1992, a saúde começou a ser incorporada na agenda do bloco. “Assim, na conformação do Mercosul, a prioridade na área da saúde esteve na harmonização de padrões para vigilância sanitária de produtos (primeira “liberdade”) e conseqüente redução de barreiras não tarifárias para a circulação de mercadorias.” (PESQUISA ENSP, 2008).

Quanto à saúde, dois fóruns específicos foram criados no bloco: a reunião de Ministros de Saúde e o Subgrupo Saúde. A reunião de Ministros de Saúde (RMS), em 1995, surge como espaço de coordenação de políticas sanitárias e elaboração de programas conjuntos de proteção e assistência. Dessa articulação de ministros em conjunto com outros fóruns mercosulinos tem-se como conseqüência o surgimento, em

1997, do Subgrupo de Trabalho Saúde (SGT11), através da Resolução 151/1996. Este grupo de trabalho está organizado em três comissões: a) Vigilância em Saúde, que tem como foco a troca de informações sobre enfermidades, principalmente as transmissíveis e seus fatores de risco, bem como a harmonização de normas e procedimentos relacionados ao controle sanitário: (vigilância epidemiológica e controle sanitário); b) Produtos para a Saúde, cujo objetivo é o de harmonizar regulamentos e procedimentos relativos à circulação de produtos sanitários desde a cadeia de produção até o consumo, como cosméticos, produtos médicos, sangue, reativos para diagnóstico, psicotrópicos e saneantes; c) Serviços de Atenção à Saúde, que busca ampliar o acesso e à qualidade dos serviços à população do Mercosul, por exemplo, o exercício profissional, a prestação de serviços, tecnologia em saúde<sup>5</sup>.

Além dessas comissões, são observadas ainda onze Subcomissões Intergovernamentais, que funcionam como grupos de trabalho integrados por representantes dos Estados Partes que debatem à luz das políticas nacionais de saúde, buscando a construção dos consensos regionais, desenvolvendo diretrizes e ações articuladas entre as instâncias governamentais, organizações sociais e organismos internacionais nas seguintes áreas: Controle do Tabaco, Saúde Sexual e Reprodutiva, Saúde Ambiental e do Trabalhador, Controle do HIV- Aids, Doação e Transplantes de Órgãos, Doenças Transmissíveis (dengue, sarampo, febre amarela, cólera e chagas); Vigilância e Controle do *Aedes Egípti*, Regulamento Sanitário Internacional, Políticas de Medicamentos, Sistemas de Informação e Comunicação em Saúde e Determinantes Sociais em Saúde – saúde e desenvolvimento – contas nacionais<sup>6</sup>.

A partir da interpretação da Resolução GMC nº 13/07 cumulada com a Resolução 151/1996, podem ser destacados os seguintes objetivos da integração no setor saúde: harmonização das legislações e diretrizes, promover a cooperação técnica e coordenar as ações necessárias ao processo de integração entre os Estados Partes; compatibilizar os Sistemas de Controle Sanitário dos Estados Partes, com vistas a fortalecer o processo de integração no âmbito do Mercosul e definir o relacionamento do

- 
5. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coordenação Nacional de Saúde do MERCOSUL. O MERCOSUL COM SAÚDE: documento referência para o seminário: "MERCOSUL – avanços e desafios". Sonia Eliane Lafoz. Brasília. 2008
  6. MERCOSUL SAÚDE. Subgrupo De Trabalho Nº 11 "Saúde". Disponível em: <http://www.mercosulsaudevsite.com.br>. Acesso em 01 out.2012.

SGT nº 11 “Saúde” com as demais instâncias do Mercosul, procurando a integração e a complementação das ações<sup>7</sup>.

### 3.2. O Conselho Sul Americano de Saúde (CSS)

Tendo em vista que pouco foi descrito sobre a atuação da Unasul nessa presente investigação, cumpre identificar alguns atributos desse mais novo organismo multilateral no Cone Sul, que cuja atuação, pode ser identificada dentro do fenômeno maior de integração que se estabelece na Cooperação Sul – Sul.

Desse modo, a Unasul foi instituída com objetivos de articular as diversas políticas públicas da região, especialmente, nas áreas cultural, social, econômica, política, educacional, energia, financiamento, infraestrutura, financiamento e meio ambiente entre os seus povos, com fins de promover a paz e a segurança, eliminando a desigualdade socioeconômica. Toda essa parceria deve ter como característica a participação e o consenso dos Países, especialmente, quanto ao estímulo à inclusão social, o fortalecimento da democracia e a redução das assimetrias existentes.

Dentre as estruturas institucionais da Unasul estão os Conselhos de Nível Ministerial e Grupos de Trabalho, por sinal, todos já se encontram em plena atividade, no total, oito estão funcionando, inclusive, o Conselho de Saúde<sup>8</sup>.

Nesse sentido, além da integração econômica, observa-se uma integração social, visto que o Conselho de Saúde Sul Americano criou o Instituto Sul Americano de Governança em Saúde (ISAGS)<sup>9</sup>, que se encarregará da efetivação da escola de governo e visa apoiar os Estados da Unasul quanto à formação dos profissionais de saúde, fortalecendo as capacidades nacionais e regionais dos sistemas público de saúde. O ISAGS tem sede no Rio de Janeiro e é uma instituição de natureza comunitária. Da qual participam todos os Estados Membros da Unasul. Tem

---

7. MERCOSUL SAÚDE. Documentos SGT 11. Disponível em: <http://www.mercosulsaude-devsite.com.br>. Acesso em 01 out.2012.

8. Ministério das Relações Exteriores. Unasul. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>. Acesso em: 01 out. 2012.

9. UNASUL. CONSELHO SUL AMERICANO DE SAÚDE. Resolución 05/2009. Dispõe sobre “El Consejo de Salud de UNASUR”. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/decisao-de-criar-o-isags>. Acesso em: 01 out 2012.

como proposta articular o seu funcionamento com as demais instituições de ensino da região.

Quanto ao Conselho de Saúde Sul Americano o seu estatuto define as linhas gerais de um plano de trabalho, ou uma “Agenda Sul-Americana de Saúde”, composta por cinco grandes áreas de trabalho: 1) Escudo Epidemiológico; 2) Desenvolvimento dos Sistemas de Saúde Universais; 3) Acesso Universal a Medicamentos; 4) Promoção da Saúde e Ação sobre os Determinantes Sociais; e 5) Desenvolvimento e Gestão de Recursos Humanos em Saúde<sup>10</sup>.

Eixos que foram melhores desenvolvidos no Plano Quinquenal traçado pelos Ministros da Saúde na Unasul, com o acompanhamento dos técnicos e cujo consenso assevera um dos os objetivos específicos da UNASUL ao ter como premissa “o acesso universal à seguridade social e aos serviços de saúde” para a população regional.

Desse modo, constata-se no âmbito da Unasul a construção das seguintes políticas de cooperação em saúde: a) Rede de Vigilância e Resposta em Saúde – voltada para a articulação de redes de vigilância e resposta dos Estados Membros da Unasul, seguindo o estabelecido pelo Regulamento Sanitário Internacional (RSI), buscando a viabilidade de criação de indicadores de fatores de risco, morbidez e mortalidade regional. Verifica-se ainda, a criação do programa de Capacidade Básica para a Vigilância e Resposta a ESPIN e ESPII implementados em conformidade com o Regulamento Sanitário Internacional (RSI) e as estratégias gestadas com fins a prevenção e controle de enfermidades crônicas não transmissíveis, bem como a rede de Dengue-Unasul para mitigar o impacto da dengue na região e os estímulos ao Programa Sul-Americano de Imunização; b) Desenvolvimento de Sistemas de Saúde Universais – Tem como meta a formação de Sistemas de Saúde Universais nos países da América do Sul, reconhecendo o direito intrínseco do cidadão ao acesso à saúde e à abordagem inclusiva; c) Promoção da Saúde e Ação Sobre os Determinantes Sociais - Fixa na premissa de fortalecer a promoção da saúde e as ações sobre os determinantes sociais com o objetivo de reduzir iniquidades em cada um dos países membros, mediante a geração

---

10. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO BRASIL. Item a) América do Sul. Relações com países sul-americanos. Saúde. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/1.1.6-america-do-sul-saude>. Acesso em: 01 out. 2012.

de informações, articulação intersetorial e a participação comunitária na formulação, execução e seguimento das políticas públicas de saúde.

Tem-se ainda: d) o Acesso Universal a Medicamentos – calçado no desenvolvimento de estratégias e planos de trabalho que melhorem o acesso da população aos medicamentos, buscando elaborar uma política sul-americana de acesso universal a e promover a produção e utilização de genéricos. Por outro lado, complementa-se com a idealização de um sistema harmonizado de vigilância e controle de medicamentos na Unasul, de maneira a promover o acesso a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade. Outro ponto é a formulação de uma proposta para a criação de uma política de preços que favoreça o acesso a medicamentos e a redução de barreiras ao acesso que se originam da existência de direitos de propriedade intelectual e às barreiras originadas pela falta de incentivo à inovação e desenvolvimento de remédios; e) Desenvolvimento de Gestão de Recursos Humanos – nesse tópico, visa o fortalecimento da condução, formulação, implementação e gestão dos recursos humanos em saúde, atendendo às áreas técnicas da Agenda de Saúde e a capacitação permanente pelas redes de instituições estruturantes nas áreas prioritárias da Agenda de Saúde da Unasul.

#### **4. OS INDICADORES SOCIAIS DO MERCOSUL, O MODELO DE SAÚDE BRASILEIRO E UMA BREVE ANÁLISE DO ACESSO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NOS DEMAIS PAÍSES MEMBROS**

Nesse ponto da discussão, torna-se necessário conhecer a realidade dos indicadores sociais da região. Os mecanismos de cooperação estão sendo empreendidos e outros deverão ser idealizados pelos Estados Membros cujos traçados visam superar as assimetrias existentes, bem como perquirir formas de compartilhar as experiências bem sucedidas desenvolvidas internamente por cada país. Afinal, como serão vistos, os sistemas de saúde dos países membros desses blocos são distintos, razão porque ensejam uma necessidade de compressão tanto por parte dos gestores desse campo, assim como da Academia e Organizações Não Governamentais que podem exercer um papel de fundamental importância na construção do direito sanitário, como no caso brasileiro com a Reforma Sanitária e a participação nos conselhos de saúde..

Assim, ao observar alguns dados sociais da região, não resta dúvida da demanda em que os Estados Nacionais serão chamados a enfrentar para reduzir as dicotomias no setor saúde e conseqüentemente, ver a integração econômica, a aduaneira, a circulação de pessoas e quiçá, a social, efetivadas.



Quando observado os dados populacionais, constata-se que o Brasil apresenta a maior população do bloco, com uma população aproximada de 194 milhões de pessoas, seguido da Argentina, com quase 41 milhões. Em terceiro lugar a Venezuela com 30 milhões de habitantes, após o Paraguai com 6,5 milhões e por fim, o Uruguai com uma população de 3,5 milhões, sendo o país que possui menor população do bloco<sup>11</sup>.

Quanto ao PIB *per capita* dos Estados parte, os dados podem ser observados, na seguinte tabela, assim como outros dados nas demais.

**TABELA 1 – PIB Per Capita 2011**

Estado parte	PIB <i>per capita</i> (US\$)
Argentina	10.941
Brasil	12.594
Paraguai	3.635
Uruguai	13.866
Venezuela	10.810

Fonte: Banco Mundial, 2011<sup>12</sup>.

**TABELA 2 – Taxa de Mortalidade Infantil 2011**

Estado parte	Por 1000 nascidos vivos
Argentina	14
Brasil	16
Paraguai	22
Uruguai	10
Venezuela	15

Fonte: Banco Mundial, 2011<sup>13</sup>.

11. Os dados do Brasil são oriundos do IBGE e dos demais países do Banco Mundial e os dados foram aproximados.

12. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD>. Acesso em: 01 out. 2012.

13. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.DYN.MORT>. Acesso em 01 out. 2012.

**TABELA 3 – Expectativa de Vida ao Nascer (Ano) 2011**

Estado parte	Mulheres	Homens
Argentina	79	72
Brasil	77	70
Paraguai	74	70
Uruguai	80	73
Venezuela	77	71

Fonte: Banco Mundial, 2011<sup>14</sup>.

**TABELA 4 - Gastos em Saúde (% do PIB) 2010<sup>15</sup>**

Estado parte	Percentual
Argentina	8,1
Brasil	9,0
Paraguai	5,9
Uruguai	8,4
Venezuela	4,9

Fonte: Banco Mundial, 2010<sup>16</sup>.

**TABELA 5 – População com idade igual ou superior a 65 anos**

Estado parte	(%)
Argentina	11
Brasil	7
Paraguai	5
Uruguai	14
Venezuela	6

Fonte: Banco Mundial, 2011<sup>17</sup>.

14. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.FE.IN> e <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.MA.IN>. Acesso em: 01 out. 2012.

15. O gasto total de saúde é a soma do gasto público e privado em saúde que abarca a prestação de serviços de saúde (preventivos e curativos), as atividades de planejamento familiar, as atividades de nutrição e assistência de emergência, porém, não inclui saneamento básico e o acesso à água potável.

16. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.TOTL.ZS/countries>. Acesso em: 01 out. 2012.

17. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.65UP.TO.ZS/countries>. Acesso em: 01 out. 2012.

**TABELA 6** – Incidência de Tuberculose

Estado parte	Por cada 100.000 Pessoas
Argentina	27
Brasil	43
Paraguai	46
Uruguai	21
Venezuela	33

Fonte: Banco Mundial, 2011<sup>18</sup>.

#### 4.1 O sistema de saúde brasileiro

A evolução dos direitos humanos e fundamentais pode ser compreendida a partir da teoria da geração dos direitos fomentada por Norberto Bobbio (1992), e que por sua vez, tem o direito à saúde sendo categorizado no grupo da segunda geração, resultante das mudanças estruturais da sociedade e do Estado Pós - Revolução Industrial.

Segundo Canotilho (1998) os direitos sociais “exigem o dever do Estado na criação de pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos.”<sup>19</sup>

Inclusive, essa questão já havia sido levantada pelos delegados da 8ª Conferência Nacional de Saúde (Brasil), realizada em 1986, ao defenderem não só o dever do Estado de garantir as propostas, mas os meios necessários que precisariam ser viabilizados para efetivar a promoção do direito básico à saúde.

Sendo assim, no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 erigiu a saúde a um patamar de direito social inerente à pessoa humana, consoante previsão no art. 196. Não é pedante dizer que, mesmo se o termo “saúde” não estivesse sido positivado na Carta Maior, deveria ser depreendido dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, previstos nos arts. 1º e 3º, respectivamente, do texto

18. BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.XPD.OOPC.ZS/countries>. Acesso em: 01 out. 2012.

19. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. Ed. Coimbra, 1998, p. 435.

constitucional. Assim como, no art. 193 que preceitua que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar social.

Todavia, o legislador constituinte originário de forma analítica reservou no citado texto, diversos dispositivos legais com fulcro de garantir o direito à saúde a todos os brasileiros, inclusive, os estrangeiros que aqui estiver em território nacional.

Como exposto anteriormente, a saúde no Brasil nem sempre esteve universalizada para toda a população. A Constituição de 1967, por exemplo, possibilitava o direito à saúde apenas para os trabalhadores e assim continuou até 1988, sob a batuta do Ministério da Previdência.

Por isso, diversos movimentos sociais queriam uma firme atuação do Estado no setor, o qual ficou conhecido como Movimento Sanitarista, composto dos profissionais da saúde, intelectuais, acadêmicos e diversas outras categorias sociais. Essa mobilização social e política foi importante para resguardar a saúde como um dever do Estado e direito de todos os cidadãos.

Neste caso específico do direito à saúde, não se pode perder de vista o quanto a articulação de movimentos sociais, sobretudo nos anos 1980, contribuiu para a criação dessa ideia no imaginário do Direito. Com efeito, o movimento social pela reforma sanitária se configurou como um dos mais fortes protagonistas durante o processo constituinte que desaguou na Constituição de 1988 e teve, na 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília, em 1980 (**1986**), um momento de definição de novas diretrizes para o sistema de saúde no Brasil.

Nesse processo, construiu-se a ideia de um sistema de saúde no Brasil (depois traduzido na Constituição), na representação de um Sistema único de Saúde (SUS), baseado na descentralização das ações e serviços de saúde, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral e universal com prioridade para as atividades preventivas e participação social para definição e o controle das ações do sistema.

Pode se dizer ter sido essa experiência, carregada de ampla participação política dos sujeitos sociais e presença ativa na esfera pública – a rua – para formar opiniões, o fator que conduziu o problema da saúde, até aí visto apenas como uma carência da vida cotidiana, para integrá-lo à categoria de direito social positivado, inscrito na Constituição sob a designação geral de “saúde de todos e dever do Estado”<sup>20</sup>.

---

20. COSTA; GERALDO JÚNIOR, 2008, p. 17, grifos nossos.

Infelizmente, o sistema único de saúde brasileiro apresenta inúmeros problemas que vão desde os estruturais, passando pela gestão, e até mesmo, a partir do anseio de determinada corrente que defende que o setor precisa de maior dotação orçamentária para o custeio. Apesar de tudo isso, o SUS é a garantia de muitos brasileiros que não podem arcar com o sistema suplementar de saúde.

Destaca-se que, até a Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro não assegurava o acesso universal à saúde para todos os seus cidadãos. O legislador brasileiro precisou entender o histórico da omissão estatal em prestar o serviço de saúde pública no país. Para isso, contornou a realidade ao assegurar a atuação dos sistemas privado ao lado do público, de acesso universal e gratuito e que incorpora a rede própria e a conveniada ao SUS.

Desse modo, o constituinte originário, no art. 197 da CF/88, assegurou a participação de terceiros na execução dos serviços de saúde, indicando que as ações e serviços de saúde são de relevância pública. Ainda no mesmo diploma normativo, no art. 199, dispõe que a assistência à saúde é livre a iniciativa privada, sendo que as instituições privadas podem participar do sistema complementar, previsão que se encontra também na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, conhecida como a Lei Orgânica da Saúde.

O sistema complementar de saúde está relacionado ao conjunto de serviços privados de assistência à saúde, diz respeito aos estabelecimentos de saúde que complementam a assistência médica-hospitalar do SUS, em razão das insuficiências dos serviços estatais. Logo, a participação do particular ocorre em regime público, sujeitando-se ao regramento específico dos serviços públicos, inclusive em relação às questões de contratação e responsabilização civil<sup>21</sup>.

No campo da saúde suplementar estão aqueles estabelecimentos sem qualquer vínculo ao SUS, respondendo, segundo GREGORI “em menor parte, a prestação direta dos serviços por profissionais e estabelecimentos de saúde ou, na sua maioria, pela intermediação dos serviços, mediante a cobertura dos riscos de assistência à saúde, pelas nominadas operadoras de planos de assistência à saúde.”<sup>22</sup>

---

21. GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 28, 32-33.

22. GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007, p. 28, 32-33.

## 4.2. A saúde na fronteira do Brasil e nos demais Estados Partes

A integração regional tem um custo para os países que se lançam nesse processo de cooperação, visto a existência de determinados temas sensíveis. A saúde é um deles, especialmente, quando o acesso não é dado de forma uniformizado nos Estados Partes dos Blocos.

Os sistemas de saúde dos países do Mercosul são distintos, assim como da Unasul. Eles se diferenciam quando são analisadas algumas características, consoante a universalidade, equidade, atenção básica, os modelos de cobertura, a oferta e o financiamento. O Brasil conta formalmente com um sistema de saúde público, porém, o setor privado presta consideravelmente a assistência à saúde.

O Mercosul, a Unasul, a União Europeia e outras iniciativas congêneres, que visam à criação de mercados comuns, com livre circulação de pessoas, mercadorias e capitais, têm impactos diretos e indiretos sobre a saúde das populações. As circunstâncias nas fronteiras antecipa o que pode ocorrer no resto do país, em decorrência de acordos internacionais. Como visto, as questões econômicas recebem uma relevância ímpar nas negociações entre os países, apesar dos aspectos políticos e sociais ter recebido, ultimamente, atenção das autoridades. Contudo, a questão econômica volta ao cenário, de certa forma, puxada pela crise na Zona do Euro.

No caso do Mercosul, o Ministério da Saúde do Brasil, através da FIOCRUZ, produziu um estudo sobre a prestação da saúde na fronteira. Os resultados da investigação são desafiadores, pois, ao final, constatou-se que uma parte da população dos países vizinhos faz uso do Sistema Único de Saúde do Brasil, assim como os brasileiros que habitam nos países vizinhos<sup>23</sup>.

As dificuldades dos gestores dos sistemas locais das cidades fronteiriças foram reconhecidas pelo Ministério da Saúde que, atendendo às indicações e em parceria com o Conselho Nacional dos Secretários Estaduais e Municipais de Saúde, CONASS/CONASEMS, estabeleceu dois programas como forma de equacionar os impactos da integração na saúde: o *Sistemas Integrados de Saúde (SIS) – Fronteiras* e a referência, pela

---

23. PESQUISA SAÚDE NAS FRONTEIRAS: Estudo de acesso aos serviços de saúde nas cidades de fronteira com países do Mercosul – Ensp/MS – 04/2008. <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/>.

primeira vez, no *Pacto pela Saúde*, das características dos municípios fronteiriços<sup>24</sup>.

A pesquisa teve condições de analisar que muitos estrangeiros e, sobretudo, brasileiros não residentes buscam assistência nas unidades do Sistema Único de Saúde (SUS), não sendo poucos os casos em que estrangeiros esbarram em dificuldades de acesso aos serviços de saúde no território brasileiro. As demandas são as mais distintas: medicamentos, consultas de atenção básica, partos, vacinas e exames laboratoriais.<sup>24</sup>

A integração também não só apresenta prejuízos, os processos integrativos das economias colaboram para a melhoria das condições de saúde. Um estudo realizado em 17 países, com base em seus indicadores de 1977 e 1997 demonstrou que, entre aqueles onde houve um aumento na integração comercial, a expectativa de vida cresceu em média 7,5 anos e a mortalidade infantil se reduziu em 45%. Entre aqueles em que a integração comercial não se expandiu ou se reduziu, a expectativa de vida aumentou menos (4,5 anos) e a mortalidade infantil se reduziu em 39%. (*Médici, Barros, 2006*).

Por fim, parte da Declaração Final da I Cúpula Social do Mercosul, de dezembro de 2006, sintetiza o *animus* do Mercosul Saúde:

Entendemos que a saúde é um direito universal, integral, que promove a igualdade e exige participação, para que o desenvolvimento com justiça social seja alcançado. Políticas conjuntas de saúde constituem excepcional ferramenta para promover a qualidade de vida de nossos povos, pois garantem seu bem estar.

Os progressos obtidos têm fundamental importância para complementar políticas de saúde. Entretanto, é necessária maior articulação entre os países envolvidos no processo, a fim de otimizar resultados, revisar e atualizar temas prioritários e de interesse comum. Devemos atentar para as alterações e os avanços no aspectos assistenciais, sanitários, tecnológicos, ambientais e de recursos humanos nos países do Mercosul e estimular, junto à sociedade civil, a gestão participativa e o controle social... (DECLARAÇÃO FINAL DA I CÚPULA MERCOSUL SOCIAL, 2006).

---

24. **PESQUISA SAÚDE NAS FRONTEIRAS: Estudo de acesso aos serviços de saúde nas cidades de fronteira com países do Mercosul** – Ensp/MS – 04/2008. <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/>.

Logo, é possível depreender que mesmo em curso uma marcha que visava simplesmente à integração econômica, a superação das barreiras alfandegárias imporia a necessidade de superar as também barreiras fitossanitárias, assim como a circulação de pessoas requereria uma maior preocupação dos gestores no campo da saúde, visto que o acesso à saúde se impõe como um dever fundamental a ser assegurado, pois, diretamente, está associado ao direito à vida.

## 5. CONCLUSÃO

É inegável que a agenda do MERCOSUL tem sido pautada pelos aspectos comerciais e aduaneiros de bens tradicionais e, no que diz respeito à saúde, a maioria dos documentos sinaliza para a produção de medicamentos, insumos ou equipamentos e, ao fazer, a ênfase está associada à circulação destes bens. Diferentemente deste bloco, a Unasul está sendo alicerçada em uma integração social, especialmente, no setor saúde, inclusive, constituindo uma rede de formação de recursos humanos e estudos para o enfrentamento das doenças comuns e favorecer a troca de conhecimento.

O cenário atual das regiões fronteiriças tem apresentado dificuldade de acesso a serviços assistenciais e a ausência do controle das ações de saúde pública pelo Brasil, provocando um aumento do fluxo de circulação das populações ali residentes, na busca de uma melhor oferta de serviços de saúde. Essa mobilidade, certamente, vem originando percalços para os gestores municipais de saúde na região de fronteira e para as autoridades dos países limítrofes com o Brasil.

Apesar disso, o Mercosul Saúde pode vir a ser bem mais do que acordos comerciais entre os países, visto que a saúde pode se consolidar como um setor privilegiado para impulsionar a incorporação da sociedade civil na construção de um Mercosul Social e Participativo. Não obstante, o Brasil poderá contribuir para essa integração decorrente da sua experiência no processo organizacional inovador que estabeleceu a partir dos anos 80, com a Reforma Sanitária, Conferências e os Conselhos de Saúde, onde a questão do controle social foi incorporada ao Sistema Único de Saúde.

Por fim, cabe encontrar mecanismos para viabilizar uma legislação específica para municípios da linha de fronteira, de modo que a população neles residente tenha direitos diferenciados e acesso integral e humanitário aos serviços de saúde.



Assim, fica evidente que o Mercosul Saúde poderia ter avançado mais do que está posto, ultrapassando os seus arranjos institucionais de coordenação e conseqüentemente, fomentando uma execução das políticas de saúde. Porém, o desafio desde à primeira hora era gigante, pois, os sistemas de saúde são destoantes. Contudo, o surgimento da Unasul – Saúde favorece a proposta de integração social e por sua vez, possibilitará uma melhoria na articulação e implementação das políticas públicas sanitárias, desse modo, Unasul e Mercosul são complementares.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BARROS, B. W. et MÉDICI, A. Políticas de Saúde e Blocos Econômicos. In Desenvolvimento de Sistemas e Serviços de Saúde: regulação do setor saúde nas Américas: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica. 71 - 106 OPAS/OMS-Unidade Técnica de Desenvolvimento de Sistemas e Serviços de Saúde; Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS/MS/BR; Universidade Estadual de Campinas - Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPP) Instituto de Economia. Brasília-DF, 2006.
- BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.PCAP.CD>. Acesso em: 01 out. 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Portal. SIS Fronteiras. Disponível em [http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Port\\_1120-05.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Port_1120-05.pdf) 2005. Acesso em 14 jun. 2006.
- \_\_\_\_Ministério das Relações Exteriores. Unasul. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>. Acesso em: 01 out. 2012.
- \_\_\_\_Ministério das Relações Exteriores. Item a) América do Sul. Relações com países sul-americanos. Saúde. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/1.1.6-america-do-sul-saude>. Acesso em: 01 out. 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 2. Ed. Coimbra, 1998.
- COSTA, Alexandre Bernardino; SOUZA JÚNIOR. O Direito Achado na Rua. In: Costa, Alexandrino Bernardino et al. (Org.). O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008, p. 15-27.
- CURY, Ieda Tatiana. Direito Fundamental à Saúde: Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2005.

- GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. São Paulo: RT, 2007.
- GADELHA, C.A. G. O complexo industrial da saúde e a necessidade de um enfoque dinâmico na economia da saúde. *In: Ciência e Saúde Coletiva (8)2: 521-535- 2003.*
- IZERROUGENE, BOUZID. Efetividade do Direito Fundamental à Saúde no Mercosul (Preliminar). *In: BAHIA, Saulo José Casali. (Coord.). A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia. Salvador: Paginae Editora, 2010, p.63-72.*
- LAFOZ, Sonia Eliane. Ministério da Saúde. Coordenação Nacional de Saúde do Mercosul. O MERCOSUL COM SAÚDE: documento referência para o seminário: “MERCOSUL – avanços e desafios.” Brasília – DF, 2008.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MERCOSUL SAÚDE. Subgrupo De Trabalho Nº 11 “Saúde”. Disponível em: <http://www.mercosulsaudevsite.com.br> Acesso em 01 out.2012.
- \_\_\_\_\_. Documentos SGT 11. Disponível em: <http://www.mercosulsaudevsite.com.br> Acesso em 01 out.2012.
- MERCOSUL SOCIAL E PARTICIPATIVO – Construindo o Mercosul dos povos com democracia e cidadania – Secretaria Geral da Presidência da República, Ministério das Relações Exteriores, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – Brasília – DF, 2007.
- ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE/ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE – BRASIL. Disponível em: [http://new.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&task=view&id=885&Itemid=672](http://new.paho.org/bra/index.php?option=com_content&task=view&id=885&Itemid=672) Acesso em: 30 set. 2012.
- PESQUISA SAÚDE NAS FRONTEIRAS: Estudo de acesso aos serviços de saúde nas cidades de fronteira com países do Mercosul – Ensp/MS – 04/2008. Disponível em: <http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/>. Acesso em: 05 set. 2012.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá Da. Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr. 1999.
- SILVA, Joseane Suzart Lopes. Planos de Saúde e Boa- fé Objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos. 2. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora JusPodvm, 2010.
- SILVA NETO, Manoel Jorge E. Curso de Direito Constitucional. 3ª Ed. São Paulo: Lumem Juris Editora, 2008, p.54.
- UNASUL. CONSELHO SUL AMERICANO DE SAÚDE. Resolución 05/2009. Dispõe sobre “El Consejo de Salud de UNASUR”. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/decisao-de-criar-o-isags>. Acesso em: 01 out 2012.

# Do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL e a insuficiência dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal para a repressão ao tráfico internacional de entorpecentes

*Fernanda Ravazzano L. Baqueiro*

Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA. Advogada.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A UNASUL e o Conselho de Combate ao Narcotráfico: 2.1. Objetivos da UNASUL; 2.2. Criação do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL – 3. Mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal na América Latina para repressão ao tráfico internacional de drogas – 4. Do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL e a insuficiência dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal: 4.1. Da ineficácia dos atuais mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal e as rotas do tráfico internacional de drogas na América Latina; 4.2. Possíveis soluções: a experiência da *Eurojust*: 4.2.1. A desburocratização do processo penal; 4.2.2. A internalização dos Tratados e Convenções Internacionais; 4.2.3. A Cooperação interna; 4.3. A harmonização seria a solução? – 5. Considerações finais – Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva tratar do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL e da insuficiência dos atuais mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal para a repressão ao tráfico de drogas. Para tanto será analisada a constituição deste Conselho, bem como as suas finalidades, em consonância com os próprios objetivos da UNASUL.

Os atuais Acordos internacionais de cooperação jurídica em matéria penal revelam-se ineficazes e inadequados ao combate à criminalidade transnacional que ofende bens jurídicos supranacionais. O protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL será avaliado, tecendo-se relação com a realidade social subjacente e a sua inaplicabilidade prática para a solução de controvérsias envolvendo o Estado-solicitante e o Estado-solicitado.

A experiência da União Europeia no combate à criminalidade transnacional e as recentes propostas de cooperação jurídica internacional neste bloco também serão avaliadas de forma crítica; com efeito, as atuais regras de cooperação na União Europeia também não se mostram eficazes, sobretudo diante do aumento do consumo, da oferta e do tráfico na região, em especial do cultivo e uso da *cannabis sativa*.

Será conferido enfoque à palestra do Presidente da *Eurojust*, na qual José Luis Lopes Mota aponta os principais problemas internos do Brasil que contribuem para que os mecanismos internacionais de cooperação jurídica se tornem ineficazes. O excesso de burocratização e a aparente ausência de internalização dos tratados e convenções internacionais seriam os dois principais entraves do processo penal brasileiro. Mas tais críticas devem, de fato, serem observadas no Brasil sem restrições? A simplificação do Processo Penal e a criação de novos tipos penais seriam suficientes para a maior repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes? E a aplicação de tais observações no Direito Europeu tem-se mostrado adequada e suficiente à repressão à criminalidade transnacional?

Por fim, serão ainda analisados novos mecanismos de cooperação internacional, como a harmonização legislativa e suas consequências para a soberania nacional e para a redução do tráfico internacional de drogas.

## **2. A UNASUL E O CONSELHO DE COMBATE AO NARCOTRÁFICO**

Antes de adentrar no Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL é mister que sejam apontados, ainda que brevemente, os objetivos da UNASUL.

### **2.1. Objetivos da UNASUL**

A UNASUL, diferentemente do MERCOSUL possui objetivos mais amplos e uma adesão muito maior por países da América do Sul. Enquanto

este tem por finalidade fortalecer o mercado dos Estados-membros, a UNASUL visa promover uma integração regional em todos os sentidos, protegendo, sobretudo, os direitos humanos e tratando de temas como a cidadania<sup>1</sup>.

Como exemplo há a discussão sobre a instituição de “cláusula democrática” contra golpes de estado<sup>2</sup>, preservando-se os direitos políticos, a liberdade e a dignidade da pessoa humana dos cidadãos pertencentes aos países integrantes. São objetivos da UNASUL:

### **Art. 2º: objetivos**

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivo construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infra-estrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.<sup>3</sup>

Semelhante a União Europeia, o objetivo demonstrado no artigo 2º do Tratado Constitutivo da UNASUL denota o bloco como organização dotada de personalidade jurídica internacional, promovendo a integração dos Estados da América do Sul como uma única nação.

Artigo 3º: Objetivos específicos:

A União de Nações Sul-americanas tem como objetivos específicos:

a) o fortalecimento do diálogo político entre os Estados Membros que assegure um espaço de concertação para reforçar a

1. Cf. SCHMIDT, Rafael Vitória. **A constituição da UNASUL e a possibilidade de avanços para a cidadania e os Direitos Humanos na América do Sul**. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/nerint/php/artigos.php?idp=1&lang=br>> Acesso em: 01 jun 2011.
2. JORNAL DO BRASIL. **UNASUL pode ter estatuto contra golpes de estado, diz chanceler**. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/internacional/noticias/2010/10/01/unasul-pode-ter-estatuto-contr-golpes-de-estado-diz-chanceler/>> Acesso em: 01 jun 2011.
3. BRASIL. Itamaraty. **Tratado Constitutivo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul>> Acesso em: 01 jan 2011

integração sul-americana e a participação da UNASUL no cenário internacional;

b) o desenvolvimento social e humano com equidade e inclusão para erradicar a pobreza e superar as desigualdades na região;

c) a erradicação do analfabetismo, o acesso universal a uma educação de qualidade e o reconhecimento regional de estudos e títulos;

d) a integração energética para o aproveitamento integral, sustentável e solidário dos recursos da região;

e) o desenvolvimento de uma infra-estrutura para a interconexão da região e de nossos povos de acordo com critérios de desenvolvimento social e econômico sustentáveis;

f) a integração financeira mediante a adoção de mecanismos compatíveis com as políticas econômicas e fiscais dos Estados Membros;

g) a proteção da biodiversidade, dos recursos hídricos e dos ecossistemas, assim como a cooperação na prevenção das catástrofes e na luta contra as causas e os efeitos da mudança climática;

h) o desenvolvimento de mecanismos concretos e efetivos para a superação das assimetrias, alcançando assim uma integração equitativa;

**i) a consolidação de uma identidade sul-americana através do reconhecimento progressivo de direitos a nacionais de um Estado Membro residentes em qualquer outro Estado Membro, com o objetivo de alcançar uma cidadania sul-americana;**

j) o acesso universal à seguridade social e aos serviços de saúde;

k) a cooperação em matéria de migração, com enfoque integral e baseada no respeito irrestrito aos direitos humanos e trabalhistas para a regularização migratória e a harmonização de políticas;

l) a cooperação econômica e comercial para avançar e consolidar um processo inovador, dinâmico, transparente, equitativo e equilibrado que contemple um acesso efetivo, promovendo o crescimento e o desenvolvimento econômico que supere as assimetrias mediante a complementação das economias dos países da América do Sul, assim como a promoção do bem-estar de todos os setores da população e a redução da pobreza;

m) a integração industrial e produtiva, com especial atenção às pequenas e médias empresas, cooperativas, redes e outras formas de organização produtiva;

n) a definição e implementação de políticas e projetos comuns ou complementares de pesquisa, inovação, transferência e produção tecnológica, com vistas a incrementar a capacidade, a sustentabilidade e o desenvolvimento científico e tecnológico próprios;

o) a promoção da diversidade cultural e das expressões da memória e dos conhecimentos e saberes dos povos da região, para o fortalecimento de suas identidades;

p) a participação cidadã, por meio de mecanismos de interação e diálogo entre a UNASUL e os diversos atores sociais na formulação de políticas de integração sul-americana;<sup>4</sup>

E prevê ainda, especificamente, a necessidade da luta contra o terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e a criminalidade transnacional como um todo:

**q) a coordenação entre os organismos especializados dos Estados Membros, levando em conta as normas internacionais, para fortalecer a luta contra o terrorismo, a corrupção, o problema mundial das drogas, o tráfico de pessoas, o tráfico de armas pequenas e leves, o crime organizado transnacional e outras ameaças, assim como para promover o desarmamento, a não proliferação de armas nucleares e de destruição em massa e a deminagem;**

**r) a promoção da cooperação entre as autoridades judiciais dos Estados Membros da UNASUL;**

**s) o intercâmbio de informação e de experiências em matéria de defesa;**

t) a cooperação para o fortalecimento da segurança cidadã, e

u) a cooperação setorial como um mecanismo de aprofundamento da integração sul-americana, mediante o intercâmbio de informação, experiências e capacitação. (grifos adotados)<sup>5</sup>

---

4. BRASIL. Itamaraty. **Tratado Constitutivo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul>> Acesso em: 01 jan 2011

5. Idem. Ibidem.

Ademais, enquanto que o MERCOSUL possui apenas 04 (quatro) Estados-membros, a UNASUL possui 12 (doze) países soberanos que a integram, havendo, portanto, adesão maior. Não obstante, resta claro em seus objetivos específicos a preocupação em promover o desenvolvimento não apenas econômico dos seus países, mas o desenvolvimento social, regional e cultural das nações. Há ainda a previsão na criação de uma cidadania única, a exemplo da União Europeia; por fim, insta salientar que é objetivo específico a coordenação entre os Estados-membros para o combate ao terrorismo, à corrupção, ao tráfico de drogas, ao crime organizado transnacional e outras ameaças.

## 2.2. Criação do Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL

Foi instituído em San Carlos de Bariloche, Argentina, em agosto de 2009, o Conselho de Combate ao narcotráfico da UNASUL<sup>6</sup> - ou o Conselho Sul-Americano sobre o Problema Mundial das Drogas<sup>7</sup> - em observância à finalidade exposta na alínea “q” do Tratado Constitutivo da UNASUL<sup>8</sup>. A criação de tal órgão possui duplo objetivo: reprimir de forma mais eficaz o tráfico internacional de drogas e proteger as fronteiras dos países integrantes da UNASUL, em especial a soberania do bloco contra as intervenções de outros países, a exemplo da atuação dos Estados Unidos na Colômbia<sup>9</sup>, que gerou um mal estar entre este e os demais países do bloco.

Em 09 de abril de 2010 a UNASUL anunciou o Estatuto do Conselho de Combate ao narcotráfico. Analisando as finalidades específicas do órgão, a agência OPERA MUNDI afirma que: “*O estatuto propõe ainda uma perspectiva integral no combate ao narcotráfico, ou seja, com políticas*”

---

6. Cf. BRASIL, Itamaraty. **Reunião Extraordinária de Chefes de Estado e de Governo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/bariloche>> Acesso em: 01 jun 2012

7. Cf. ISAGS, Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde. **UNASUL**. Disponível em: <<http://www.isags-unasul.org/interna.asp?lang=1&idArea=38>> Acesso em: 23 ago 2012

8. BRASIL, Itamaraty. **Tratado Constitutivo da UNASUL**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul>> Acesso em: 01 jan 2011.

9. Cf. CANTANHÊDE, Eliane. **Sem Uribe, Unasul enfrentará teste com reunião de amanhã**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0908200904.htm>> Acesso em: 01 jun 2012



*para a erradicação da oferta, da produção, do trânsito, do fornecimento e para garantir a segurança e a saúde das pessoas*<sup>10</sup>.

Ao que tudo indica, tal Conselho elaborará medidas no mesmo sentido do Conselho Europeu que aprovou a Estratégia da União Europeia em matéria de drogas para o período de 2005-2012<sup>11</sup>, ou seja, apontando medidas preventivas e repressivas, objetivando reduzir o consumo de drogas na EU e, conseqüentemente a oferta:

***Ámbito de acción: reducción de la demanda***

*Para reducir la demanda, se han fijado las siguientes prioridades:*

- *mejora del acceso y de la eficacia de los programas de prevención y de sus correspondientes campañas de sensibilización;*
- *mejora del acceso a los programas (medidas) de intervención precoz;*
- *mejora del acceso a programas orientados y diversificados de tratamiento;*
- *mejora del acceso a los servicios de prevención y tratamiento del VIH/sida.*

***Ámbito de acción: reducción de la oferta***

*Para reducir la oferta, se han fijado las siguientes prioridades:*

- *reforzar la cooperación policial y judicial en la UE tanto desde el punto de vista estratégico como del de la prevención de la delincuencia;*
- *intensificar la cooperación policial y judicial concreta entre los Estados miembros utilizando los instrumentos y marcos existentes;*
- *prevención de la importación y exportación ilícitas de narcóticos y sustancias psicotrópicas, incluso con destino al territorio de otros Estados miembros;*

---

10. Cf. OPERA MUNDI. **Unasul anuncia estatuto de Conselho de Luta contra o Narcotráfico**. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3614/unasul+anuncia+estatuto+de+conselho+de+luta+contra+o+narcotrafico.shtml>> Acesso em: 01 jun 2012

11. Cf. EUROPA. **Estrategia de la Unión Europea en materia de drogas (2005-2012)**. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combatting\\_drugs/c22569\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combatting_drugs/c22569_es.htm)> Acesso em: 23 ago 2012

- *mejora de la cooperación en el ámbito de la represión, las investigaciones penales y la policía científica entre los Estados miembros que tengan intereses comunes o se enfrenten a los mismos problemas relacionados con la droga;*
- *intensificar el esfuerzo policial y judicial orientado a terceros países, en particular los países productores y las regiones situadas a lo largo de los itinerarios utilizados para el tráfico de drogas.*<sup>12</sup>

Dentre as medidas para reduzir a oferta, encontra-se o reforço da cooperação judicial e policial entre os Estados-membros dentro da própria União Europeia. Tal cooperação abrange desde o cuidado na importação e exportação de substâncias psicotrópicas dentro da União Europeia, abrangendo a comunicação das investigações policiais e das conclusões da perícia entre os Estados-membros, para, por fim, alcançar ainda as relações internacionais que envolvem países fora do bloco, intensificando a atuação policial e judicial voltada às parcerias com terceiros países, em especial as ações produtoras e localizadas na rota do tráfico internacional de drogas.

A fim de reduzir a oferta é necessário ainda que haja uma maior cooperação entre a EUROPOL e a EUROJUST<sup>13</sup>, facilitando a apuração das infrações e o processamento das provas e o julgamento dos envolvidos.

Em seguida o mencionado documento reforça o ideal de cooperação internacional como mecanismo necessário à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes:

***Tema transversal: la cooperación internacional***

*En cuanto a las relaciones exteriores se refiere, se han fijado las siguientes prioridades:*

- *una acción coordinada, eficaz y más visible de la Unión en las organizaciones y foros internacionales con el fin de mejorar y de fomentar un enfoque equilibrado del problema de la droga;*
- *un esfuerzo especial por lo que se refiere a los países candidatos y a los países candidatos potenciales, como los países del proceso de estabilización y de asociación;*

12. Cf. EUROPA. **Estrategia de la Unión Europea en materia de drogas** (2005-2012). Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combating\\_drugs/c22569\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_drugs/c22569_es.htm)> Acesso em: 23 ago 2012

13. A experiência da Eurojust será analisada no tópico 4.2.

- *ayudar a los terceros países, incluidos los países europeos vecinos, y a los países donde se produce o por los que transita principalmente la droga, a ser más eficaces en el ámbito de la reducción tanto de la demanda como de la oferta de droga, mediante una cooperación más estrecha entre los Estados miembros de la UE y, a la vez, integrando las cuestiones relacionadas con las drogas en el diálogo general sobre la política exterior y de seguridad común y la cooperación al desarrollo; en los nuevos acuerdos de cooperación celebrados entre la UE y terceros países debería seguir figurando una cláusula específica relativa a la cooperación en materia de lucha contra la droga.*<sup>14</sup>

A cooperação internacional refere-se aos países já integrantes da EU e os potenciais integrantes do bloco, dispondo sobre a realização de foros internacionais com o escopo de debater e propor soluções acerca do problema da droga. Discorre ainda sobre a ajuda aos países vizinhos da Comunidade Europeia e aos terceiros países para o combate ao narcotráfico, desde a produção até a oferta. A luta contra a droga exige uma maior cooperação entre as nações soberanas.

Retomando a análise do Conselho de Combate ao narcotráfico da UNASUL constata-se que até a presente data o Conselho está na fase de análise da implantação do plano de ação para combate às drogas, ainda não tendo iniciado ações concretas. Ocorre que o problema sobre o uso e comercialização de entorpecentes abrange não apenas o âmbito jurídico, especificamente o Direito Penal, tratando-se, sobretudo de questão de saúde pública, desafiando uma atuação conjunta das diversas instâncias da sociedade. Neste sentido, as propostas do Conselho são importantes por discorrerem não apenas sobre a repressão ao tráfico de drogas, mas a prevenção do consumo e oferta, tratando ainda de medidas de saúde pública para tratar os dependentes químicos a nível transnacional.

Tal Conselho, à semelhança do Conselho Europeu, possui dentre suas finalidades<sup>15</sup> identificar as possibilidades de harmonização das legislações penais, civis, administrativas e de políticas públicas, bem como instituir os Mecanismos de Consultas Regulares de Autoridades Judiciais, Policiais, Financeiras, Aduaneiras e de Órgãos de Combate às Drogas dos

---

14. Cf. EUROPA. **Estrategia de la Unión Europea en materia de drogas** (2005-2012). Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combatting\\_drugs/c22569\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combatting_drugs/c22569_es.htm)> Acesso em: 23 ago 2012.

15. Cf. ISAGS, Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde. **UNASUL**. Disponível em: <<http://www.isags-unasul.org/interna.asp?lang=1&idArea=38>> Acesso em: 23 ago 2012

Países Sul-Americanos dos países integrantes da UNASUL como meio de fomentar a cooperação jurídica em matéria penal.

A fim de facilitar o intercâmbio de informações e provas para apurar o tráfico de entorpecentes, em 2011 o Conselho Sul-Americano sobre o Problema Mundial das Drogas da UNASUL decidiu estabelecer o Observatório do Narcotráfico, ou seja: cada país integrante terá um Observatório que colherá informações e provas para em seguida fornecê-las ao Observatório Regional do Narcotráfico<sup>16</sup>.

Em 22 e 23 de março do corrente ano, o Conselho novamente se reuniu e as delegações dos países presentes comprometeram-se a apresentar propostas para uma maior cooperação entre si no tocante ao combate ao narcotráfico, reforçando, mais uma vez, a necessidade de harmonização das leis penais entre os Estados-membros para reprimir eficazmente o tráfico de drogas na região<sup>17</sup>.

Da análise de tudo o que fora acima exposto vislumbra-se a intenção da UNASUL em reforçar a cooperação jurídica internacional em matéria penal entre os países integrantes do bloco, objetivando ainda a troca de informações e experiências quanto aos aspectos da prevenção ao tráfico de drogas dentre as nações. Destarte, parece que a alternativa encontrada pela UNASUL, à semelhança da União Europeia, reside na cooperação internacional, mas não se trata aqui da mera repetição dos procedimentos já existentes na América Latina, senão vejamos.

### **3. MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NA AMÉRICA LATINA PARA REPRESSÃO AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS**

Com efeito, conforme acima aduzido, os tratados e acordos internacionais firmados pelo Brasil e países da América Latina possuem redação semelhantes, não prevendo qualquer novidade além do que será adiante discutido especificamente no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL.

16. Cf. CREDEN. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. **UNASUL criará Observatório do Narcotráfico**. Disponível em: <[http://www.inforel.org/noticias/noticia.php?not\\_id=4989&tipo=3](http://www.inforel.org/noticias/noticia.php?not_id=4989&tipo=3)> Acesso em: 23 ago 2012

17. Cf. OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA EXTERNA. **Unasul promoveu reunião para tratar do problema de drogas**. Disponível em: <<http://richtweets.com/mrrmhg>> Acess: 23 ago 2012.

Assim sendo, tanto o Decreto 3895/2001 que promulga o Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Brasil e a Colômbia, quanto o Decreto 6462/2008 que trata do acordo entre Brasil e Cuba, possuem redação idêntica ao Decreto nº 3468/2000 que trata da assistência no MERCOSUL.

O Decreto nº 3988/2001 que trata da cooperação entre Brasil e Peru possui seu âmbito de atuação ainda mais limitado, prevendo apenas assistência mútua na localização de pessoas e bens, notificações de atos judiciais e entrega de documentos e informações judiciais.

Passa-se a análise do Protocolo de Assistência Jurídica mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL, promulgado pelo Decreto nº 3468/2000. O mencionado Acordo prevê:

Alcance da Assistência

Artigo 2

A assistência compreenderá:

- a) notificação de atos processuais;
- b) recepção e produção de provas, tais como testemunhos ou declarações, realização de perícias e exames de pessoas, bens e lugares;
- c) localização ou identificação de pessoas;
- d) notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente;
- e) traslado de pessoas sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente ou com outros propósitos expressamente indicados na solicitação, conforme o presente protocolo;
- f) medidas acautelatórias sobre bens;
- g) cumprimento de outras solicitações a respeito de bens, como por exemplo o sequestro;
- h) entrega de documentos e outros elementos de prova;
- i) apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar;
- j) retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas impostas por sentença judicial; e
- k) qualquer outra forma de assistência em conformidade com os fins deste Protocolo que não seja incompatível com as leis do Estado requerido

Não há, portanto, no mencionado protocolo a previsão de qualquer harmonização das legislações penais dos países envolvidos, tampouco dispõe acerca da coordenação entre os Estados-membros quando o delito for transnacional, ou melhor, que afeta bens jurídicos supranacionais, a exemplo do tema em análise, tráfico de drogas.

Há disposições, tão somente, acerca da produção de provas em outros países, quando o delito for praticado em uma nação – Estado solicitante – e haja a necessidade de produção probatória em outro país – Estado solicitado. E quando o delito envolve mais de uma nação? Especificamente no tráfico de drogas, a substância entorpecente é cultivada ou produzida em um Estado, comercializado em outro e usada em uma terceira nação. Neste caso abstrato, seria correto aplicar apenas as regras básicas que definem a competência, como previsto no artigo 6º do Código Penal Brasileiro, adotando a teoria da ubiquidade? Estaria correto afirmar que o interesse em processar e julgar o infrator seria apenas de um país e caberia a este a direção da produção das provas? Diante de sua inércia, os outros Estados envolvidos ficariam paralisados, aguardando a expedição de cartas rogatórias para ouvir testemunhas, proceder ao sequestro, hipoteca ou arresto de bens, bloqueios de contas bancárias, quebra de sigilo bancário e telefônico dentre outras provas?

Percebe-se, pois, que a inércia do Estado solicitante poderá comprometer a investigação e a punição dos infratores. Ademais, insta salientar que a burocracia que envolve o pedido e cumprimento das cartas rogatórias – objeto da crítica de Fábio Bechara<sup>18</sup> – constitui, por si só, óbice quanto a efetividade dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal e o protocolo do MERCOSUL ora em análise não supre tal necessidade.

Como exemplo, é possível citar o julgado abaixo da lavra do Supremo Tribunal Federal:

STF CR 10720 AT

Relator(a): Min. PRESIDENTE

Julgamento: 22/08/2003

Publicação: DJ 05/09/2003 PP-00021

---

18. Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

Parte(s): REPÚBLICA ARGENTINA MINISTRO PRESIDENTE JUÍZADO DE INSTRUÇÃO E CORRECIONAL DE PASO DE LOS LIBRES ANA PAULA GOMEZ FONTANE OU ANA PAULA PIRIS INTIMAÇÃO

Cuida-se de carta rogatória encaminhada pelo Juiz de Instrução e Correcional de Paso de los Libres/República Argentina, com o objetivo de citar Ana Paula Gomez Fontane ou Ana Paula Piris.<sup>2</sup> O Ministério Público Federal opina pela devolução da presente carta rogatória ao Juízo rogante, para adequação da solicitação às exigências do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (fls. 19/20).<sup>3</sup> **Extrai-se do mencionado diploma legal, assinado entre os Governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai e promulgado pelo Decreto 3468, de 17 de maio de 2000, artigo 6, alínea 3, que a solicitação deverá conter as seguintes indicações :a) identificação da autoridade competente requerente; b) descrição do assunto e natureza do procedimento judicial, incluindo os delitos a que se refere; c) descrição das medidas de assistência solicitadas; d) motivos pelos quais se solicitam ditas medidas; e) texto das normas penais aplicáveis; f) identidade das pessoas sujeitas a procedimento judicial, quando conhecidas. Tendo em vista que o pedido não se encontra devidamente instruído, determino a devolução, por via diplomática, desta carta rogatória.** Intime-se. Brasília, 22 de agosto de 2003. Ministro MAURÍCIO CORRÊA Presidente. (grifos adotados).

Com efeito, a inobservância das formalidades acima descritas inviabiliza o cumprimento de carta rogatória. Cumpre lembrar que não se admite a execução de decisões por carta rogatória, devendo, primeiramente, conforme determina a Constituição Federal de 1988, art. 105, I, aliena *i*, haver a homologação da sentença estrangeira, procedimento mais demorado e dificultoso. Neste sentido Fábio Bechara pontua que:

### **3.6. Principais dificuldades no processamento da cooperação jurídica internacional**

O processamento da cooperação jurídica internacional não tem se mostrado eficiente.

Tomando-se por exemplo o caso brasileiro, têm-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal importantes precedentes que confirmam a postura restritiva à cooperação por meio de cartas rogatórias. São eles: caráter executório do pedido, necessidade de homologação de sentença estrangeira, necessidade de procedimento judicial, atentado à soberania, atentado à ordem pública, ausência ou insuficiência de provas.

Aliás, especificamente no que se refere às cartas rogatórias cujo objeto tenha caráter executório, o entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal foi sempre no sentido da sua não admissão, uma vez que se trata de atos de constrição judicial inerentes à execução forçada, atentatória à ordem pública, e que exigem sentença transitada em julgado.

Na realidade, todos esses argumentos têm como ponto comum o fato de que os Estados envolvidos não pertencem à mesma tradição jurídica.<sup>19</sup>

Outro ponto importante refere-se ao traslado de pessoas sujeitas a procedimento penal em outro país. O protocolo somente prevê o traslado consentido da parte; caso não haja consenso entre a parte e o Estado solicitado o procedimento a ser adotado é o pedido de extradição. Caso a própria Carta Política do país requerido vedar tal entrega, por ser nacional a pessoa sujeita ao procedimento, a extradição será negada. Outrossim, insta salientar que o Protocolo prevê a aplicação de suas regras ainda que o fato não seja previsto como criminoso no Estado-solicitado; e nos casos de não aceitação do traslado pela parte? Aplica-se o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/81, que exige a dupla-incriminação – princípio da identidade da norma – no caso concreto? Ou o protocolo iria se sobrepor à legislação interna? Trata-se de novo entrave.

Com redação um pouco mais abrangente, o Decreto nº 6340/2008 que promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal padece dos mesmos problemas até então apontados para o Protocolo do MERCOSUL.

Não obstante, as inovações trazidas pelo Conselho Sul-Americano sobre o Problema Mundial das Drogas da UNASUL com a proposta da criação de Órgãos do Narcotráfico, bem como a proposta da instituição de medidas de prevenção ao consumo e oferta de drogas, aliado ainda a harmonização das legislações penais, civis, administrativas e as políticas públicas, parecem medidas mais eficazes para reprimir o tráfico de entorpecentes na América Latina.

As propostas, portanto, são diversas dos mecanismos atuais de cooperação em matéria penal e abarcando diversas áreas, não apenas os aspectos jurídicos penais do problema.

---

19. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 56-57



#### **4. DO CONSELHO DE COMBATE AO NARCOTRÁFICO DA UNASUL E A INSUFICIÊNCIA DOS MECANISMOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL**

Passa-se a análise da insuficiência dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal não apenas no âmbito da América Latina, mas levando-se em consideração a própria experiência da União Europeia.

##### **4.1. Da ineficácia dos atuais mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal e as rotas do tráfico internacional de drogas na América Latina**

Antes de adentrar especificamente na questão envolvendo o tráfico de drogas na América Latina, cumpre abordar a experiência Europeia acerca do combate a criminalidade transnacional.

Neste sentido, a organização *European Movement*<sup>20</sup>, ao tratar dos crimes contra a saúde financeira da União Europeia e o atual sistema de cooperação jurídica em matéria penal entre os Estados-membros e a estruturação do Poder Judiciário de cada país, constatou que cerca de apenas 10% (dez por cento) dos casos encaminhados pelo OLAF<sup>21</sup> – Escritório Europeu Antifraude<sup>22</sup> – aos países encarregados de punir os autores dos crimes contra a ordem econômica, efetivamente promovem o oferecimento de denúncia contra os criminosos<sup>23</sup>.

Destarte, constata-se a ineficácia das atuais regras de procedimento de cooperação jurídica em matéria penal na União Europeia. Por tal razão, além das diretrizes traçadas pelo Conselho Europeu<sup>24</sup>, tramita

---

20. Cf. EUROPEAN MOVEMENT. **Corpus Iuris**: a Criminal Law System for the E.U.? Disponível em: <<http://www.euromove.org.uk/index.php?id=13934>> Acesso em: 01 jul 2011.

21. EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/anti_fraud/index_en.html) > Acesso em: 01 jul 2011.

22. Órgão encarregado da apuração de irregularidades entre transações comerciais e prestações de serviço, a fim de que se constate a existência ou não de crimes contra a ordem econômica e tributária, bem como contra o sistema financeiro nacional e a lavagem de capitais na União Europeia.

23. Assim sendo, como será visto no tópico seguinte, a mera criação de um órgão encarregado da apuração de denúncias e constatação de irregularidades na América Latina sobre o tráfico de drogas não será suficiente para promover resultados concretos.

24. Como visto no tópico 2.2.

paralelamente estudos sobre a harmonização da legislação penal europeia, dirigidos por uma Comissão<sup>25</sup> encarregada de elaborar o *Corpus Iuris*, primeiro documento que trataria das leis penais e processuais penais a serem aplicadas em toda a União Europeia .

Analisando o objeto desta pesquisa, percebe-se que os atuais mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal na América Latina também são ineficazes. Para tal constatação, além do que foi afirmado e demonstrado no capítulo anterior, é possível alcançar a mesma conclusão analisando o aumento do consumo, oferta e tráfico de drogas na região.

O Relatório Anual do Escritório das Nações Unidas Contra Drogas e Crime<sup>26</sup> – *UNDOC* – trata da produção e comercialização de drogas no mundo e especificamente na América Latina, aponta a região dos Andes como sendo a mais utilizada para a produção de cocaína, abastecendo a América do Norte, Europa, Ásia e um pouco mais distante, a Oceania. O mesmo relatório pontua que a produção de cocaína na Colômbia está em declínio enquanto que no México, embora haja grande esforço das autoridades locais em combater tal produção, houve considerável aumento desta. A Bolívia e o Peru conseguiram reduzir em 40% e 20% a produção da cocaína; mesmo assim, tal decréscimo partiu de medidas internas destes países e não de um esforço efetivo advindo da cooperação internacional.

Ao analisar a evolução das rotas do tráfico<sup>27</sup>, o Relatório aponta que a Colômbia e o México emergiram como as fontes primárias da heroína. A rota da cocaína, por sua vez, era traçada no passado da Colômbia diretamente para a Espanha; na última década, porém, tal rota sofreu transformações e a droga passou a ser oferecida da República Bolivariana da Venezuela para vários países do Caribe, a partir dos quais a droga seria transportada por via aérea para a Europa. Mais recentemente, a droga é ainda fornecida pelo Peru, sendo antes transportada para o Brasil para então seguir para a Europa.

---

25. Cf. LIMA, José Antônio Farah Lopes de. **Direito Penal Europeu**. Leme: JH Mizuno, 2007

26. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World Drug Report 2012**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2012.html>> Acesso em: 20 set 2012

27. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **World Drug Report 2012**. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2012.html>> Acesso em: 20 set 2012.

A Bolívia e o Peru tornaram-se importantes fornecedores de drogas para o mercado da própria América Latina, notadamente para o Brasil e outros países da América do Sul.

Por fim, da análise do relatório da UNDOC extrai-se que:

**Dados recentes sobre o tráfico de drogas na América Latina para o mundo**

Relatório divulgado em 2011 pela Junta Internacional de Entorpecentes, órgão do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), **aponta a América Latina como a principal rota do tráfico de drogas internacional**. Segundo o documento, baseado na situação do combate ao tráfico em países latino-americanos em 2010, o território latino-americano continua sendo utilizado como “uma importante região para o trânsito de remessas de drogas ilícitas destinadas aos Estados Unidos e países da África e Europa”.

Estudos e estatísticas mostram que a América Latina tornou-se uma grande área produtora e porta de saída de droga para outras partes do mundo, principalmente para a África. **Dados do UNODC mostram que as saídas aumentaram significativamente nestes últimos anos, passando de 25 toneladas em 2005 a 260 toneladas em 2010.**<sup>28</sup> (grifos aditados)

Constata-se, portanto, da análise do mencionado relatório, que embora haja mudanças na rota do tráfico de entorpecentes na América Latina, este mercado permanece forte, surgindo, inclusive, novas rotas até então pouco utilizadas. O Brasil passou a ocupar lugar de destaque negativo no tráfico de drogas. Se os acordos de cooperação jurídica internacional em matéria penal assinados pelo Brasil e demais países da América Latina fossem eficazes, haveria a redução e não o aumento do tráfico de entorpecentes. Ademais, torna-se a frisar, tais acordos de cooperação não são adequados ao combate da criminalidade transnacional, que atinge bens jurídicos supranacionais, demandando uma nova análise das formas de prevenção e repressão de tais delitos.

Ademais, Fábio Ramazzini Bechara<sup>29</sup> ao se deparar com as dificuldades na colheita das provas em países distintos, diante da criminalidade

28. ÁBACOONU. UNDOC. Disponível em: [www.abacoonu.com.br/download.php?arquivo=UNODC.pdf](http://www.abacoonu.com.br/download.php?arquivo=UNODC.pdf) Acesso em: 23 ago 2012.

29. Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

transnacional, propõe *lege ferenda* a adoção de outras regras, lastreado nas regras de cooperação da União Europeia<sup>30</sup>. Adverte o autor:

Dentre os fatores que são de extrema relevância para garantir que a cooperação seja eficiente, tem-se: a determinação do direito aplicável; a especialidade na destinação do ato praticado; a exigência de dupla incriminação; a existência de tratado ou acordo bilateral; a forma de comunicação e relacionamento entre as autoridades estrangeiras.<sup>31</sup>

Após tais constatações, o autor segue apontando as dificuldades enfrentadas pelas regras tradicionais de cooperação internacional em matéria penal:

### 3.1. Definição do Direito aplicável: lei do Estado do processo ou lei do Estado requerido

O direito aplicável nos pedidos de assistência internacional pode ser analisado sob duas perspectivas: da lei material e da lei processual. Do ponto de vista da lei material aplicável, não há grandes questionamentos, na medida em que prevalece a lei do Estado requerente, cuja atuação está circunscrita ao princípio da territorialidade.

---

30. Dentre as soluções propostas, trata da desnecessidade da expedição de Carta Rogatória entre os países, propondo a adoção de cartas rogatórias participativas, em que a autoridade judicial do Estado requerente participaria diretamente da produção da prova juntamente com a autoridade do Estado requerido, ou através da participação física ou através da videoconferência. Tal posicionamento não parece dos mais acertados, pois não observa os gastos gerados para o Estado com o deslocamento de uma autoridade para outro país toda vez que for necessária a produção de prova em outra nação; ademais a fiscalização da produção da prova por um magistrado de um Estado-membro com relação a autoridade judicial do outro país também provocará desconfortos políticos, quebrando-se a confiança entre as nações e não a reforçando-a. (Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 159).

Por fim, quanto à produção probatória por videoconferência, além das críticas que serão formuladas no capítulo seguinte, cumpre lembrar as advertências feitas por Fauzi Hassan Choukr quanto à realização do interrogatório do réu por videoconferência e a afronta a princípios constitucionais penais, quais sejam os princípios da publicidade, da imediatidade dos atos processuais e, principalmente, o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o acusado não terá contato com o responsável por cercar sua liberdade, uma vez que aqui, o magistrado ou a autoridade policial que irá fisicamente acompanhar a colheita da prova não será aquele que proferirá a decisão. (Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 354-361)

31. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 151

No tocante à lei processual, é bem verdade que, por força do Código de Bustamante, cujo conteúdo foi reproduzido pela legislação brasileira, como, por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil, se estabelece a aplicação da lei processual do Estado requerido.<sup>32</sup>

Com efeito, as dificuldades no sistema de cooperação já têm início com a própria definição de qual ordenamento jurídico em matéria processual penal deverá ser aplicado. Os tradicionais mecanismos de cooperação são burocráticos, demorados e ineficazes:

Sem dúvida alguma, o pedido de auxílio direto constituiu um importante avanço na tentativa de evitar os inconvenientes burocráticos que qualificam a carta rogatória tradicional, na medida em que a iniciativa da solicitação no Estado requerido é da autoridade local, que encampa a necessidade manifestada pelo Estado requerente.<sup>33</sup>

O excesso de burocracia e a discrepância entre os sistemas penais internos de cada nação, conforme *ex vi*, impossibilitam o pleno funcionamento da cooperação jurídica internacional em matéria penal, obstaculizando a perseguição e a punição dos autores do fato.

#### **4.2. Possíveis soluções: a experiência da Eurojust**

Analisando o exemplo da União Europeia, em especial a experiência da Eurojust a partir da palestra do Presidente do órgão, José Luís Lopes Mota<sup>34</sup>, discorre-se sobre as críticas e sugestões formuladas para uma cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil. Pontua José Luís:

Em primeiro lugar, é evidente uma necessidade de desburocratização e simplificação de procedimentos e de aproximação de sistemas de modo a permitir uma melhor cooperação entre Estados.

Em segundo lugar, há que explorar e desenvolver as potencialidades oferecidas pela expansão do direito penal. As convenções

32. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal:** eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153

33. Idem. Ibidem. p. 158

34. Cf. MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal in: **Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas**. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012.

internacionais aprovadas em várias instâncias internacionais têm levado a que o direito penal hoje atue em áreas onde não atuava anteriormente, também em virtude da implementação dessas mesmas convenções no direito interno.

Em terceiro lugar, a questão de criminalização. Os Estados têm que garantir que fatos previstos nas normas internacionais são crime, e isso só pode ser assegurado através da aprovação de leis nacionais. Em simultâneo, os Estados têm que estabelecer a sua jurisdição sobre os fatos ocorridos no seu território.

Em quarto lugar, a questão da coordenação, aspecto essencial que obriga a mudar práticas. Se a coordenação funciona no domínio da investigação e perseguição da criminalidade transnacional, isso vai querer dizer que, em princípio, deverão existir investigações e processos paralelos em vários Estados e, então, haverá que garantir que estes se desenvolvem de maneira coordenada, analisar que autoridades e tribunais vão perseguir e julgar os diferentes factos e agentes, de acordo com as leis nacionais aplicáveis, se é possível concentrar os processos num Estado só ou não. E, ao mesmo tempo, prevenir os conflitos de jurisdição, o respeito pelo princípio *ne bis in idem*, que hoje é universalmente considerado como um direito fundamental. Outro ponto importante é assegurar o confisco dos produtos do crime – aí temos os aspectos ligados ao branqueamento<sup>35</sup>.

#### 4.2.1. A desburocratização do processo penal

Percebe-se, pois, que a problemática reside em dois pontos fundamentais: cooperação jurídica e internalização dos tratados e convenções internacionais. Quanto a cooperação jurídica, o Presidente da *EuroJust* salienta que a desburocratização é essencial para a cooperação eficaz; de fato, a excessiva burocracia nos procedimentos criminais, cíveis, administrativos, enfim, no processo brasileiro torna-se entrave para a prestação de uma atividade jurisdicional eficaz. Trata-se, de fato, de reclamação presente em qualquer seara do Direito. A simplificação dos procedimentos é imprescindível para o funcionamento do Estado brasileiro, em especial, para o exercício da atividade jurisdicional.

---

35. MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal in: **Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas**. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012 p. 81

Convém ressaltar, porém, que a desburocratização do processo penal e a sua simplificação não significa limitar direitos e garantias do acusado. Não se pode concordar com a redução dos meios de prova e recursos como alternativa à celeridade processual, ou seja, com a restrição ao princípio do contraditório e ampla defesa como fundamento para a simplificação do processo penal.

Neste sentido, o Ministro César Peluzo no julgamento do Habeas Corpus 88.914-0, apreciando o interrogatório por videoconferência asseverou que:

[...] É natural que, quando se tenta impor mudança tão substantiva, aflore a tendência de se lhe realçar os benefícios e diminuir o alcance das perdas, que decerto não são poucas nem inexpressivas, e das quais a mais significativa está no esvaziamento ou debilitação do substrato humano do sistema penal, por conta de uma visão econômica e instrumental do processo que é absolutamente cega a todos os custos doutra ordem.<sup>36</sup>

Como bem pontuado pelo Ministro, não se pode concordar com a simplificação do processo penal, sob o argumento da garantia da celeridade e economicidade processuais sacrificando direitos e garantias do cidadão. No exemplo acima, o interrogatório por videoconferência viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, dos atos judiciais, da publicidade dos atos e afronta ainda a Convenção Americana de Direitos do Homem, especificamente o artigo 5º que aduz: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.<sup>37</sup>

Saliente-se, por fim, que o interrogatório é primordialmente direito do acusado, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup>e, em um segundo momento, é meio de prova. Limitar o contato entre o magistrado e o réu viola o princípio do contraditório e da ampla defesa, afrontando a Constituição Federal de 1988.

A simplificação defendida neste artigo refere-se notadamente a noção de cooperação em si, como afirmado acima na citação do pensamento

---

36. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.914-0. 2ª Turma. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 13 ago 2007. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756265/habeas-corpus-hc-88914-sp-stf>> Acesso em: 01 jun 2012

37. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 356

38. Cf. HC 94601/CE e HC 95225/RJ.

de José Luís Lopes Mota<sup>39</sup>. Não se trata da defesa da celeridade processual violando-se direitos e garantias do réu, limitando o direito de prova ou mesmo a realização da instrução processual, como se percebe na transação penal ou *plea bargain* no direito norte-americano.

Defende-se, sim, adotando as lições de Aury Lopes Jr.<sup>40</sup>, a definição de prazos específicos para a realização de atos processuais e para a duração do processo penal, bem como a estipulação de prazo para a prisão cautelar. Dessa forma, o mencionado autor cita o exemplo do Código de Processo Penal do Paraguai (Ley n. 1.286/98), que fixou prazo máximo de 04 anos para duração do processo penal, sob pena da declaração de sua extinção (art. 136 do diploma legal). O mesmo dispositivo esclarece que se a perda do prazo ocorreu pela morosidade do Estado, este deve indenizar a vítima pelos prejuízos provocados através dos funcionários e juízes que deram causa a perda do prazo. Esclarece ainda que a negligência é presumida, até prova em contrário.

Não obstante, o artigo 116<sup>41</sup> do Código em análise expõe ainda que, uma vez concluída a investigação e o representante do Ministério Público mantendo-se inerte, sem oferecer a denúncia, indicar diligência a ser realizada ou requerer a prorrogação do prazo para as investigações ao juiz, este intimará o Fiscal Geral do Estado para no prazo de 10 dias requeira o que entender pertinente. Se, transcorrido tal prazo, sem que haja uma manifestação do Ministério Público, o magistrado declarará extinta a ação penal, sem prejuízo da responsabilização pessoal do Fiscal Geral do Estado e do fiscal interveniente.

Outrossim, a descriminalização de condutas menores, que não ofendem bens jurídicos essenciais para o convívio pacífico em sociedade, a exemplo dos crimes contra a honra, das contravenções penais, e outros tipos previstos no Código Penal e na legislação extravagante, contribuiriam para desafogar o Poder Judiciário, compreendendo que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*<sup>42</sup>.

---

39. MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal in: **Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas**. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012 p. 81

40. Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 214.

41. Idem. Ibidem.

42. Cf. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um Direito Penal Mínimo. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.



Por fim, Fábio Bechara<sup>43</sup> aponta a simplificação no procedimento de solicitação e cumprimento das cartas precatórias e rogatórias como uma das possíveis soluções para a desburocratização do processo penal.

O que não se pode concordar, de maneira alguma, é que haja confusão entre desburocratização do processo penal com a sua consequente celeridade e a aceleração do processo penal, suprimindo etapas, ocasionando a violação aos direitos e garantias fundamentais do acusado. A simplificação não consiste na aceitação automática da culpa, a celebração de acordos entre a acusação e a defesa abrindo-se mão da instrução processual, tampouco na supressão de recursos e realização de interrogatórios por videoconferência.

Como bem assevera Miguel Reale Júnior<sup>44</sup>, o instituto americano do *plea bargaining*, que consiste em um acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o acusado em que o suposto autor do fato assume a culpa pelo delito – *plea guilty* – abrindo-se mão da instrução criminal, somente pode ser alvo de severas críticas. Há, atualmente, um verdadeiro abuso na utilização deste acordo, a tal ponto de se afirmar que diversos homens e mulheres inocentes, coagidos pelo Ministério Público, terminam por assumir a culpa por um crime não praticado, com receio de serem condenados ao final do processo por não conseguirem demonstrar que não são, de fato, autores do crime. Por outro lado, vislumbram-se casos em que os agentes deveriam cumprir pena máxima, mas são beneficiados pela constante necessidade de se dar uma resposta rápida a sociedade diante da repercussão do delito, sendo aplicada a pena mínima.

No Brasil há a delação premiada, também amplamente criticada<sup>45</sup>, pois o Estado beneficia o infrator que praticou o delito com a mesma intensidade que o coautor, mas que “espontaneamente” resolveu cooperar com o Estado e delata os demais autores. Neste caso ele terá direito

---

43. Conforme visto no tópico 5.1. deste artigo. (Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011).

44. REALE JÚNIOR, Miguel. **Simplificação processual e desprezo pelo processo penal**. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/2006/doutrina11.asp>> Acesso em: 20 de set 2012.

45. Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

a uma redução da pena de 1/3 a 2/3, ou, no caso da lei de lavagem de capitais, poderá ainda deixar de ser aplicada (art. 1º §5º lei 12683/12).

Afora as questões éticas que envolvem a delação premiada, o Estado ainda assume o ônus de proteger o delator e a sua família, devendo inscrevê-los no serviço de proteção à testemunha, gerando gastos, conforme dispõe a lei 9807/99. O Estado, portanto, através da delação premiada, demonstra sua incapacidade em exercer o *jus persecuendi* e o *jus puniendi*.

A imposição de prazos para o Estado e a necessária criação de novas Varas Criminais, acompanhada da descriminalização de condutas menores, que não violam bens jurídicos essenciais ao convívio pacífico em sociedade, aliadas ainda a cooperação entre as instâncias da administração penal tornariam o processo penal brasileiro mais célere e eficaz, sem ultrapassar garantias e direitos individuais.

#### 4.2.2. A internalização dos Tratados e Convenções Internacionais

Retornando a análise da palestra do Presidente da *Eurojust*<sup>46</sup>, a crítica seguinte refere-se à internalização dos tratados e convenções internacionais que versam sobre criminalidade transnacional dos quais o Brasil seja signatário. José Luís Lopes Mota pondera que:

O reforço da eficácia da acção contra a criminalidade organizada obriga também a recorrer a métodos mais intrusivos de investigação, às chamadas técnicas especiais de investigação tais como escutas e interceptação de comunicações, entregas controladas e ações encobertas. O que significa uma maior intromissão nos direitos individuais, nomeadamente à escala internacional<sup>47</sup>.

Assim sendo, defende a imediata harmonização do Direito Penal e Processual Penal brasileiro às novas regras trazidas pelos tratados internacionais acerca da definição, perseguição e punição de novos delitos, ainda que isto signifique violar a própria Constituição do país.

---

46. MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal in: **Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas**. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012 p. 81

47. MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal in: **Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas**. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012 p. 81

Trata-se da denominada 3ª velocidade do Direito Penal. Malgrado Arthur Gueiros<sup>48</sup> pontue que esta nova face do Direito Penal não deve ser confundida com o Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs<sup>49</sup>, constitui, em verdade, a sua própria definição prática, senão vejamos.

A defesa da releitura do Direito Penal Clássico, tornando-o mais moderno, adequado às transformações sociais, com tipos penais abertos, desafiando uma maior intromissão estatal na vida privada, limitando direitos e garantias fundamentais, amolda-se perfeitamente à definição de Direito Penal do Inimigo, como bem adverte Luiz Flávio Gomes:

*Bandeiras do Direito Penal de inimigo:* o Direito Penal do inimigo, como se vê, (a) necessita da eleição de um inimigo e (b) caracteriza-se ademais pela oposição que faz ao Direito Penal do cidadão (onde vigoram todos os princípios limitadores do poder punitivo estatal).

Suas principais bandeiras são: (a) flexibilização do princípio da legalidade (descrição vaga dos crimes e das penas); (b) inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva etc.; (c) aumento desproporcional de penas; (d) criação artificial de novos delitos (delitos sem bens jurídicos definidos); (e) endurecimento sem causa da execução penal; (f) exagerada antecipação da tutela penal; (g) corte de direitos e garantias processuais fundamentais; (h) concessão de prêmios ao inimigo que se mostra fiel ao Direito (delação premiada, colaboração premiada etc.); (i) flexibilização da prisão em flagrante (ação controlada); (j) infiltração de agentes policiais; (l) uso e abuso de medidas preventivas ou cautelares (interceptação telefônica sem justa causa, quebra de sigilos não fundamentados ou contra a lei); (m) medi das penas dirigidas contra quem exerce atividade lícita (bancos, advogados, joalheiros, leiloeiros etc.)<sup>50</sup>.

---

48. GUEIROS, Artur. **Inovações no direito penal econômico:** contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

49. JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo.** 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

50. GOMES, Luiz Flávio **Direito Penal do Inimigo** (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)> Acesso em 01 ago 2022.

A permissão das interceptações telefônicas sem limites, com prorrogações infundáveis<sup>51</sup>, a decretação da prisão preventiva com base na

51. O Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 106225/SP, em 07/02/2012, sendo Relator o Min. Marco Aurélio, assim definiu:

“Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VIOLAÇÃO DE SIGILO DA COMUNICAÇÃO ENTRE O PACIENTE E O ADVOGADO. CONHECIMENTO DA PRÁTICA DE NOVOS DELITOS. ILICITUDE DA PROVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É lícita a escuta telefônica autorizada por decisão judicial, quando necessária, como único meio de prova para chegar-se a apuração de fato criminoso, sendo certo que, se no curso da produção da prova advier o conhecimento da prática de outros delitos, os mesmos podem ser sindicados a partir desse início de prova. Precedentes: HC nº 105.527/DF, relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 12/05/2011; HC nº 84.301/SP, relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ de 24/03/2006; RHC nº 88.371/SP, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ de 02.02.2007; HC nº 83.515/RS, relator Ministro Nélson Jobim, Pleno, DJ de 04.03.2005.

2. **A renovação da medida ou a prorrogação do prazo das interceptações telefônicas pressupõem a complexidade dos fatos sob investigação e o número de pessoas envolvidas, por isso que nesses casos maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, com vista à apuração da verdade que interessa ao processo penal, sendo, a fortiori, “lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e exija investigação diferenciada e contínua”** (Inq. Nº 2424/RJ, relator Ministro Cezar Peluso, DJe de 25.03.2010).

3. **A comunicação entre o paciente e o advogado, alcançada pela escuta telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial competente, não implica nulidade da colheita da prova indiciária de outros crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório, haja vista a garantia do sigilo não conferir imunidade para a prática de crimes no exercício profissional.**

4. O artigo 40 do Código de Processo Penal, como regra de sobredireito, dispõe que o juízes ou tribunais, quando em autos ou papéis de que conhecerem verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. Desse modo, se a escuta telefônica trouxe novos elementos probatórios de outros crimes que não foram aqueles que serviram como causa de pedir a quebra do sigiloso das comunicações, a prova assim produzida deve ser levada em consideração e o Estado não deve quedar-se inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. 5. Habeas corpus indeferido”. (Grifos aditados). Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 106225/SP, em 07/02/2012, sendo Relator o Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21425242/habeas-corpus-hc-106225-sp-stf>> Acesso em: 01 ago 2012).

Percebe-se do julgado acima, data máxima vênua, a violação à Constituição Federal, especificamente, aos princípios da intimidade e do contraditório e ampla defesa e do devido processo legal. Ademais, a renovação da interceptação telefônica demonstra-se um verdadeiro abuso e intrusão do Estado na vida privada; a lei de interceptação telefônica expressa que este meio de prova, por violar o direito à intimidade e vida privada, deve ser a última prova a ser produzida. Na prática, o que se presencia é um verdadeiro abuso de tal meio de prova, que hoje se tornou a primeira prova utilizada, e a sua prorrogação

garantia da ordem pública – termo amplo, genérico<sup>52</sup> – a punição por crimes com definição aberta, tipos penais em branco, carentes de comple-

ilimitada. Diante da omissão legislativa – uma vez que a lei 9296/96 não traz a previsão da prorrogação por prazo indeterminado, há de se concordar com o Ministro Nilson Naves, no julgamento do Habeas Corpus nº 76686/PR, realizado pela 6ª Turma, em 09/09/2008: que assim decidiu: “Ementa: Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.

1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer”.

2. Foi por meio da Lei nº 9.296, de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional - e bem explícito - em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação - “renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova”.

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. **Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).**

5. **Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art.5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade.**

6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito”. (grifos adotados). (Cf. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 76686. Relator Ministro Nilson Naves. Julgado em 09/09/2008. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2076785/habeas-corpus-hc-76686-pr-2007-0026405-6-stj> > Acesso em: 01 ago 2012.

É este, inclusive, o entendimento de Geraldo Prado. (Cf. PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012).

52. Pondera Aury Lopes Júnior que: “Muitas vezes a prisão preventiva vem fundada na cláusula genérica ‘garantia da ordem pública’, mas tendo como recheio uma argumentação sobre a necessidade da segregação para o ‘restabelecimento da credibilidade das instituições’. É uma falácia. Nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção. Para além disso, trata-se da prisão para legitimar-se, a doença é grave, e anuncia um grave retrocesso para o estado policialesco e autoritário, incompatível com o nível de civilidade alcançado. Noutra dimensão, é **preocupante – sob o ponto de vista das conquistas democráticas obtidas – que a crença nas instituições jurídicas dependa da prisão das pessoas.** ( LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, .p. 844).

mentação para sua exata compreensão, e ainda a autorização das infiltrações policiais, condenações por juízes sem rosto<sup>53</sup> e a obrigatoriedade da doação de material genético<sup>54</sup> quando da mera acusação de envolvimento em crime.

Não se pode concordar com tal assertiva, como bem salientou Zaffaroni<sup>55</sup>, uma vez que a criminalização de condutas e a violação aos direitos e garantias fundamentais jamais poderá ser considerada saída para a solução dos problemas sociais. O aumento do consumo e do tráfico de drogas na Europa guarda relação direta com a crise econômica vivenciada – embora este não possa ser apontado como o único fator determinante para o crescimento do tráfico de drogas – mas não se pode negar a sua interferência.

Não obstante, se a violação aos direitos e garantias fundamentais fosse, de fato, a solução viável para o combate à criminalidade transnacional e, mais especificamente, o tráfico internacional de drogas, por qual razão o tráfico e o consumo de drogas cresce, vertiginosamente, nos Estados Unidos e Europa<sup>56</sup>? Por mais que a América Latina contribua para tal crescimento, dentro da própria Europa o tráfico está fortalecido, a exemplo do aumento vertiginoso do cultivo da *cannabis sativa*:

O relatório hoje publicado dá conta da mudança drástica que o mercado europeu de canábis sofreu nas duas últimas décadas, **descrevendo uma tendência global para a «substituição das importações» (em que os produtos de canábis importados são substituídos pelos cultivados dentro das fronteiras da Europa)**. A análise revela que, em dois terços do **continente europeu** (30 países que enviaram dados ao **OEDT**; ver Figura 5.4), o consumo de canábis é agora dominado pelos produtos herbáceos

53. Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **Lei do Juiz sem rosto viola garantias constitucionais**. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not\\_id=14068](http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=14068)> Acesso em: 01 ago 2012

54. Cf. CUNHA, Rogério Sanches. **LEI 12.654/12 (identificação genética)**: nova inconstitucionalidade (?) Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>> Acesso em: 01 ago 2012

55. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia*, In: **Teorías Actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. pp. 613-620

56. EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. **Table DLO-1. Drug law offences, 1995 to 2010**. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/stats12#display:/stats12/dlotab1a>> Acesso em: 1 ago 2012

(e pela resina importada no outro terço). Em 10 destes países (**Bulgária, República Checa, Grécia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Polónia, Eslovénia, Eslováquia e Croácia**), 90% ou mais da canábis consumida é herbácea. (grifos aditados).<sup>57</sup>

São vários os fatores que contribuem para o aumento do mercado de drogas e o tratamento penal mais drástico não é a solução. Como exemplo na própria Europa, é possível citar o aumento do contrabando de cigarros, como adverte Stephen Castle e Doreen Carvajal: *“Mas a crise econômica de quatro anos na Europa está expandido o mercado negro de cigarros, roubando dos países da União Europeia receitas valiosas e atraindo novos contrabandistas de classe média.”*<sup>58</sup>. Percebe-se, pois, a relação entre a crise econômica e o aumento do contrabando, bem como do tráfico de drogas.

#### 4.2.3. A Cooperação interna

Por fim, o Presidente da *Eurojust*<sup>59</sup> tece críticas quanto à cooperação interna das instâncias estatais do Brasil. De fato, a simplificação do processo penal ocorreria ainda diante de uma maior coordenação entre as esferas da administração penal, com atuação conjunta da polícia judiciária dos diferentes Estados, atuando, inclusive, conjuntamente quando o delito envolver mais de um ente da federação, deixando as vaidades profissionais de lado<sup>60</sup>, o mesmo sendo aplicado ao Ministério Público e o

57. OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICODEPENDÊNCIA. Disponível em: <[www.emcdda.europa.eu/publications/insights](http://www.emcdda.europa.eu/publications/insights)>

58. CASTLE, Stephen; CARVAJAL, Doreen. **Com crise, contrabando de cigarros cresce na Europa**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1124273-com-crise-contrabando-de-cigarros-cresce-na-europa.shtml>> Acesso em: 01 ago 2012

59. MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal in: **Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas**. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012 p. 81

60. Não se pode perder tempo ou deixar de apurar infrações penais em razão de brigas internas da polícia para determinar qual figurará como principal responsável pelo desmantelamento da quadrilha ou pela solução do caso, ou ainda, como pontua a ANGEPOP do Espírito Santo: **“Nada tão distante do que ocorre em nosso Estado. Porém, enquanto as polícias civis dos outros entes federados se unem para combater a usurpação de quem não possui a legitimidade constitucional para investigar, fato que coloca em risco toda a Instituição, determinada associação local batalha contra uma “pseudo usurpação” de quem possui legitimidade constitucional e legal para investigar: Os Agentes de Polícia Civil. E, recentemente, mais uma vez tentam criar um embate em**

Poder Judiciário. Outro entrave para a cooperação entre as polícias quer seja civil ou federal, envolve a questão salarial e a consequente insatisfação da categoria<sup>61</sup>.

A informatização com a disponibilização das tecnologias mais avançadas para as polícias civis de cada Estado, compartilhando informações entre si e entre estas e a polícia federal é outro ponto a ser resolvido. O sistema AFIS – Sistema Automatizado de Identificação de Impressões Digitais – por exemplo, é amplamente utilizado pela polícia federal, mas ainda não encontra a mesma aplicação na polícia civil de cada Estado, uns possuindo tal sistema, outros não.

A cooperação interna, portanto, é essencial ferramenta para a atuação mais célere e eficaz do processo penal no Brasil.

### 4.3. A harmonização seria a solução?

Diante da constatação das falhas da cooperação jurídica internacional em matéria penal, surge o seguinte questionamento: a harmonização legislativa seria a solução?

José Antônio Farah Lopes de Lima discorre sobre o *Corpus Iuris*, projeto de harmonização das normas penais e processuais penais na União Europeia para repressão aos crimes contra a ordem econômica:

#### A) O projeto de um processo penal comum em matéria de proteção dos interesses financeiros – *Corpus Iuris*

Vamos neste capítulo apresentar os aspectos principais do denominado *Corpus Iuris*, que estabelece disposições penais e

---

torno de algumas dezenas de funções gratificadas, que em nada representa o dia a dia das centenas de profissionais agentes e investigadores que trabalham de forma eficaz, lado a lado, seja na investigação, seja na custódia do preso. **A grande questão é saber se as vaidades pessoais de cada categoria compensam o dano comum que vem sendo causado em toda a Polícia Civil capixaba, que por ser tão rachada, carece de servidores, estrutura, equipamentos e salários.** (AGENPOL. **Polícia Civil X Polícia Civil:** Vaidade individual que gera fracasso geral. Disponível em: <[http://agenpol.com.br/joomla/index.php?option=com\\_content&view=article&id=264:policia-civil-x-policia-civil-vaidade-individual-que-gera-fracasso-geral&catid=1:quem-somos&Itemid=26](http://agenpol.com.br/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=264:policia-civil-x-policia-civil-vaidade-individual-que-gera-fracasso-geral&catid=1:quem-somos&Itemid=26)> Acesso em: 23 ago 2012

61. O delegado de Polícia Federal José Leandro da Silva aponta como principal obstáculo para o pleno funcionamento da polícia federal a questão salarial. (Cf. NASSIF, Luís. **As brigas internas na polícia federal.** Disponível em: <<http://advivo.com.br/blog/luis-nassif/as-brigas-internas-na-policia-federal>> Acesso em: 23 ago 2012).



processuais penais para a proteção financeira da União Europeia. Este projeto doutrinário foi elaborado por um grupo de especialistas dos diversos Estados-membros, sob direção da jurista francesa Mirelle Delmas-Marty, a partir de uma demanda do Parlamento Europeu. Este texto, de natureza acadêmica, tem o mérito de ser – no contexto de uma reflexão sobre a competência penal da União Europeia – um ponto de partida de vanguarda para uma evolução em direção à harmonização/unificação do Direito Penal e Processual Penal Europeu, atraindo a atenção dos juristas e políticos europeus sobre a matéria. Ao mesmo tempo, este *Corpus Iuris* representa o atingir do ponto mais elevado de um complexo normativo, pois ele cristaliza, dentro de uma visão micro-sistêmica, após um enorme esforço comparativo, um certo número de soluções extraídas do espaço penal europeu nos últimos anos, bem como oriundos dos princípios e garantias comuns às ordens jurídicas dos Estados-membros. Destarte, a remissão ao *Corpus Iuris* – mais como modelo de reflexão teórica do que como instrumento normativo operacional – nos serve de referência fundamental sobre a construção de um Direito Penal Europeu.<sup>62</sup>

Com efeito, foi apresentado em 08 de junho de 2012 o projeto de código modelo de processos administrativos – judicial – e extrajudicial para a Ibero-América na Assembleia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual por ocasião das XXIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual<sup>63</sup>. Assim sendo, a harmonização das legislações é apontada como a possível solução para a repressão à criminalidade transnacional.

Ao contrário do *Corpus Iuris* que, a priori, destina-se a harmonização da legislação europeia tão somente para a proteção financeira da União Europeia, o projeto de código modelo teria abrangência maior, alcançando não apenas a área penal, mas outros ramos do direito, inclusive a atuação extrajudicial.

Não obstante, cumpre ainda indagar: a aceitação das nações na harmonização das legislações afrontaria a soberania dos Estados-membros da União Europeia? Decerto que não. A controvérsia, em verdade, reside na

---

62. LIMA, José Antônio Farah Lopes de. **Direito Penal Europeu**. Leme: JH Mizuno, 2007. p. 77/78

63. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Projeto de código modelo de processos administrativos – judicial – e extrajudicial para a Ibero-América. Disponível em: < [http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP\\_CodADM\\_PT.pdf](http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP_CodADM_PT.pdf) > Acesso em: 23 ago 2012

não aceitação da nova configuração da soberania nacional<sup>64</sup> pelos países como obstáculo para a cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Outrossim, Abel Laureano<sup>65</sup> salienta que, em verdade, a cooperação jurídica em matéria penal abrange duas vertentes: o reconhecimento mútuo de decisões penais e a harmonização de legislações penais. Ou seja: a própria harmonização da legislação penal seria uma forma eficaz de cooperação jurídica em matéria penal. Esta parece ser a definição mais correta, uma vez que afastaria qualquer temor acerca da ofensa à soberania dos Estados-membros.

Traçando um paralelo entre os modelos de cooperação jurídica internacional em matéria penal já existentes na América Latina e, em especial no MERCOSUL, percebe-se que o modelo adotado pelo Conselho de Combate ao Narcotráfico da UNASUL difere dos demais, uma vez que há a criação de órgãos distintos para desempenhar funções especiais, partindo-se dos órgãos regionais para desaguar em órgãos gerais, com especificação pormenorizada dos objetivos e atribuições de cada órgão.

A subdivisão de competências, criando órgãos locais, aproximando a Cúpula da UNASUL às realidades de cada região, coordenando as informações e provas colhidas, sobretudo na investigação preliminar, atendendo-se ainda para o tratamento diferenciado do usuário e dependente químico demonstram um avanço no modelo de cooperação internacional, que também é objetivado na União Europeia.

É necessário ainda que, além da criação dos Observatórios do Narcotráfico, haja a harmonização das legislações penais das nações integrantes da UNASUL, similar ao *Corpus Iuris* na União Europeia, abrangendo, porém, os crimes transnacionais como um todo e não apenas os delitos financeiros.

A mera criação de tais observatórios, a exemplo da experiência europeia com a criação do OLAF, não será suficiente para a eficaz repressão ao tráfico internacional de drogas na região da América Latina e, conseqüentemente, entre a América Latina e outros continentes, como a própria União Europeia.

---

64. Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação Jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131-135.

65. LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na união europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. In: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Vol. 7, n. 7, (jan./jun. 2010), p. 283-308

A repressão por si só também não será eficaz; é preciso investir na prevenção ao consumo e oferta das substâncias entorpecentes, com medidas de saúde pública e política criminal para compreender o fenômeno das drogas também no aspecto social e político, para, em um segundo momento, atentar para o aspecto financeiro.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto conclui-se que:

1. A UNASUL dentre os seus objetivos presentes no Tratado Constitutivo traz, claramente, a intenção em combater a criminalidade transnacional, conferindo enfoque ao tráfico internacional de drogas na América Latina;

2. O tráfico internacional de drogas na América Latina, segundo relatório da UNDOC, aumentou nos últimos anos, tendo surgido, inclusive novas rotas para o tráfico, sendo que o Brasil passou a ser apontado como um dos destinos mais importantes quer para consumo próprio, quer para fornecimento da droga recebida para outros mercados, notadamente Europa;

3. Os atuais mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria criminal na América Latina revelam-se ineficazes e inadequados por dois motivos principais: primeiramente, por não trazer regras claras quanto a prevalência da legislação dos Estados envolvidos na controvérsia, bem como por não encerrar diretrizes para solucionar tais controvérsias. Não obstante, o próprio Direito interno do Brasil com o excesso de burocratização revela-se um problema a parte, em especial ao cumprimento das cartas rogatórias e homologação de sentença estrangeira;

4. O outro problema que torna tais mecanismos ineficazes, e mais importante ainda que a questão anterior, é a inadequação de tais regras previstas nos protocolos para o combate a criminalidade transnacional que ofende bens jurídicos supranacionais;

5. A experiência Europeia demonstra falhas na configuração atual, tanto na cooperação internacional com terceiros países quanto na coordenação interna do bloco, mas traz enormes avanços quanto a tentativa de harmonização da legislação penal e processual penal na União Europeia e a preocupação com a redução do consumo e da oferta das drogas no continente;

6. Com efeito, o Conselho Sul-Americano sobre o Problema Mundial das Drogas ao apontar mecanismos de cooperação jurídica internacional

abrangendo a harmonização das leis penais, civis, administrativas e as políticas públicas sobre as drogas demonstra, pela primeira vez, a preocupação do Estado com a prevenção e não apenas a repressão ao tráfico de drogas; o dependente químico ganha destaque e passa-se a compreensão de que o tráfico de drogas não é problema apenas do Direito Penal, mas é questão de saúde pública;

7. Por fim não se pode ceder às pressões internacionais que objetivam uma resposta rápida diante do crescimento do tráfico de drogas com a criação de novos tipos penais ou a aceleração do processo penal, suprimindo-se a produção de provas e direitos e garantias fundamentais do homem, permitindo-se uma maior violação à intimidade do indivíduo em prol de uma aparente eficácia na perseguição e punição do Estado.

## REFERÊNCIAS

- ÁBACOONU. UNDOC. Disponível em: [www.abacoonu.com.br/download.php?arquivo=UNODC.pdf](http://www.abacoonu.com.br/download.php?arquivo=UNODC.pdf) Acesso em: 23 ago 2012.
- BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação Jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. Itamaraty. Tratado Constitutivo da UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul>> Acesso em: 01 jan 2011
- BRASIL, Itamaraty. Reunião Extraordinária de Chefes de Estado e de Governo da UNASUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul/bariloche>> Acesso em: 01 jun 2012
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 88.914-0. 2ª Turma. Relator: Min. César Peluso. Brasília, 13 ago 2007. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756265/habeas-corpus-hc-88914-sp-stf>> Acesso em: 01 jun 2012
- CANTANHÊDE, Eliane. Sem Uribe, Unasul enfrentará teste com reunião de amanhã. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0908200904.htm>> Acesso em: 01 jun 2012
- CASTLE, Stephen; CARVAJAL, Doreen. Com crise, contrabando de cigarros cresce na Europa. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1124273-com-crise-contrabando-de-cigarros-cresce-na-europa.shtml>> Acesso em: 01 ago 2012
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- CREDEN. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. UNASUL criará Observatório do Narcotráfico. Disponível em: <[http://www.inforel.org/noticias/noticia.php?not\\_id=4989&tipo=3](http://www.inforel.org/noticias/noticia.php?not_id=4989&tipo=3)> Acesso em: 23 ago 2012
- CUNHA, Rogério Sanches. LEI 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?) Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/rogeriosanches/2012/06/04/lei-12-65412-identificacao-genetica-nova-inconstitucionalidade/>> Acesso em: 01 ago 2012
- EUROPEAN MOVEMENT. *Corpus Iuris: a Criminal Law System for the E.U.?* Disponível em: <<http://www.euromove.org.uk/index.php?id=13934>> Acesso em: 01 jul 2011.
- EUROPEAN ANTI-FRAUD OFFICE. Disponível em: < [http://ec.europa.eu/anti-fraud/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/anti-fraud/index_en.html) > Acesso em: 01 jul 2011.
- EUROPA. *Estrategia de la Unión Europea en materia de drogas (2005-2012)*. Disponível em: <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combating\\_drugs/c22569\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_drugs/c22569_es.htm)> Acesso em: 23 ago 2012
- EUROPEAN MONITORING CENTRE FOR DRUGS AND DRUG ADDICTION. *Table DLO-1. Drug law offences, 1995 to 2010*. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/stats12#display:/stats12/dlotab1a>> Acesso em: 1 ago 2012
- GOMES, Luiz Flávio Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do Direito Penal). Disponível em: <[http://www.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20040927113955798](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798)> Acesso em 01 ago 2012.
- GUEIROS, Artur. Inovações no direito penal econômico : contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília : Escola Superior do Ministério Público da União, 2011
- INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Lei do Juiz sem rosto viola garantias constitucionais. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not\\_id=14068](http://www.ibccrim.org.br/site/noticias/conteudo.php?not_id=14068)> Acesso em: 01 ago 2012
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. Projeto de código modelo de processos administrativos – judicial – e extrajudicial para a Ibero-América. Disponível em: <[http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP\\_CodADM\\_PT.pdf](http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP_CodADM_PT.pdf)> Acesso em: 23 ago 2012
- ISAGS, Instituto Sul-Americano de Governo em Saúde. UNASUL. Disponível em: <<http://www.isags-unasul.org/interna.asp?lang=1&idArea=38>> Acesso em: 23 ago 2012
- JAKOBS, Gunther. Direito Penal do Inimigo. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- JORNAL DO BRASIL. UNASUL pode ter estatuto contra golpes de estado, diz chanceler. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/internacional/noticias/>>

- 2010/10/01/unasul-pode-ter-estatuto-contr-golpes-de-estado-diz-chanceler/> Acesso em: 01 jun 2011.
- LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na união europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *In: Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Vol. 7, n. 7, (jan./jun. 2010), p. 283-308
- LIMA, José Antônio Farah Lopes de. *Direito Penal Europeu*. Leme: JH Mizuno, 2007.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012
- MOTA, José Luís Lopes. Tráfico de Drogas: Cooperação Internacional em matéria penal *in: Novas Abordagens para Segurança Pública e Políticas de Drogas*. Disponível em: <[http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New\\_Approaches/PT/11\\_PT\\_Jose\\_Lopes\\_Mota.pdf](http://www.publicsecurity.icosgroup.net/documents/New_Approaches/PT/11_PT_Jose_Lopes_Mota.pdf)> Acesso em: 20 set 2012.
- NASSIF, Luís. As brigas internas na polícia federal. Disponível em: <<http://advivo.com.br/blog/luisnassif/as-brigas-internas-na-policia-federal>> Acesso em: 23 ago 2012
- OBSERVATÓRIO EUROPEU DA DROGA E DA TOXICODEPENDÊNCIA. Disponível em: <[www.emcdda.europa.eu/publications/insights](http://www.emcdda.europa.eu/publications/insights)>
- OPERA MUNDI*. Unasul anuncia estatuto de Conselho de Luta contra o Narcotráfico. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3614/unasul+anuncia+estatuto+de+conselho+de+luta+contra+o+narcotrafico.shtml>> Acesso em: 01 jun 2012
- OBSERVATÓRIO DE POLÍTICA EXTERNA. Unasul promoveu reunião para tratar do problema de drogas. Disponível em: <<http://richtweets.com/mrmhg>> Acess: 23 ago 2012.
- PRADO, Geraldo. Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2ª ed. 2ª triagem. Rio de Janeiro: Lumrn Juris, 2012
- QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do Direito Penal: lineamentos para um Direito Penal Mínimo. Belo Horizonte, Del Rey, 2002
- SCHMIDT, Rafael Vitória. A constituição da UNASUL e a possibilidade de avanços para a cidadania e os Direitos Humanos na América do Sul. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/nerint/php/artigos.php?idp=1&lang=br>> Acesso em: 01 jun 2011.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. World Drug Report 2012. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/WDR-2012.html>> Acesso em: 20 set 2012
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia*, *In: Teorías Actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. pp. 613-620

# 12

## A condição humana como pressuposto para a integração humana e regional

*Frederico Costa*

---

Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

*Marcelo Coelho Oliveira*

---

Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O MERCOSUL entre cooperação econômica e integração regional – 3. Da integração que se tem, à integração que se quer.

### 1. INTRODUÇÃO

O sentido do verbo *integrar* exsurge da observação daquele que, pertencendo a um determinado “estado de coisas”, compreende que este se apresenta, por motivações diversas, como pouco integrado, mas que tem a possibilidade de constituir-se como mais integrado.

O significado de *integrar* decorre, portanto, da compreensão do observador que pressupõe – naquilo que pertence e observa – desagregação, baixa ou escassa interação entre *entes* que, como ele, mantêm formas de aproximação precária e guardam potencialidade de aproximação no sentido de constituírem vínculos duradouros e evitarem o retorno ao estado prévio de desintegração.

Nesta toada, só há sentido em se falar de integração, desagregação, baixa interação e potencialidade de aproximação quando se faz menção

à experiência humana em sociedade, porquanto o homem, comparado com outros animais, tem a necessidade de exceder os limites da vida orgânica em que uma resposta imediata é dada a um estímulo externo<sup>1</sup>, sendo a *condição humana* a expressão que diz respeito às formas de vida que o homem impõe a si mesmo para sobreviver.

Hannah Arendt sistematiza as três atividades humanas fundamentais características da *condição humana*: o *trabalho* (*labor*), a *fabricação* e a *ação*. A primeira condição se refere à limitação imposta pela *necessidade* do tempo presente que aproxima a humanidade dos animais. Este vetor obriga homens e mulheres a exercerem um tipo de atividade para sobreviver voltado à satisfação imediata dos imperativos fisiológicos, sendo que desta atuação nada subsiste, pois o seu resultado é absorvido pelo corpo daquele que a engendra.

Trata-se aqui do trabalho, em que a humanidade, na condição de operária no âmbito privado, figura como *animal laborans*, porquanto “submetida às necessidades da natureza, buscava sua utilidade no sentido dos meios de sobrevivência. Nesse espaço, não havia liberdade, da qual se estava *privado*, em termos de participação num autogoverno comum, pois todos [senhores e escravos] estavam sujeitos à necessidade. Liberar-se dessa condição era privilégio de alguns, os cidadãos ou *cives*”<sup>2</sup>.

Diferenciando-se do *trabalho*, o condicionamento humano proporcionado pela *ação* enseja a atividade exercida por cidadãos que é desempenhada entre iguais<sup>3</sup>, porquanto pressupõem a atuação livre em ambiente não privado. O homem que age é o *politikon zoon*, animal

- 
1. Com efeito, afirma Calmon que “não estando mais num universo meramente físico, o homem vive em um universo simbólico. A linguagem, o mito, a arte e a religião são partes desse universo simbólico. São os vários fios que tecem a rede simbólica, o emaranhado da experiência humana” (PASSOS, J.J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p.91.)
  2. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.3
  3. Na compreensão de Hannah Arendt “**Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros** e os que vieram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humano distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas” (Grifo Nosso) (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. 11<sup>a</sup> ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 220).



político que se vale das *ações* para criar relações com outros homens livres não submetidos a qualquer forma de governo. O conjunto de *ações* constituinte da esfera pública e engendra aquilo que se veio a denominar como *polis*. O resultado desta atividade é, pois, semelhante ao *trabalho*, porquanto figura como um fim em si mesmo, notadamente, as relações criadas se bastam.

Ao contrário do *trabalho* e da *ação*, a *fabricação* constitui a atividade do *homo faber* tendente a produzir algo que não figura como um fim em si mesmo. O produto desta faz como que o significado das coisas se instrumentalizem, porque algo só vem adquirir sentido para no processo de *fabricação* se vier a servir para alguma finalidade. A este respeito Tércio Sampaio Ferraz, interpretando Hannah Arendt, afirma que a humanidade, a partir da Era Moderna, degrada o mundo ao transformar tudo em uma relação meio-fim, tendente a produzir algo com termo previsível: o produto ou bem de uso. Em suas palavras,

O produto, ao contrário do resultado do labor [trabalho], o objeto do consumo, não se confunde com o produtor, pois dele se destaca, adquirindo permanência no mundo. A fabricação tem em si, portanto, a nota da violência, pois é uma atividade que transforma a natureza, ao dominá-la [e promove, a partir da Era moderna,] a passagem do homem compreendido como animal político, para a concepção do homem como o ser que trabalha (...) o *homo faber*<sup>4</sup>.

Por meio desta atividade, a esfera pública, no mundo do *homo faber*, que na Antiguidade era a esfera da *ação* do homem político, é transformada em espaço de atuação do mercador e conduz à conclusão de que o homem só consegue relacionar-se devidamente com outras pessoas, trocando produtos com elas.

Essa concepção traz consigo a ideia de que “como no mercado de trocas os homens não entram em contato diretamente uns com os outros, mas com os produtos por eles produzidos, o espaço de comunicação do *homo faber* é um espaço alienante, porque de certa maneira exclui o próprio homem. O homem mostra-se por meio de seus produtos.<sup>5</sup>

4. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.4

5. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.5

São estas, em síntese, as atividades que os homens e as mulheres, sujeitos à condição humana, desenvolvem em sociedade. A partir destas categorias, interpretaremos abaixo em que medida é possível falar em integração humana através de blocos regionais e sociedades distintas. Contudo, resta responder, qual o significado de tudo isto para a compreensão do verbo *integrar* homens e mulheres de uma sociedade em outra sociedade?

No contexto da socialização dos homens e mulheres, em que a individualização e a sociabilidade (se) formam (em) espaços de comunicação<sup>6</sup>, o verbo *integrar* pressupõe, na formação do tecido social, que a interação humana se dá de forma (I) dialógica, posto que a *condição humana* é forjada “quando certo animal se subtraiu da regulação pelo instinto, passando a depender, para a sua convivência e sobrevivência, da regulação social”<sup>7</sup>; e (II) constitui relações de poder, porquanto a *condição humana* se expressa no necessário viver convivendo, cooperando e conflitando em sociedade<sup>8</sup>.

Nesse sentido, deve-se afirmar que a dimensão do *integrar* enquanto projeção potencial de interação entre *entes* dispersos pressupõe *poder* o que se expressa somente no espaço público, o âmbito da *ação* – no espaço privado a violência é a tônica das relações<sup>9</sup>. Conforme ensina Hannah Arendt “o que mantém unida as pessoas depois que passa o momento fugaz da ação (aquilo que hoje chamamos de ‘organização’) e o que elas ao mesmo tempo, mantém vivo ao permanecerem unidas é o poder. Todo aquele que, por algum motivo se isola e não participa dessa

- 
6. Segundo Arendt, “uma vida sem discurso e sem ação – e esse é o único modo de vida em que há sincera renúncia de toda aparência e de toda vaidade, na acepção bíblica da palavra – é literalmente morta para o mundo; deixa de ser uma vida humana, uma vez que já não é vivida entre os homens” (ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 11<sup>a</sup> ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 221).
  7. Agnes Heller, **Ética Geral**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, Cap. I apud PASSOS, J.J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p.86
  8. Com razão, o professor Calmon afirma que “é no espaço social que se realiza nossa condição humana. Hominizamo-nos socializando-nos. A condição humana e a socialidade do homem estão necessariamente entrelaçadas: homo sapiens é sempre, e na mesma medida, o homo socius (PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.41).
  9. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11<sup>a</sup> ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 251.

convivência é privado do poder e se torna impotente, por maior que seja seu vigor e por mais válidas que sejam suas razões”<sup>10</sup>.

Ou seja, a *ação*, dentre as demais atividades humanas, adquire grande importância em uma sociedade dominada pela concepção do *homo faber* em que a troca de produtos transforma-se na principal atividade política e “os homens começam a serem julgados não como pessoas, como seres que agem, que falam, que julgam, mas como produtores e segundo a utilidade de seus produtos”<sup>11</sup>. A este respeito Hannah Arendt afirma que

todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a *ação* é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens. A atividade do trabalho não requer a presença de outros, mas um ser que trabalhasse em completa solidão não seria humano, e sim um *animal laborans* no sentido literal da expressão<sup>12</sup>.

Nestes termos, a *ação* constitui-se como a atividade que diferencia o homem do operário (*homo faber*) e da condição de animal laboral (*animal laborans*), porquanto figura como a “única prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal, nem um deus, são capazes da *ação*, e só a *ação* depende inteiramente da constante presença de outros. Essa relação especial entre a *ação* e estar junto [constitui] o zoon politikon”<sup>13</sup> e se diferencia da fabricação em conjunto característica do trabalho.

Relacionando-as com o processo de formação da sociedade e das relações de poder entre os indivíduos, Calmon de Passos, ratificando a ideia de Arendt, elucida que o tecido social é a constituído por indivíduos (fios) que não perdem sua identidade e que entrelaçados, ora sob ora sobre outros fios, compõem algo diferente dos próprios fios sobrepostos (tecido) e alerta que

Se simplesmente nos ajuntarmos, jamais seremos tecido – sociedade. Para sê-lo, será necessário interagirmos, aceitando

10. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11ª ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 251.

11. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.5

12. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11ª ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 26.

13. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11ª ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 27.

estarmos ora *sob* e ora *sobre* os outros, algo diferente e novo que nos ultrapassa e nos enriquece, que nada seria, entretanto, sem cada qual de nós, como fio, como indivíduo, que como tal permanece, irredutivelmente, em que pese a *novidade* do que foi produzido com nossa interação<sup>14</sup>.

A partir destas ideias, compreende-se que a integração humana em sociedade pode produzir-se ampliando o espaço público da *ação* em que as relações de poder se expressam no tecido social e os indivíduos interagem ora submetendo-se ao poder alheio ora sobrepondo-se aos demais; ou pode produzir-se à mera aglomeração de seres, enquanto fatores produtivos, compondo um todo unívoco que não têm aptidão para constituir-se como algo distinto do que se junta. A este respeito, aduz Arendt:

A uniformidade predominante em uma sociedade que se baseia no trabalho e no consumo, e que se manifesta em sua conformidade, tem íntima conexão com a experiência somática de trabalhar em conjunto, na qual o ritmo biológico do trabalho une de tal forma o grupo de trabalhadores a ponto de cada um poder sentir que não é mais um indivíduo, mas um com os outros (...). Essa unificação de muito em um só é basicamente antipolítica: é o exato oposto da convivência que prevalece nas comunidades comerciais ou políticas<sup>15</sup>.

Estes modelos de integração social afiguram-se como de suma importância para a compreensão do significado de integração regional o qual se fará referência abaixo, porquanto podem potencializar uma das formas de atividade humana em sociedade, porquanto definem e são definidas pela *condição humana* de um determinado tecido social.

A este respeito, tem-se por hipótese que os modelos de formação de blocos regionais e o processo de integração regional, enquanto processo que se vincula à possibilidade de alteração (da estrutura inerente à *condição humana* podem projetar o aprofundamento das atividades humanas do *animal laborans*, do *zoon politikon* ou do *homo faber*. No caso em comento, o projeto do MERCOSUL, ao nosso ver é tendente a aprofundar um modelo de atividade focada no *homo faber*, motivo pelo qual propomos a ampliação da esfera de *ação* do *zoon politikon*.

---

14. PASSOS, J.J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.44.

15. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11ª ed. trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 267-268

## 2. O MERCOSUL ENTRE COOPERAÇÃO ECONÔMICA E INTEGRAÇÃO REGIONAL

O processo de cooperação econômica compreende um meio apto a facilitar as interações econômico-financeiras ligadas às atividades de produção e consumo entre os países componentes de um bloco regional<sup>16</sup>. Pressupõem que “os direitos dos Estados, decorrentes da soberania e dos princípios de direito internacional público, representam verdadeiros *custos de transação* no processo de desenvolvimento do comércio internacional”<sup>17</sup>. A cooperação econômica, figura como modelo de inte(g)ração tendente a facilitar a troca de experiências decorrentes das atividades do *homo faber*.

Em sentido diverso, as vias de consolidação da integração regional atribuem ao termo *integração* o sentido de construção de um tecido social que pressuponha elevação do nível de emprego, proteção social e igualdade entre os homens e mulheres que venham constituir um determinado bloco regional<sup>18</sup>. Refere-se aqui a um modelo de inte(g)ração cujos pressupostos se assentam na consolidação do espaço de atuação do *zoon politikon*.

Neste contexto, cumpre perquirir o processo de consolidação do bloco regional formado pelos países do MERCOSUL pressupõe consolida um modelo de cooperação econômica ou de integração regional?

O projeto político do qual o MERCOSUL fora criado com escopo fundamentalmente econômico-comercial. A este respeito, o Capítulo 1 do Tratado de Assunção (1991), que trata dos “propósitos, princípios e instrumentos” deste novo Bloco, aborda tão somente políticas comerciais<sup>19</sup>. Com algum esforço hermenêutico<sup>20</sup> se pode vislumbrar uma preocupa-

---

16. A este respeito Cf. BALASSA, Bela. **Teoria da Integração Econômica**. Trad. Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira. 3.ed. Lisboa: LCE, 1982, p.13 apud BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 229.

17. BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 300.

18. A nosso ver, é a isto que se refere o artigo 4º, parágrafo único da Constituição Federal do Brasil de 1988 ao dispor que “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, **política, social e cultural** dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (grifo nosso).

19. Art. 1º ao 8º do Tratado de Assunção. 1991.

20. Nesse sentido, Souto Maior afirma que da “fórmula românica triádica para a justiça consignava viver honestamente, não lesionar a ninguém e dar a cada um o que é seu

ção com a melhoria da qualidade de vida e até mesmo encontra-se palavras como “justiça social” (vinculadas a “desenvolvimento econômico”) no preâmbulo do texto, mas é só.

Sem dúvida, o nome do Bloco é indicativo das suas intenções não é por acaso. É natural que a preocupação de um Bloco que tenha seu início através de conversações econômicas, neste primeiro momento, uma ênfase especial a este aspecto. Mas rapidamente se percebeu que o MERCOSUL era mais que meramente um acordo econômico, inclusive porque o Tratado de Assunção faz referência à *integração* da América Latina, não *integração econômica* da América Latina.

A este respeito Souto Maior assevera que

“Está o MERCOSUL (...) em incipiente nível de integração. Trata-se de uma experiência embrionária de integração, senão exclusivamente econômica, ao menos predominantemente econômica (...) Os objetivos comerciais e econômicos do MERCOSUL estão presentes e inspirariam com exclusividade tanto o Tratado de Assunção, como o Protocolo de Ouro Preto”<sup>21</sup>.

Em que pese os acertos da afirmativa deste Autor, deve-se frisar que o Protocolo de Ouro Preto (1994), que veio a fundamentar estruturalmente o projeto institucional do MERCOSUL, criou um órgão especificamente para tratar de assuntos sociais: o Foro Consultivo Econômico-Social. Contudo, tratou-se de medida tímida, porquanto constituiu-se como um foro estritamente consultivo que se pronunciaria através de Recomendações ao Grupo Mercado Comum. Figurava, assim, como um órgão de representação dos setores *econômicos* e sociais o que já desejava um outro caminho para a integração regional do Cone Sul: a cooperação econômica.

Com efeito, compreende-se que o processo de consolidação do bloco regional formado pelos países do MERCOSUL pressupõe, em verdade,

---

Felix Senn demonstrou que só vive honestamente e não lesiona a outrem quem dá a cada um o seu [e que] esse estilo de pensar do direito é adaptável ao direito moderno: para a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e da dignidade da existência, é necessário observar a justiça social – terminologia insigne, embora desgastada pelo uso retórico e demagógico. Sem justiça social, não há valorização do trabalho humano, nem liberdade de iniciativa, nem dignidade existencial” BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 391.

21. BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p.329.

verdadeira consolidação de um modelo de cooperação econômica, ao passo em que o bloco regional formado pelos países da União Europeia compõem um modelo de Integração Regional tendente à formação do espaço público em que os homens e mulheres europeus atuem na condição de *zoon politikon*.

A este respeito, José Souto Maior Borges afirma que “não coincidem forma e materialmente o mercado comum no MERCOSUL com o mercado comum na União Europeia. São apenas análogos. Os princípios programáticos da integração comunitárias estão muito mais discriminados nos arts. 2º a 5º do Tratado de Roma que dispõem sobre o mercado comum (...) elevado nível de emprego e proteção social, igualdade entre homens e mulheres etc”.

Com efeito, o Mercado Comum implica em livre circulação de bens e serviços e demais fatores de produção, além da proibição de restrições alfandegárias ou medidas de efeito equivalente. Enquanto que os processos de formação de blocos regionais a partir de um processo de integração econômica têm por pressuposto, além das garantias da implementação de um modelo de integração sócio-laboral, um modelo de integração sócio-cultural que venha a permitir a *ação* das pessoas que o compõem.<sup>22</sup>

A esta compreensão de *integração* opomos o conceito elaborado por Carlos Alberto Gomes Chiarelli e Matteo Rota Chiarelli, para quem a integração pressupõe um fenômeno complexo ínsito à formação do homem em sociedade. Para estes autores “a integração, como processo dinâmico e crescente, requer herança comum no campo cultural. Não identidade, igualdade absoluta(...) mas similitude, que vem da herança condominial de um passado convívio.”<sup>23</sup>

Deve-se ressaltar, porém, que não se trata de uma interação cultural sem qualquer interesse econômico, porquanto “as afinidades culturais – raízes comuns, força telúrica de inspirações similares – ajudam,

22. Em sentido diverso, Thiago Borges afirma que “os blocos regionais são a consequência do movimento de integração econômica dos países como forma de se posicionarem no comércio internacional com mais força”, a seu ver, “os processos de integração regional possuam forte justificativa econômica e se valem do direito apenas como estrutura necessária para a consolidação de um processo destinado à obtenção de melhores resultados econômicos” (BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 229).

23. CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. CHIARELLI, Matteo Rota. **Integração: direito e dever**. São Paulo: LT; 1992, p.40.

qualificam, mas não determinam, por si só, o processo de integração (...) O somatório de Geografia com a Cultura não oferece como resultado a Integração. Esta requer, dentro do enfoque pragmático e utilitário de nossos tempos, e da própria índole de realização pessoal, o interesse comercial, a convivência econômica. O combustível integracionista da atualidade é o resultado exitoso, isto é, o lucro”<sup>24</sup>.

Em relação a este modelo de integração, José Souto Maior Borges, com razão, afirma que “É dever do Congresso Nacional e do Executivo, nos termos da lei, integrarem o Brasil em comunidade latino-americana das Nações (p. ex. MERCOSUL).”<sup>25</sup>

Conquanto sejam estes temas relevantes, não é objetivo deste artigo formar uma análise prolongada, nem muito menos exaustiva, do desenvolvimento da preocupação com a dimensão sociocultural no contexto do MERCOSUL, apesar de se reconhecer que tal análise seja profundamente relevante para a discussão que se pretende aqui travar. A partir destes parágrafos é verificada-se uma ideia: o MERCOSUL não nasceu com olhos voltados para a integração dos homens e mulheres que constituem as sociedades sul-americanas. Contudo, isto não impede da cooperação econômica se funde uma verdadeira integração regional sócio-cultural.

Com efeito, pode-se observar que a Cúpula dos Chefes de Estado do MERCOSUL, em julho de 2006, o discurso de encerramento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva trouxe exatamente esta preocupação: a dimensão social, a necessidade de legitimação do Bloco, a necessidade de participação do povo para a real integração regional. Nas palavras do então presidente:

Nosso bloco, a exemplo do que ocorreu com a União Europeia, tem diante de si o grande desafio da legitimidade. A presidência brasileira dará especial atenção a todos os temas que constituem a agenda da cidadania do Mercosul. Estarei pessoalmente empenhado em aproximar o Mercosul dos poderes locais e dos cidadãos<sup>26</sup>

24. CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. CHIARELLI, Matteo Rota. **Integração: direito e dever**. São Paulo: LTr, 1992, p.41.

25. BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p.226.

26. Epígrafe da Declaração Final da Cúpula Social do MERCOSUL. Disponível em: <http://www.secretariageral.gov.br/.arquivos/imagens-publicacoes/decfinalport.pdf>



O que se irá analisar a partir de agora é: I) que políticas têm sido aplicadas na área sociocultural do MERCOSUL? II) que modelo de integração sociocultural essas políticas refletem? III) que integração sociocultural falta para um real processo de integração regional? E por fim, IV) quais destes modelos de integrações favorecem a *ação*?

### 3. DA INTEGRAÇÃO QUE SE TEM, À INTEGRAÇÃO QUE SE QUER

Superados os anos 90 do século passado, as atividades e preocupações do MERCOSUL se expandiram admiravelmente. Aprofundou-se a discussão sobre diversos temas que, em verdade, giravam em torno da melhoria da qualidade de vida nos países-membros. Gênero, raça, sustentabilidade ambiental, trabalho, direitos humanos, a lista é longa. Também surgiram novos espaços de discussão destes temas, bem como cresceu sua importância.

A partir de 2005, foram realizados no Brasil uma série de seminários em regiões mais afastadas da zona fronteira com outros países-membro com o objetivo de discutir mais amplamente o MERCOSUL e suas implicações para os cidadãos. Esses seminários fazem parte de um projeto chamado “Encontro com o MERCOSUL”, do Governo Federal em parceria com o Foro Consultivo Econômico-Social do MERCOSUL. Um dos frutos deste projeto foi uma cartilha explicativa sobre o Bloco, com a finalidade de permitir o acesso à informação por parte da sociedade civil.

Existem algumas ações similares, umas mais próximas aos centros decisórios do MERCOSUL do que outras. A Cúpula Social do MERCOSUL é um destes espaços, que tem sido bastante festejado. Apenas entre 2006 e 2009 foram realizadas oito Cúpulas, sendo que desde a primeira já havia massiva participação de representantes de movimentos sociais dos países-membro. Em trecho do artigo “Cúpula Social do MERCOSUL: alargando as fronteiras da participação social” noticiou-se:

“Coordenada pela Secretaria-Geral da Presidência da República do Brasil, a I Cúpula social contou com a presença de lideranças de diversos setores, como educação, saúde, juventude, igrejas, sindicatos de trabalhadores rurais e urbanos, organizações de mulheres, ambientalistas, povos indígenas, trabalhadores sem-terra, centros de cultura, organizações de direitos humanos,

pequenas e médias empresas, cooperativas, organizações da economia solidária, entre outras”<sup>27</sup>.

Em outubro de 2008, ainda foi criado o Programa MERCOSUL Social e Participativo, com o objetivo de divulgar políticas, fomentar discussões e encaminhar propostas ao Conselho Mercado Comum e ao Grupo Mercado Comum. O projeto funciona através de um Conselho, que reúne representantes de instituições como aquelas que participam da Cúpula Social do MERCOSUL, além de membros do Poder Executivo brasileiro.

Sem dúvida a participação da população civil no processo de integração que se vê na Cúpula Social ou no Conselho Brasileiro do MERCOSUL Social e Participativo é incomensuravelmente maior que aquela do início dos anos 90. Encontros como estes são festejados como grandes vitórias e sinais de significativo avanço na participação da sociedade-civil e na construção de uma integração regional.

Contudo, apesar dos esforços do Poder Executivo brasileiro em abrir a discussão acerca do desenvolvimento do processo de integração para a sociedade civil, essa discussão se mantém em esferas limitadas. Quer dizer, há uma concentração e mesmo uma limitação da participação da “sociedade”, à “sociedade organizada”, ou seja, às instituições que representam extratos específicos da sociedade.

Os exemplos de espaço de debate supracitados, espaços que são considerados hoje como uma verdadeira abertura do debate de diversas problemáticas do MERCOSUL, são, a bem da verdade, espaços distantes da sociedade real, do povo, dos indivíduos. E, apesar de não parecer, *a priori*, são espaços relativamente distantes mesmo das representações da sociedade civil. Qualquer um que tenha comparecido a um Foro que se proponha “discutir” determinado tema, sabe que o espaço de debate na verdade é extremamente limitado.

Para ter esta experiência, basta acessar um vídeo amador sobre qualquer destes Foros, facilmente disponíveis em sites na internet<sup>28</sup>, para se observar uma estrutura padrão: palestrantes, espectadores e, em

---

27. MERCOSUL social e participativo, p. 14, 2007

28. Para exemplificar, link para vídeo amador com trecho do discurso de encerramento do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva na X Cúpula Social do MERCOSUL: <http://www.youtube.com/watch?v=rXcrUNeQ9Pc>; e para palestra de Marco Rochinski no mesmo evento, à época, secretário geral da FETRAF/Brasil-CUT: <http://www.youtube.com/watch?v=bDGTF-N-duM>

determinado momento, uma “mesa redonda”, onde se abre espaço para a intervenção dos não-palestrantes com perguntas e observações (momento este sempre limitado pelo cronograma apertado destes eventos).

Deste modo, não parece correto encarar estes Foros como grande espaço de reflexão e abertura à sociedade. O espaço que deveria sê-lo é a própria sociedade! Permitir que a sociedade saiba o que é o MERCOSUL, o que ele abrange e o que ele pode abranger, que ela veja nele algo que faz parte de suas vidas e acredite que significa algo para si.

A exclusão da sociedade na construção da integração regional parece constituir erro crasso sobre ponto basilar: o que fundamenta o MERCOSUL. Se o MERCOSUL se pretende consolidar como um simples acordo econômico que se mantém ou cai de acordo com a vontade dos políticos em exercício no Poder, sem maiores implicações sociais, então o modelo atual é brilhante. Todavia, se o MERCOSUL pretende ser parte de uma verdadeira integração regional, quiçá sul-americana, então, sem dúvida, a base desta integração e, por conseguinte, do próprio MERCOSUL, deve ser a integração de seu povo.

Na verdade esta premissa não é nova. O já citado ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em outro discurso de encerramento, durante a X Cúpula Social do MERCOSUL, falava sobre a necessidade de se firmar uma identidade mercosulina no imaginário coletivo da sociedade<sup>29</sup>. Isso é o mesmo que dizer que é preciso que o cidadão passe a enxergar o MERCOSUL como algo que se reflete em sua vida, como algo concreto, efetivo, prático.

Não se pode negar que a dimensão social ganhou efetividade prática nos últimos anos. Direitos sóciolaborais, desenvolvimento social, educação, economia familiar, questão de gênero, estes temas têm crescentemente sido alvo de políticas por parte dos governos dos países membros<sup>30</sup>. O MERCOSUL está, sim, paulatinamente deixando de representar apenas um pedaço de papel benéfico para grandes empresas para ganhar espaço no dia-a-dia dos cidadãos sul-americanos.

---

29. Retirado do vídeo disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=yDRmoKN7PYU>

30. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha); Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006 (Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas); Lei nº 12.034, de 29 de setembro de 2009 (Lei que garante um mínimo de 30% para candidaturas de cada sexo); etc.

Uma pergunta importante a se fazer frente a essa afirmativa é: como isso se dá exatamente? Como o MERCOSUL se tem feito presente na vida dos cidadãos sul-americanos? Hoje, já há a participação de ministros das áreas sociais nas reuniões do Conselho Mercado Comum, reuniões chamadas de “ampliadas”<sup>31</sup>, algo que não ocorria outrora. Com a participação destes ministros em reuniões do órgão superior do MERCOSUL, houve uma dinamização do debate sobre ações nas áreas sociais como dificilmente teria havido sem ela.

*Grosso modo*, as concertações políticas adotadas pelo Conselho Mercado Comum podem resultar em um novo órgão comum aos países-membro ou em políticas a serem adotadas por estes. Geralmente, os órgãos criados têm como finalidade auxiliar nas criação e execução de políticas de Estado a serem adotadas, podendo ser formadas por agendas conjuntas ou não. De todo modo, via de regra, as ações práticas não são ações integradas por excelência, são políticas governamentais concertadas em âmbito mercosulino, mas geralmente postas em prática como se fossem políticas estritamente nacionais.

A dialética entre sociedade e política integracionista se dá, então, com a absorção, por parte dos centros decisórios do MERCOSUL, de certas propostas e críticas geradas em conjunto com a sociedade civil organizada em instituições.

Duas problemáticas são perceptíveis nessa dinâmica. A primeira é que o cidadão não se vincula de modo algum ao MERCOSUL através desta dinâmica. Ela está demasiado distante da sociedade, de modo que passa a ser invisível e corre sério risco de perder a oportunidade de atingir todo o seu potencial. A segunda é que essa dinâmica se dá de forma materialmente limitada. Por sorte esta limitação não lhe é inerente.

A forma limitada da efetividade decorre de sua não se efetivação no âmbito da sociedade, da família, da saúde, do emprego, da educação, e tudo aquilo que pode melhorar as condições materiais de vida. Entretanto, a perspectiva cultural de integração vem sendo deixada severamente de lado. Poucas e tímidas têm sido as políticas culturais.

---

31. Boletim informativo que fala sobre a primeira reunião ampliado do CMC, que ocorreu em dezembro de 2008. Disponível em : [http://www.ibraf.org.br/x\\_files/Documentos/merco\\_409.pdf](http://www.ibraf.org.br/x_files/Documentos/merco_409.pdf)

Um aspecto poderoso da integração regional é deixado de lado seguindo um modelo europeu que se reconhece como equivocado. Isabelle Hannequart<sup>32</sup>, citando Jean Monnet, político francês e um dos responsáveis pela CEE (Comunidade Econômica Europeia) afirmou que “*Si c’était à refaire, jê commencerais par la culture*”<sup>33</sup>.

Claro que os avanços alcançados através da implementação de políticas visando à melhoria da qualidade de vida, das condições sociolaborais, da igualdade de gênero e tantas outras medidas são dignas de comemoração. Mas será que esses avanços resumem aquilo que seria a dimensão social? Será que isso é o suficiente para atingir a tão propalada identidade mercosulina?

Desconhecemos o Direito, os costumes, a geografia, a literatura e a arte dos mesmos países que chamam de irmãos. Até mesmo a história, tão próxima da brasileira, é preterida frente à história europeia, aparentemente mais importante para os currículos escolares. Fora as diferenças econômicas, as divergências políticas e a natural imaturidade de um processo de integração ainda recente, nós somos estranhos uns aos outros.

Claro, há alguns projetos que visam a aproximação do Brasil com os povos dos outros países-membros. Contudo, estes projetos não diferem em muito outros similares para países tão distantes. A política cultural voltada para a América do Sul como um todo parece não ser especial em absoluto frente a países como a França, os EUA ou a Espanha. Portugal, pelo menos, justifica-se a aproximação devido aos longos anos de “parceria”. Mas o que se observa em geral é um tratamento deveras simplório ao MERCOSUL cultural.

Esclareça-se que, se em inúmeros outros pontos deste texto utilizou-se a expressão sociocultural, é simplesmente porque o prefixo “socio-” é condição, meio e fim do cultural. Assim, o cultural parece inevitavelmente fazer parte do social.

O site do ministério da cultura, em sua sessão de “relações internacionais” conta com, literalmente, cinco páginas, datando projetos internacionais entre janeiro de 2009 e os dias atuais<sup>34</sup>. Nestas páginas,

---

32. A efetividade dos direitos fundamentais no MERCOSUL e na União Européia, p. 311. 2010.

33. Se fosse para refazer, eu começaria pela cultura. (tradução livre)

34. Página do Ministério da Cultura: <http://www.cultura.gov.br/site/categoria/politicas/relacoes-internacionais-politicas/>

apresenta-se alguns projetos, pouquíssimos, é bem verdade, entre países-membros do MERCOSUL e o Brasil. Sem dúvidas o site parece estar desatualizado e incompleto, o que inclusive reflete o grande problema da falta de transparência que afeta evidentemente o processo de consolidação do MERCOSUL no imaginário coletivo dos cidadãos.

Alguns debates, foros, seminários, um ou outro projeto de teatro, de dança, é difícil achar algo além disso no site que esteja relacionado ao MERCOSUL. O blog do Ministério da Cultura sobre o MERCOSUL é tão desatualizado e tem tantas páginas que estarão disponíveis “em breve...” que melhor seria fosse fechado<sup>35</sup>.

Mesmo quando procurado fora do site do ministério da Cultura, é difícil encontrar um projeto que coloque em prática a integração cultural entre povos Sul-Americanos.

É claro que a ausência de aproximação das culturas, das sociedades e do próprio modo de vida dos diferentes países, tem efeitos negativos na aproximação das nações. Aberto edital para o projeto Programa de Intercâmbio e Difusão Cultural, que financiava um projeto cultural que desse alguma contraprestação social, o resultado dos projetos, ou melhor, da localidade que os projetos visavam, não surpreende.

Na etapa de Julho, foram aprovados o mesmo número de projetos para a Espanha sozinha (19 projetos aprovados) que para a Argentina, o Uruguai, a Colômbia, o Equador e o Chile juntos (também 19 projetos aprovados). Além da Espanha, os outros três destinos mais concorridos foram Portugal, com 17 projetos aprovados, os EUA, com 14 projetos aprovados, e a França, com 11 projetos aprovados<sup>36</sup>.

É necessário repensar como se faz a integração no MERCOSUL para se concluir se este modelo é satisfatório para os seus propósitos. Aos autores deste artigo parece que não. É importante criar uma estrutura simbólica, tanto material quanto imaterial que sustente a ideia de MERCOSUL como um bloco integrado de países e de pessoas. Como mais que um acordo preferencial de comércio, um projeto de aproximação entre nações e culturas. Só assim é possível criar uma identidade mercosulina.

---

35. Blog do MERCOSUL Cultural: <http://blogs.cultura.gov.br/mercosur/>

36. Tabela disponível em: <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2012/07/Portaria-428-2012-Resultado-da-Fase-de-Sele%C3%A7%C3%A3o-Setembro-2012.pdf>

Algumas medidas possíveis já foram tomadas, outras estão em processo de efetivação, mas as possibilidades são infinitas. O passaporte mercosulino permite uma identificação pessoal entre o indivíduo mercosulino e a instituição MERCOSUL. Se os sujeitos saem de seu país, o fará na condição de mercosulino, porque assim é informado no documento oficial, o passaporte. Não se é menos brasileiro, baiano ou soteropolitano, porque se é mercosulino, há apenas um ganho de identidade. Ademais, medidas de facilitação de entrada e saída nos países, de validade de diplomas, de bolsas para intercâmbios universitários são também importantes, apenas para citar alguns exemplos.

Claro, os primeiros passos em direção à criação desse universo simbólico já foram iniciados. Contudo, isso é apenas uma parte do processo de integração cultural. Para que essa integração funcione é preciso o aprofundamento desse universo simbólico, assim como o aprofundamento dos laços culturais. Com efeito, é necessário que se compreenda a própria nossa história para se descubra o passado e se projete o futuro no sentido de desvelar o quanto se é realmente próximo ou diferentes daquilo que se pré-compreende. Isto requer a descoberta acerca do que há para (re)conhecer em terras próximas. Nesse sentido, necessário criar um real interesse em facilitar a integração por meio do reconhecimento mínimo, afinal, se não há porque não o querer também não há porque não o querer.

Com razão, Eduardo Galeano dedica as últimas páginas de sua obra “Veias Abertas da América Latina” exclusivamente a tratar da Integração Regional. Neste capítulo ele questiona: “*qual integração podem realizar, entre si, países que nem sequer se integram internamente?*”<sup>37</sup>. Talvez esteja ele certo. Talvez a real integração latino-americana esteja mais distante do que as festejadas obras que divulga e leva a crer sobre o “MERCOSUL Social e Participativo”. Mas a disponibilidade para repensar continuamente o processo de integração, e se reconhecer enquanto culturas mercosulinas, no sentido de incrementar a aproximação sócio-cultural na condição de povo, então, inevitavelmente, a Integração Regional terá sucesso.

---

37. GALEANO, Eduardo. Veias Abertas da América Latina, p. 325 a 337. Paz e Terra. 2007.





# 13

## Las relaciones comerciales entre Brasil y la Unión Europea

*Gabriel Carmel da Silva Brito*

---

Legal Counsel. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

La economía es un factor llave para el desarrollo de las relaciones internacionales. Desde los fenicios, el comercio era visto como parte imprescindible de la sociedad. Es un deber de los juristas el estudio de ese fenómeno, pero buscar también con lo que está relacionado, pues una nación para conseguir crecer debe invertir en otras áreas muy importantes, principalmente en la educación. Ese ensayo quiere trabajar en la perspectiva del motivo fundamental de las relaciones comerciales entre Brasil y la UE, la justificativa europea para cerrar su mercado cuanto a algunos productos brasileños, si esa acción es legítima o no, como también mostrar las peculiaridades de esa relación. Es un trabajo que no se restringe a una visión cerrada del comercio, pero busca enfrentar los paradigmas vigentes a través de una visión inquisidora. En un mundo global como el actual, políticas medievales deben ser cohibidas, la tendencia es la internacionalización de la producción, disminución de las barreras comerciales. En ese nuevo escenario, Brasil surge como una nación que tiene un potencial gigante para desarrollarse, cambiando las perspectivas del poder internacional, pues las economías emergentes vienen para conquistar su espacio como líderes internacionales.

### 1. PARTE HISTÓRICA

El análisis de ese ensayo debe empezar por una busca del panorama evolutivo del sujeto que viene creciendo en el ámbito global, Brasil.

La economía brasileña ha pasado por graves momentos en su historia, lo que siempre influyó que ese país no pudiera tener una grande relevancia. Factores como la crisis del petróleo en la década de 80, el período inflacionario en el inicio de los años 90, la mudanza continúa de monedas, que cambiaran 6 (seis) veces en 8 (ocho) años.

Con el plan Real, la economía ha conseguido mejorar su visión en el exterior, como también fue posible una estabilización de la inflación, teniendo como consecuencia un desarrollo continuo de su economía, con el fortalecimiento del Real comparado a otras monedas importantes, como el Dólar y el Euro.

Las exportaciones brasileñas han cambiado bastante desde la década de 1960, pues antes la economía vivía en función cuasi total de su poder agro-pecuario. Con la tomada de consciencia de la necesidad de diversificación de su economía, otras industrias han se desarrollado, tornándole una economía industrializada, pues es la importancia de compañías como Vale, CSN, PETROBRAS y EMBRAER en el comercio internacional es indubitable.

Con referencia a la Unión Europea, en la década de 90, las exportaciones agrícolas brasileñas han tenido como uno de sus principales destinos el continente europeo, principalmente la soja y sus derivados, el jugo de naranja, el tabaco, la carne de vacuno y el café.<sup>1</sup>

En comparación a los años de esa década, ocurrieron algunas variaciones entre los productos enviados, como una elevación de las exportaciones de jugo de naranja y una pequeña reducción en las exportaciones de azúcar, debido al proteccionismo que el bloque haz para reducir la entrada de ese producto en su mercado.

Esas relaciones podrían ser todavía más desarrolladas sino fuera la protección ilegal europea a través de instrumentos condenados pelo mercado internacional, como sus subsidios.

Cuanto a los productos importados por el mercado brasileño, ha cambiado el perfil de ellos durante los períodos de crisis energéticas, principalmente del petróleo, ya que la economía brasileña ha crecido mucho en los últimos veinte años, pero la infra-estructura del país continua

---

1. WAQUIL, P. D. et al. Vantagens comparativas reveladas e orientação regional das exportações agrícolas brasileiras para a União Europeia. Revista de Economia e Agronegócio.. Viçosa MG. v. 2, n. 2, p. 137-159. 2004

siendo un grande problema para la continuación de ese crecimiento, pues el riesgo de una falta general de energía viene siendo un aspecto muy grave para su desarrollo, como el “apagão” de 1999 y racionamiento de energía que duró 2 años (2000 y 2001), lo que es un empieciello para el desarrollo industrial.

Según la datos del “Comparative Trade Performance” (Data Base) CTP – Date, en los años 90, la composición de las importaciones brasileñas provenientes de la UE representaban una participación de aproximadamente 3,6% del total de los productos primarios, siendo 3,0% primarios agrícolas, 0,3% primarios minerales y 0,3% primarios energéticos.

Conforme expuesto por Fátima de Carvalho, “según datos de la Unc-tad (2007) y Bacen (2007), el flujo de INVERSIÓN EXTRANEJERA DIRE-TA (IED) de la Unión Europea en Brasil representó en el periodo de 1999 a 2005 un porcentaje medio del 56,0%, alcanzando, en 2004 y 2005, los valores respectivos del 68,0% y el 61,0% del total de IED recibido por Brasil, destacándose como países mas importantes España, Holanda, Francia y Alemania<sup>2</sup>.

Frente a lo expuesto, es posible concluir que el bloque europeo es un importante sujeto de inversiones directas en Brasil, siendo un impor-tantísimo socio comercial, lo que tiene influencia en la voluntad del go-bierno brasileño mantener fuertes relaciones con la Unión europea.

En el pasado, países del tercero mundo, como Brasil, eran depen-dientes de sus deudas públicas, lo que generaban un atraso muy grande para ellos. Todavía, con el “Consenso de Washington” con la siguiente pri-vatización de los mercados, las inversiones extranjeras crecieron dema-siadamente en Brasil. Con esto, el pudiera desarrollar sus exportaciones como también aumentar su el superávit de su balanza comercial, siendo otro factor para ese crecimiento, la demanda de productos primarios, los insumos, por países como China. Ese crecimiento económico también cooperó para la independencia del financiamiento externo.

Con ese escenario favorable, fue posible que Brasil pudiese pagar su deuda externa, a instituciones financieras como el FMI, lo cual Bra-sil ahora mismo pasó a ser creador de otros países, cambiando la po-sición del poder internacional, permitiendo que la política económica

---

2. Andrade de Carvalho, F.M., “Relaciones económicas Unión Europea/Brasil”, Perspecti-vas em Políticas Publicas, Belo Horizonte, Vol. I, No. 2, pp. 37-54, en p.49, 2008

brasileña se libertase de los mandos de las instituciones financieras internacionales.

Ahora que ese país tiene una mayor independencia y fuerza internacional, él está buscando nuevas relaciones con otras naciones que antes no eran tan valorizadas, como también busca desarrollar todavía más las que tiene con antiguos negociantes, como la UE.

### **1.1 La Privatización**

En la década de 90 ocurrieron algunos hechos que fueron muy importantes para el desarrollo y consolidación de la economía brasileña. El cambio de las políticas comerciales, principalmente con la privatización de ciertas empresas, puede ser apuntado como un grande ejemplo de esa mudanza de paradigma. Había ciertas empresas como la CSN (Companhia Siderúrgica Nacional) que antes de la privatización tenía como producción 1,5 mil millones de reais en 1994<sup>3</sup>, siendo que en 2011 ha tenido como producción 16,52 mil millones de reais, teniendo como lucros líquidos 3,67 mil millones de reais<sup>4</sup>. Esto resultó en un mayor aporte de inversiones europeas en Brasil, pues el empresario europeo consiguió un nuevo mercado para generar más dividendos.

Para Brasil, fueron generados más empleos, más tributos fueron arrecados, siendo que las compañías brasileñas ahora tienen un poder y relevancia en el escenario mundial, lo que ayudó en el perfil brasileño pensado por los extranjeros.

## **2. RELACIONES ECONÓMICAS UE/BRASIL**

De acuerdo con datos de la Comisión Europea de 2009<sup>5</sup>, la UE era la región que tenía más relaciones comerciales con Brasil, lo que representó un total de 22,5% de las relaciones comerciales de ese país.

La economía brasileña también es la mayor exportadora de productos agrícolas para la UE, siendo responsable por 12.4% del total de

---

3. <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0838/noticias/antes-e-depois-da-venda-m0051381>

4. <http://exame.abril.com.br/negocios/empresas/industria/noticias/csn-tem-lucro-de-r-3-67-bi-em-2011-alta-de-45-7>

5. <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/brazil>

importaciones hechas por los europeos en 2009, dándole el rango de 10<sup>º</sup> país que más tuvo relaciones comerciales con UE.

En el mismo año, Brasil tuvo un superávit de €4,1 mil millones en relación a UE, referente al comercio entre los dos, siendo esa región considerada la que tiene inversiones en Brasil, en los más variados sectores de su economía.

Los productos más importados por los europeos fueron los agrícolas, pero también tuvieron una importante parcela en el comercio de esas regiones los productos manufacturados, como las maquinarias y equipamientos de transportes, habiendo también las piezas relativas a belleza, que representaron cuasi un tercio del total de productos exportados por Brasil a UE, lo que demuestra el poder de marcas brasileñas en el viejo continente, como Havaianas y otras marcas relacionadas a moda.

Cuanto a las inversiones directas de la UE, las que fueron a Brasil llegaron a €6,9 mil millones, siendo las brasileñas en la UE €2,8 mil millones. En relación al que está acumulado, la presencia europea en Brasil es de €112,5 mil millones, siendo la brasileña en la UE de €42,1 mil millones.

Los productos brasileños que llegan al mercado europeo son objeto de tasas de importación, como también, sufren cotas tarifarias, que van variar por cotas. Existen importaciones con tarifas bajas, las llamadas “tarifas intracota” e importaciones con tarifas más altas, las “tarifas extracota”. Estos instrumentos sirven como barreras para el desarrollo comercial entre las dos regiones.

Las relaciones entre los dos países tienen un carácter histórico muy fuerte. Las exportaciones brasileñas hasta el mercado europeo han empezado a ser significativas en la década de 60, siendo destinadas a los europeos 30% del total de las exportaciones brasileñas. Según datos del MDIC<sup>6</sup>, en 2007, las exportaciones desde Brasil para el mercado europeo en 2005 alcanzaron el valor de 21,36 mil millones de euros, lo que representó cerca de 27% del total exportado por la economía brasileña en ese año. Siendo que dentro de ese total, las exportaciones agrícolas llegaron a 8,8 mil millones de euros, representando 41% del total exportado.

Según estudios de Negri y Arbache (2003), las exportaciones brasileñas para la UE seguían un cierto patrón:

---

6. MDIC – Ministério de Desenvolvimento Indústria e Comércio, 2007. Disponible en: <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/index.php?area=5>.

1. La división de los bienes industriales puede ser realizada entre productos hechos con la utilización intensiva de la mano de obra, productos ricos en recursos minerales y productos sofisticados, cuya producción es determinada por la utilización de tecnología y una alta escala de producción.
2. Los bienes manufacturados son provenientes de una utilización intensa del trabajador, siendo los principales productos los calzados, manufacturas de madera, cuero y mueble, que representaban 15% del total exportado.
3. Los bienes ricos en recursos minerales y en metales comunes correspondían a cerca de 17%.
4. Cuanto a los productos sofisticados, como las aeronaves hechas por la EMBRAER, vehículos y autopiezas, bienes de capitales y productos de la industria química, representaban cerca de 18%.
5. En relación a los bienes agropecuarios, como carnes, raciones y tabaco, correspondían a 16% y otros productos primarios, como la soja y el café representaban otros 16%.

Es indubitable que las restricciones tarifarias y no tarifarias hechas por los países europeos son los principales factores que dificultan una mejor relación entre la economía europea y la brasileña.

Según un estudio del Instituto de Política Económica Aplicada (Kume, 2004), la mayoría de las tarifas impuestas en productos brasileños son de naturaleza tarifaria. Las restricciones cuantitativas que estaban vigentes eran cuotas de importación aplicadas a productos como: carne de vacuno, carne de pollo congelado y productos como madera.

Algunos estudios sobre las perspectivas de las relaciones comerciales entre Brasil-UE, encabezados por De Negri y Arbache (2003, estiman una ampliación de los cambios comerciales en un escenario de libre comercio con beneficios para ambos mercados.

Para la economía de Brasil le interesa una disminución de los subsidios por parte de los gobiernos a las exportaciones de la UE, principalmente las referentes a los productos de origen agrícola.

Según datos del MDIC<sup>7</sup>, en el año de 2011 el comercio entre los dos sujetos creció 22,74%. Las exportaciones brasileñas pasaron de U\$52

---

7. <http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3385&refr=576>

mil millones, con una importaciones de más de U\$46 mil millones, lo que resultó un superávit de U\$6 mil millones, lo que fue fundamental para la economía brasileña no entrase en retroceso, pues las exportaciones son el motor de esa economía, lo que le ayudó en la superación de la crisis de 2008.

En 2012, hasta marzo, la participación de la UE en las exportaciones brasileñas ha disminuido 1,4%, lo que tiene relación con el desarrollo de las políticas internacionales brasileñas con otros países, como los integrantes del BRICS, que generaran una “multipolarización” de los negocios brasileños.

### **3. RELACIONES CON EL MERCOSUR**

La Unión Europea tiene una grande importancia internacional, pues tiene en termos económicos el PIB (Producto Interno Bruto) más grande del mundo. Según datos<sup>8</sup> del Ministerio de Desenvolvimento, Industria y Comercio (MDIC) (2007) la UE se consolidó como un importante productor y exportador de mercancías en todo mundo con mas de 1.900.000 millones de euros en 2005, mas de la quinta parte (27%) del total mundial; el primer proveedor mundial (310.000 millones de euros en 2005) de inversiones extranjeras directas (IED) representando 46,0% y el segundo receptor mundial (407.900 millones de euros en 2005) de inversiones extranjeras, representando 71.0% según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desenvolvimento (UNCTAD, 2007).

En el ámbito de las relaciones entre Unión Europea y Brasil, pero partiendo del punto del MERCOSUR, esa relación se inició con la proposición en 1995, de un acuerdo comercial entre los dos bloques, con una perspectiva de su implementación en 2004. Durante el inicio de ese acuerdo, las negociaciones no fueron bien trabajadas, siendo que las propuestas no avanzaran mucho, lo que impidió que la conclusión de las negociaciones llegase a su termo en 2004, pues las discordancias entre los dos bloques cuanto a asuntos delicados, como la agricultura, los bienes manufacturados, las inversiones, era muy fuerte.

---

8. Andrade de Carvalho, F.M., “Relaciones económicas Unión Europea/Brasil”, Perspectivas en Políticas Publicas, Belo Horizonte, Vol. I, No. 2, pp. 37-54, en p.39, 2008

En 2005, fueron reiniciadas las negociaciones con el propósito de llegarse a un acuerdo, pero lo que se percibió fue que para llegar a la conclusión de un pacto comercial, solo sería posible caso los impases entre las dos regiones fuesen solucionados con la Ronda de Doha de la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Para Fátima Andrade<sup>9</sup>, “El acuerdo Unión Europea/ Mercosur deberá englobar todos los respectivos miembros, que actualmente totalizan 31 países. De cerrarse ese acuerdo, UE/Mercosur formaría el segundo mayor bloque económico del mundo y beneficiaría 700 millones de consumidores de los dos bloques.”

Esas relaciones entre los dos bloques deben ser vistas a través de otras perspectivas. Esos intereses tienen raíces históricas, ya que los lazos históricos entre Europa y América Latina están relacionados con el propio surgimiento de esa región, lo que debe ser añadido el potencial de crecimiento de las economías sudamericanas.

El comercio bilateral entre la UE y el MERCOSUR ha seguido una tendencia, pues el Mercosur exporta básicamente bienes primarios o poco elaborados, muy relacionados con los bienes naturales, como: oleaginosos, carnes, jugo de naranja, tabaco y café e importa bienes con una mayor producción tecnológica, principalmente productos químicos, maquinas y equipamientos y materiales de transporte.

Esa composición de los flujos comerciales bilaterales explica también el tímido crecimiento de las importaciones de la UE provenientes del Mercosur, que exporta productos poco dinámicos y enfrenta barreras comerciales de entrada en el mercado europeo.

Lo que ha hecho las negociaciones con la UE tan difíciles es la supervivencia del proteccionismo agrícola, que concede elevados subsidios como medios de ayuda a los productores europeos, para que ellos puedan realizar su producción, ayudando la exportación de sus productos agrícolas y también su destinación a la producción interna de la región, siendo este el principal motivo para los intensos debates entre los dos bloques, impidiendo que lleguen a un acuerdo cuanto a convergencia de sus intereses.

---

9. Andrade de Carvalho, F.M., “Relaciones económicas Unión Europea/Brasil”, *Perspectivas en Políticas Públicas*, Belo Horizonte, Vol. I, No. 2, pp. 37-54, en p.41, 2008



Siendo el sector agropecuario el principal sujeto de las negociaciones entre MERCOSUR Y UE, la Agenda de Cooperación entre los dos bloques ha incluido, según Fátima Andrade<sup>10</sup>, “la promoción del comercio de productos, la compatibilidad de la legislación para prevenir la formación de barreras comerciales, la implantación de medidas de carácter ambiental, la protección de los consumidores y la garantía de seguridad alimentaria.”

Las exportaciones agrícolas del Mercosur para la Unión Europea enfrentan varios tipos de restricciones tales como: altas tarifas arancelarias, cuotas de importación limitadas, salvaguardas especiales, medidas sanitarias, entre otras, convirtiéndose esas restricciones en un área estratégica de las negociaciones del Mercosur. (ICONE BRASIL, 2004).

Como la UE ahora tiene en su constitución 27 países, los negocios entre Mercosur y UE están destinados a pasaren por mayores debates, pues la tendencia es que la dificultad de acceso al mercado europeo se quede mayor, pues la agricultura es un grande actor económico en las exportaciones de la mayoría de los 10 nuevos países miembros.

La formación del MERCOSUR también ha ayudado bastante la economía brasileña, pues Brasil sigue como el país de mayor fuerza dentro de ese bloque, lo que es reflejado en el aumento de las relaciones comerciales intra-regionales, como ha ocurrido con Argentina, que en el año de 2007, cambiaron 14 mil millones de dólares, teniendo Brasil un superávit de 4 mil millones de dólares en relación a su comercio con ese país<sup>11</sup>.

Partiendo de un parámetro regional, las negociaciones entre UE y MERCOSUR buscan atender los propósitos necesarios para la apertura de los mercados para el comercio de mercancías y servicios, para una mejor sistematización de las inversiones hechas por los Estados, como también otras medidas accesorias al comercio, como las medidas sanitarias, responsables por una regularización y fiscalización de los productos comercializados, para evitar posibles contaminaciones.

También se busca desarrollar las condiciones para la concurrencia entre empresas, como también otros derechos referentes a la propiedad

---

10. Andrade de Carvalho, F.M., “Relaciones económicas Unión Europea/Brasil”, *Perspectivas en políticas Publicas*, Belo Horizonte, Vol. I, No. 2, pp. 37-54, en p.42, 2008

11. [http://www.bbc.co.uk/portuguese/especial/1454\\_americanosul/page4.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/especial/1454_americanosul/page4.shtml)

intelectual, los derechos autorales, buscando crear medios de resolución de posibles controversias.

El acuerdo entre los dos bloques será resultado del análisis de los objetivos de ellos, para tentaren llegar a un acuerdo sobre los productos que son muy debatidos, como la liberalización de los productos agrícolas, que son considerados productos sensibles.

En ese escenario, Brasil aparece como el líder del bloque sudamericano, buscando coordinar los intereses europeos con los suyos, lo que traería muchas ventajas para ambos. Cabe a ellos buscar contra-propuestas para lo que es planteado, pues para la UE llegar con mayor fuerza en los mercados sudamericanos, debe también abrir concesiones para los productos provenientes del MERCOSUR, principalmente del sector agropecuario.

Para Brasil, las inversiones provenientes de Europa son muy importantes para el desarrollo de su infraestructura, lo que ayudaría en la continuación del crecimiento de ambos, pero debe haber por parte de la UE la apertura de su mercado para los productos agroindustriales brasileños.

#### **4. PERSPECTIVAS ACESÓRIAS AL COMÉRCIO**

La UE tiene como nuevo medio para la ayuda al desarrollo latino-americano, incluyendo el brasileño, el Instrumento de Cooperación al Desarrollo (ICD).

Como es estudiado por José Antonio Sanahuja<sup>12</sup>, el ICD tiene como previsión presupuestaria para la región en el período de 2007 a 2013 la cuantía de 2.690 millones de euros. Esa cooperación tiene como objetivos:

- La promoción de la cohesión social, a través de políticas fiscales y de bienestar social, con el fomento de inversiones productivas para crear más y mejores empleos, con el incentivo al desarrollo de la educación y la salud.
- Apoyo a los procesos de integración regional, incluyendo la interconexión de redes de infraestructura en coordinación con los apoyos del BEI (Banco Europeo de Inversiones) y otras instituciones.

---

12. Sanahuja, José Antonio, La política de Desarrollo de la UE y América Latina, 2008, Fundación Carolina, en p.35

- Apoyo a la creación de un área común de educación superior entre UE-América Latina.

Para 2007-2013 está prevista la destinación de 556 millones de euros para los programas regionales, a los que se sumarían los recursos procedentes del ICD y de otros instrumentos de la cooperación comunitaria<sup>13</sup>.

La UE ha conseguido consolidarse con el Tratado de Lisboa, lo que le ayudará en su actuación en escenario mundial, con la coordinación de sus políticas de comercio y desarrollo. Es indubitable la importancia que la UE tiene en marco de cooperación con la América Latina, especialmente con Brasil. En términos numéricos, la cooperación regional para América Latina durante el periodo 2002-2006 fue de 264 millones de euros destinados a los programas regionales.

Aquí siguen algunos programas hechos entre UE y América Latina, como medio de entender mejor las consecuencias de esas relaciones, principalmente como ellas influenciarán las relaciones comerciales entre ellos, incluyendo Brasil.

Según liciones de José Antonio Sanahuja<sup>14</sup>, aquí siguen:

*“Al-Invest*. Primer programa birregional, iniciado en 1993 con una fase piloto, se ha desarrollado en cuatro fases: fase I, 1996-2000; fase II, 2000-2004; fase III, 2004-2007, y fase IV, 2009-2013. Los objetivos, a partir del interés mutuo, son de prestar servicios a empresas en la Comunidad Europea y a los países de América Latina para estimular el comercio y las inversiones—fueron formulados *ex-post* a raíz de una evaluación de 2001.

Esta evaluación concluyó que el programa había sido positivo (Europeaid, 2001). Por otra parte, el programa ha estado aquejado de desequilibrios en cuanto a la asignación de los recursos por países, que deberían ser corregidos. Desde su inicio, se han realizado más de 1.000 proyectos o actividades en más de 25 sectores comerciales: agro-industria, medio ambiente y telecomunicaciones han sido los más activos. Se estima que más de 87.000 PYMES han participado en el programa (Economou *et al.*, 2008).”

---

13. Sanahuja, José Antonio, La política de Desarrollo de la UE y América Latina, 2008, Fundación Carolina, en p.45

14. Sanahuja, José Antonio, La política de Desarrollo de la UE y América Latina, 2008, Fundación Carolina, en p.46

Ese programa tiene la característica de promover una mayor cooperación entre las dos regiones, pero que al final será muy importante para las relaciones comerciales, pues con la ayuda a una formación mejorada de profesionales, los acuerdos e intercambios entre las regiones serán mayores como también más desarrollados y más justos.

Otro programa de cooperación, pero con carácter más financiero es el LAIF/MIAL, que José Sanahuja<sup>15</sup> bien lo explica:

*“LAIF/MIAL: Mecanismo de Inversión para América Latina. Inspirada en la facilidad de Inversión de Vecindad, de 2007, en 2010 se lanzó la Facilidad de Inversión en América Latina (LAIF), para fomentar inversiones contribuyan a incrementar su competitividad en el mercado global.*

LAIF es un mecanismo financiero que combina contribuciones no reembolsables de la Comisión Europea y de otros donantes, incluyendo instituciones financieras multilaterales, cuya finalidad es movilizar una financiación adicional para llevar a cabo inversiones esenciales que sin el apoyo de LAIF no podrían ser financiados independientemente por el mercado o por las instituciones financieras de desarrollo.

Los tres objetivos estratégicos de LAIF son la mejora de la interconectividad a través de infraestructuras energéticas y de transporte; mejorar la protección del medio ambiente y apoyar la mitigación y adaptación al cambio climático; y la mejora de la infraestructura de servicios sociales y el apoyo a las PYMES.

LAIF puede financiar acciones de pre inversión, asistencia técnica, garantías de préstamos y operaciones de capital-riesgo. Se ha previsto una aportación de la Comisión Europea de 125 millones de euros durante el período 2009-2013.”

Ese es un programa que tiene una importancia directa en las inversiones hechas por la UE, que pueden conseguir ayudar el desarrollo brasileño, como también sustentar el poder europeo que sigue abalado por la crisis de 2008, ya que es mejor invertir en economías emergentes, como Brasil, en el momento actual.

---

15. Sanahuja, José Antonio, La política de Desarrollo de la UE y América Latina, 2008, Fundación Carolina, en p.49

#### 4. LOS DEBATES COMERCIALES ENTRE BRASIL Y UE

Durante el gobierno de Fernando Henrique Cardoso, la procura por relaciones internacionales con la UE se fortificó como un medio alternativo al comercio desigual entre Brasil y ALCA. Lo mismo presidente llegó a reconocer que las relaciones hechas entre Brasil y la UE podrían ser más fáciles que con los EEUU y la ALCA.

A pesar de parecer más fácil el negocio con Europa, la política externa brasileña no estaba dispuesta a aceptar las prácticas proteccionistas de la Unión Europea. Como bien habla Bruno Ayllón<sup>16</sup>:

“El reconocimiento de mayores facilidades para negociar con Europa no significó condescendencia con las prácticas proteccionistas del bloque. Es verdad que se reconocía el papel de la UE como el socio más importante para el MERCOSUR pero, al mismo tiempo, se adoptaba una postura realista respecto a las posibilidades de una apertura comercial y se criticaba –como hizo Cardoso en su discurso ante la Asamblea Nacional francesa– la hipocresía de la UE con un discurso librecambista y una práctica proteccionista.”

Con la llegada de Lula al poder, el percibió un mayor potencial de ventajas económicas frente a la UE, ya que en el sistema del ALCA, el mercado brasileño sería invadido por productos estadounidenses, lo que podría llevar la industria brasileña a un colapso severo, pues el grande impedimento para la tomada del consumo brasileño por productos industrializados estadounidenses son los impuestos de importación. Si ellos desaparecen, la industria brasileña no sería capaz de concurrir con la americana.

Luego, el canciller Celso Amorim reiteró la importancia estratégica de un acuerdo comercial con la Unión Europea, lo que garantizaría una mayor amplitud de mercados y relaciones comerciales, buscando escapar de una política unipolar estadounidense, lo que garantizaría una multipolaridad esencial para el desarrollo brasileño.

Para tentar llegarse a un acuerdo, los brasileños y los europeos pasaron por diversos conflictos, que gravitaban usualmente en torno de las políticas proteccionistas del bloque europeo. En razón de esto, Brasil ha llevado sus quejas hasta los paneles de solución de disputas de la OMC

---

16. Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.1

(Organización Mundial del Comercio), donde ha planteado sus intereses de apertura de los mercados europeos a sus exportaciones. Luego, él ha triunfado cuanto a las exportaciones de banana, azúcar y pollo, pero no fue una decisión totalmente acatada por Brasil, pues el continuó reclamando todavía cuanto al restante de los subsidios dados por ese bloque a sus agricultores.

Al analizar ese escenario, el canciller Celso Amorim habló que el mundo en desarrollo demostró su capacidad de resistir a las presiones de los ricos con una actuación articulada y pro-activa, en defensa del mandato negociador de la Ronda de Doha<sup>17</sup>.

La UE había actuado con su postura proteccionista a su mercado nacional a través del PAC (Política Agrícola Común), pero el sistema internacional de comercio vigente no permite ese tipo de actuación, como también actuó contra los preceptos pregrados por la Ronda de Doha para la agricultura.

Los europeos consideraron las demandas del G-20 (particularmente en ese caso, de Brasil) cuanto a la liberalización agrícola como “de locos que pretenden la luna”<sup>18</sup>.

Continuando con sus acciones de presión política, “la UE lanzó una ofensiva diplomática que buscó presionar a los países del G-20 para vencerlos de desistir del documento, lo que fue denunciado por el ministro Amorim como un asedio inaceptable.”<sup>19</sup>

Frente a ese escenario, las relaciones entre UE y Brasil fueron se deteriorando. En la cumbre de Hong Kong de la OMC fue discutido sobre la contrapartida de los países del G-20 para desarrollar mejores relaciones entre ellos y la UE, pues se ellos querrían la disminución de los subsidios agrícolas, la UE también deseaba una mayor abertura de sus mercados para los servicios y productos manufacturados europeos.

Como presión para la UE, el gobierno estadounidense prometió que aboliría sus subsidios agrícolas caso los europeos hiciesen lo mismo. La

---

17. Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.4

18. Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.4.

19. <sup>2</sup>Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.4

tensión fue elevada cuando la diplomacia brasileña esa buscó ayuda para sus propósitos, lo que la UE consideró como una alianza entre Brasil y EEUU, ya que los estadounidenses también querían un mayor acceso a el mercado europeo.

El presidente Luiz “Lula” envió una carta para los líderes europeos pidiéndoles que refletasen sobre la apertura de sus mercados agrícolas como un medio de desarrollo de las negociaciones entre los dos sujetos. El ministro brasileño de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior, Luiz Fernando Furlan, declaraba que los subsidios dados por los gobiernos europeos a sus productores rurales eran “medievales”.<sup>20</sup>

Continuando el debate, el ministro de relaciones exteriores Celso Amorim, buscando incitar la UE a mudar sus políticas que son contrarias a lo que está previsto en el ordenamiento internacional, acusó a los países ricos de “intentar vender al resto del mundo una Ronda barata”, añadiendo que “después de tantos años –¿debería decir décadas o siglos?– resquicios de feudalismo permanecieron junto a otras formas de privilegios inaceptables”.<sup>21</sup>

Ese conflicto llegó a acusaciones por parte de los europeos, cuando “el comisario europeo golpeó en la mesa y dirigiéndose a Amorim, al representante norteamericano Robert Portman y al director general de la OMC, Pascal Lamy, les acusó de estar conspirando contra él: “*You are ganging up to beat me* (Os estáis uniendo para atacarme).”<sup>22</sup>

## 5. EMPECILLOS PARA EL COMÉRCIO

Las relaciones entre Brasil y UE han sufrido algunos empecillos en su historia. Uno de ellos, como ya expuesto, es el proteccionismo comunitario en el medio económico. Esto es debido por la introducción de una política agraria común entre los países europeos, que en los años sesenta y setenta empezó a ser un motivo de disputa entre las dos regiones, que hizo más difícil la conexión del mercado europeo a las exportaciones agropecuarias de América Latina.

---

20. Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.5.

21. Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.5.

22. Ayllón, Bruno, [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, p.5

Durante los años 90, ese conflicto se tornó muy importante ya que Brasil ha adoptado un modelo exportador de productos agrícolas, que llegaban al mercado europeo y sufrían diversos tipos de restricciones, lo que se quedaba más difícil con la ayuda de los gobiernos a sus productores internos.

Los brasileños buscaron la diversificación exportadora de su economía, a través de la financiación de acciones de promoción comercial, con la producción de ferias, encuentros de empresarios, investigación de mercados, programas de apoyo a la comercialización, proyectos de formación en materia de normas, certificación y normalización, y acciones de información y de capacitación para dar a conocer el funcionamiento del Sistema de Preferencia Generales (SPG) y las características del mercado europeo.<sup>23</sup>

Ese sistema de protección tiene que cambiar en la medida que los acuerdos comerciales son desarrollados. Había una revisión prevista para 1991 que fue adiada hasta 1995 debido al retraso de las negociaciones del GATT. Fueron establecidos límites muy rigurosos para las áreas consideradas “sensibles”, siendo que entre 1994 y 1996 fue aprobado el SPG industrial y agrícola.

Ese SPG ya no imponía contingentes máximos y se basaba exclusivamente en aranceles. Los productos se veían sometidos a aranceles variables —la denominada “modulación” arancelaria—según su grado de “sensibilidad” para los productores comunitarios. Ese SPG, por otra parte, consideraba el grado de desarrollo de los beneficiarios para determinar los sectores y los países que siguen necesitando el Sistema.

Cuando un país ha alcanzado cierto nivel de desarrollo, los beneficios del SPG se eliminan de forma gradual en el sector en cuestión con objeto de prestar más apoyo a países menos avanzados. Además, se excluye a un país de los beneficios en un sector cuando acapara el 25% de las exportaciones de los países beneficiarios en ese sector.<sup>24</sup>

---

23. Sanahuja, José Antonio, Asimetrías económicas y concertación política en las relaciones Unión Europea-América Latina: un examen de os problemas comerciales, *REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES*, 2000, en p. 7.

24. Sanahuja, José Antonio, Asimetrías económicas y concertación política en las relaciones Unión Europea-América Latina: un examen de os problemas comerciales, *REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES*, 2000, en p. 7



En 2011 ha sido aprobado un nuevo SPG, que sigue la tendencia de su antecesor. El tratamiento tarifario preferencial se aplica a productos cubiertos por el SGP, procedentes y originarios de países beneficiarios, cuando importados en la Unión Europea. Las preferencias son diferenciadas en función de la sensibilidad de los productos<sup>25</sup>:

- para los productos no-sensibles, hay la concesión de arancel cero;
- para los productos sensibles, en general, una reducción de 3,5 puntos porcentuales de la tarifa *ad valorem* o reducción de 30% del arancel específico, y para productos textiles una reducción de 20% de la tarifa normalmente aplicable.

Para fines ejemplificativos, son considerados sensibles: “Legumes de vagem, secos, em grão, mesmo pelados ou partidos” y “Bananas, incluindo os plátanos, secas” pero no lo son considerados las “Coxas de rã”<sup>26</sup>. El Sistema de Protección Europeo tiene el intuio de proteger el productor de la UE, pues considerar como no sensibles productos como las piernas de la rana es prácticamente considerar como cero los productos que no van sufrir limitaciones arancelarias, continuando a imponer restricciones a los principales productos exportados por Brasil hasta el mercado europeo.

## 5.1 EL MANDATO DE DOHA

Para hacer una mejor explicación sobre los conflictos en torno de la agricultura, es necesario tener en cuenta lo que es el “mandato de Doha”. En noviembre de 2001, en Doha, Qatar, ocurrió la primera ronda de negociaciones multilaterales en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Sería compuesta por los ministros de las relaciones exteriores y del comercio de los países integrantes, que buscarían la liberación del comercio para un desarrollo económico conjunto, con foco en los países en desarrollo.

Luego su amplitud es grande, pues tiene como destinatarios los 153 países integrantes de esa organización. Los temas de la ronda son la agricultura, el comercio de servicios, las reglas sobre las políticas de subsidios, el medio ambiente, la propiedad intelectual.

---

25. <http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=528>

26. [http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1230319583.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1230319583.pdf)

**Mirando la ronda a través de un sujeto importantísimo**, Brasil, el y los otros países en desarrollo entienden que el centro de las negociaciones de la Ronda de Doha es la el comercio relacionado a agricultura. Es un sector muy importante para los países en desarrollo, ya que la mayor parte de sus importaciones son proveniente de esa área, lo que implicó en una menor valorización de las políticas de esa área, pues los países desarrollados utilizaban, y todavía utilizan, de prácticas “medievales”, lo que implicaba en una falta de control por los organismos internacionales contra esas prácticas abusivas.

Por lo que fuera expuesto, esa ronda tiene como objetivo arreglar las conductas incorrectas que todavía existen en el comercio agrícola, con la eliminación de los subsidios a la exportación, reducción sustancial y disciplina de los subsidios a la producción, que es el apoyo dado al productor interno.

En el escenario en que vive el mundo globalizado, con la crisis de 2008, que tiene efectos todavía intensos, con la corrosión de los mercados, principalmente en Europa, las acciones proteccionistas de ciertos gobiernos no pueden ser toleradas por las otras naciones, lo que surge el clamor de los países en desarrollo para que la ronda de Doha sea conclusa, para que esas cuestiones sean solucionadas, lo que serviría también para mantener la fuerza y respecto de la OMC.

Con la reunión de Ginebra, en julio de 2008, eran esperadas medidas capaces de atender a las demandas de países como Brasil. A pesar de esto, no fue posible consolidar las negociaciones en respecto a la agricultura.

Es de grande importancia que sea posible ver lo que está expuesto en la declaración de la primera ronda de Doha, pues el contenido de la ley debe ser albo de reflexión por los ciudadanos. Aquí sigue<sup>27</sup>, *ipsis litteris*, como un medio de mejor explicar los deseos planteados por Brasil.

“Establecido en la **Declaración Ministerial de Doha**, noviembre de 2001

### **Agricultura**

Reconocemos la labor ya realizada en las negociaciones iniciadas a principios de 2000 en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre la Agricultura, incluido el gran número de propuestas de

---

27. [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/agric\\_s/negoti\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/negoti_s.htm)

negociación presentadas en nombre de un total de 121 Miembros.

Recordamos el objetivo a largo plazo, mencionado en el Acuerdo, de establecer un sistema de comercio equitativo y orientado al mercado mediante un programa de reforma fundamental que abarque normas reforzadas y compromisos específicos sobre la ayuda y la protección para corregir y prevenir las restricciones y distorsiones en los mercados agropecuarios mundiales.

Reconfirmamos nuestra adhesión a dicho programa. Basándonos en la labor llevada a cabo hasta la fecha y sin prejuzgar el resultado de las negociaciones nos comprometemos a celebrar negociaciones globales encaminadas a lograr: mejoras sustanciales del acceso a los mercados; reducciones de todas las formas de subvenciones a la exportación, con miras a su remoción progresiva; y reducciones sustanciales de la ayuda interna causante de distorsión del comercio.

Convenimos en que el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo será parte integrante de todos los elementos de las negociaciones y se incorporará a las Listas de concesiones y compromisos y, según proceda, a las normas y disciplinas que han de negociarse, de modo que sea operacionalmente efectivo y permita a los países en desarrollo tener efectivamente en cuenta sus necesidades en materia de desarrollo, con inclusión de la seguridad alimentaria y el desarrollo rural.

Tomamos nota de las preocupaciones no comerciales recogidas en las propuestas de negociación presentadas por los Miembros y confirmamos que en las negociaciones se tendrán en cuenta las preocupaciones no comerciales conforme a lo previsto en el Acuerdo sobre la Agricultura.”

La resolución de Doha es la meta de la OMC. Con el arreglo de las controversias agrícolas, la economía mundial podrá crecer de modo justo, conjunto, permitiendo el saneamiento de las desigualdades, pues los países emergentes necesitan de ese comercio para el desarrollo de sus economías, reflejando en la cualidad de vida de sus ciudadanos.

## **6. EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA**

En el ámbito de la energía e infraestructura, la cooperación con iniciativas suramericanas es un componente importante de la nueva agenda de la integración y responde a intereses compartidos, ya que hace frente

a uno de los “cuellos de botella” del desarrollo brasileño, lo que contribuye también a asegurar fuentes diversificadas de abastecimiento para la UE, que puede evitar disputas bilaterales que añaden inestabilidad a área, consolidando las inversiones europeas en el sector.

Estos intereses se podrán promover mejor si la UE actuase con más recursos. Aunque la Comisión no cuenta con fondos suficientes para abordar acciones en el campo de la infraestructura o la energía, por resultaren muy costosas, la UE puede impulsar una mayor participación del Banco Europeo de Inversiones (BEI), más allá del criterio del interés mutuo previsto en el nuevo mandato para el periodo 2007-2013, en colaboración con bancos de la integración como la CAF o el Banco Centroamericano de Integración Económica (BCIE).

La puesta en marcha por la Comisión del nuevo Mecanismo de Inversión en América Latina (LAIF/MIAL), anunciado en la Cumbre de Madrid de 2010, constituye, en este sentido, una importante novedad. Este instrumento, que como se indicó *supra* sería inicialmente de pequeña cuantía, puede actuar como catalizador de otras inversiones en infraestructura de energía y de comunicaciones, ayudando en el desarrollo de la relaciones entre UE y Brasil.

## **7. LAS BARRERAS BRASILEÑAS A PRODUCTOS EUROPEOS**

Hay actualmente la posibilidad del gobierno brasileño aumentar los impuestos de importación sobre los vinos europeos, en una tentativa de estímulo al consumo de producción interna, lo que causó el desacuerdo<sup>28</sup> del Secretario general del Comité Europeo de las Empresas de Vino (CEEV), José Ramón Fernandez. En 15 de marzo de 2012 fue abierta una investigación por el gobierno brasileño sobre el peso del aumento de las importaciones de vino europeo, como esto influenciaría el consumo del vino producido internamente.

Ese es un caso interesante para cuestionar: ¿sería la actitud brasileña justa o no?

En el ordenamiento internacional, propuesto por la OMC, es prohibida la utilización de medidas de subsidios como también de salvaguardia, pero ellas tienen 3 excepciones:

---

28. [http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/04/120410\\_vinho\\_ue\\_rc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/04/120410_vinho_ue_rc.shtml)

1. Cuando está ocurriendo “dumping” por aquella nación que sería albo de una salvaguardia;
2. Cuando hay subsidios concedidos por otra nación;
3. En situaciones de emergencia que necesiten el límite temporario de las importaciones, que sería llamada como una salvaguardia para la industria doméstica.

La situación brasileña se encuadraría en la tercera hipótesis. La valorización del Real no está ayudando zonas industriales que no son todavía fuertes, como la producción de vino. El gobierno tomó, primeramente, la acción de investigación cuanto a existencia o no de la agresión a la industria doméstica. Si restar comprobada esa situación de emergencia, deberá informar a la OMC de su situación, dando el gobierno brasileño su parecer, para que un comité de la OMC pueda decidir ese caso. Luego, resta esperar para el desarrollo de los actos, siendo que restaría legítima la salvaguardia caso resulte como necesario el limite temporario de importaciones, según el estudio hecho por Brasil con la confirmación de la OMC.

### **7.1. La Crisis de 2008 - la visión para el futuro**

Con la crisis de 2008, la financiación exterior fue reducida drásticamente, lo que sirvió como un medio de los países que antes vivían muy dependientes de la ayuda financiera externa cambiasen sus políticas de desarrollo, para evitaren estar sujetos a los cambios de los mercados internacionales que influenciarían en el desarrollo de estos países.

Con esto, se entiende que la ayuda internacional para países como Brasil fue muy importante en el pasado, para que actualmente el tuviese una menor dependencia de la ayuda exterior, lo que no significa que el no precisa de ella, ya que tiene importancia para el desarrollo de áreas brasileñas las cuales no tienen un apoyo y conocimiento grande, como las áreas tecnológicas, de alta producción.

En Brasil, la dependencia externa frente a las inversiones exteriores fue de 0% en 2007 (Cifras de IED de 2007. Fuente: OCDE)<sup>29</sup>, lo que cuando la crisis se agravó, la economía brasileña estaba más protegida

---

29. Sanahuja, José Antonio, La política de Desarrollo de la UE y América Latina, 2008, Fundación Carolina, en p.10

en comparación a otras economías latino-americanas, siendo que el presidente brasileño durante la crisis, Luiz Inácio “Lula”, dijo que a pesar de ser una tsunami los efectos económicos en el escenario mundial, en Brasil era apenas una pequeña ondata.<sup>30</sup>

Uno de los entrabes para la continuación del desarrollo económico brasileño, con una mayor competitividad en el escenario mundial es la falta de una infraestructura digna de un país que tiene la 6 mayor economía del mundo. Otro entrabe es el incentivo a la educación de alta gama, para las áreas de tecnología y conocimiento especializado, lo que generaría una mayor producción económica, teniendo como consecuencias el abastecimiento de cargos que ahora no pueden ser ocupados por no existieren profesionales especializados en el mercado brasileño, debiendo haber el incentivo y creación de más acuerdos con otras instituciones educacionales reconocidas internacionalmente, como las Universidades europeas y estadounidenses.

Se esas medidas fuesen ejecutadas, la dependencia brasileña de producción de insumos de baja necesidad tecnológica, con el empleo de demasiada fuerza física y poca utilización intelectual, concentrada en productos de recursos naturales, sería disminuida. Luego, el mercado brasileño sería todavía más diversificado, con el desarrollo de industrias de altos valores agregados, para que la economía nacional no quedase restringida a agricultura y servicios, generando las capacidades de investigación, desarrollo e innovación (I+D+I). Luego la transferencia y cooperación en tecnologías provenientes de la UE es esencial para el desarrollo de las capacidades intelectuales brasileñas.

Con todo esto, resta imprescindible notar que la UE fue y es un grande aliado brasileño en todos los ámbitos, principalmente en la economía, lo que garante al crecimiento de esa nación emergente una grande fuente de inversiones. Los conflictos relativos a las políticas agrícolas deben ser arreglados, con una evolución del sistema europea de protección, como también la producción brasileña será más diversificada. Cuando esto ocurrir, con un crecimiento económico grande, aliado a una mejor distribución de renda, Brasil dejará de ser el país del futuro para ser realidad del presente, con sus ciudadanos disfrutando del poder económico de su patria.

---

30. <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,lula-acertou-ao-falar-que-cri-se-era-marolinha-diz-le-monde,436390,0.htm>

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE DE CARVALHO, F.M., "Relaciones económicas Unión Europea/Brasil", *Perspectivas em Políticas Públicas*, Belo Horizonte, Vol. I, No. 2, P. 37-54, 2008
- AYLLÓN, Bruno, La política exterior del Gobierno Lula y las relaciones de Brasil con la Unión Europea [http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf), 2006, pp.
- BACEN - Banco Central do Brasil - *Boletim do Banco Central: Relatório Anual, 2007*. Disponible en: <<http://www.bcb.gov.br/?PUBBC>>. Acceso en 29 de marzo de 2012.
- COMISION EUROPEA. *La globalización en beneficio de todos: la union europea y el comercio mundial*. Comisión Europea, Bruselas, 2003.
- DE NEGRI, J. A.; ARBACHE, J. S. *O impacto de um acordo entre o Mercosul e a União Européia sobre o potencial exportador brasileiro para o mercado europeu*. Ipea, Brasília / DF, 2003.
- ECONOMOU, Elena, Luciano Colombara y Ruth Kaeppler (2008), *Programa AL- Invest III. Misión de evaluación final*. Bruselas, AESA Consortium/Europeaid (mimeo).
- EUROSTAT - *Gabinete de Estatísticas da União Européia, 2007*. Disponible en: [http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?\\_pageid=1090,30070682,1090\\_33076576&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=1090,30070682,1090_33076576&_dad=portal&_schema=PORTAL). Acceso en: 10 de marzo de 2012.
- EUROPEAID, 2001, *Evaluation finale du programme Al-Invest*, Bruselas, 21 de junio (mimeo).
- ICONE-BRASIL -*Perspectivas do acordo UE/Mercosul*. Sao Paulo, SP, 2004. Disponible en: <[www.iconebrasil.com.br](http://www.iconebrasil.com.br)>. Acceso en: 10 de marzo de 2012.
- KUME, H.; PIANI, G.; CASTILHO, M. *Acordo de livre comercio Mercosul-União Européia: uma estimativa dos impactos no comercio brasileiro*. Rio de Janeiro: Ipea, nov. 2004.
- MDIC - *Ministério de Desenvolvimento Indústria e Comércio, 2007*. Disponible en: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/index.php?area=5> >. Acceso en 29 de marzo de 2012.
- SANAHUJA, José Antonio, Asimetrías económicas y concertación política en las relaciones Unión Europea-América Latina: un examen de os problemas comerciales, *REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES*, 2000.
- SANAHUJA, José Antonio, Regionalismo e integración en América Latina, balance y perspectivas, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, 2008.

SANAHUJA, José Antonio, La política de Desarrollo de la UE y América Latina, 2008, Fundación Carolina.

UNCTAD - *Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento, 2007*. Disponible en:<http://www.unctab.org/Templates/Page.asp?intItemID:1418&lang=1>>. Acceso en: 20 de marzo de 2012.

WAQUIL, P. D. et al. Vantagens comparativas reveladas e orientação regional das exportações agrícolas brasileiras para a União Europeia. *Revista de Economia e Agronegócio*. Viçosa MG. v. 2, n. 2, p. 137-159. 2004.

## REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=567> – acceso en: 26 de abril de 2012., acceso en 28 de abril de 2012

<http://www.mdic.gov.br//sitio/interna/noticia.php?area=5&noticia=11484> – acceso en 26 de abril de 2012., acceso en 20 de abril

<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=3385&refr=576> – acceso en: 26 de abril de 2012.

[http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915\\_Ayllon.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/915/915_Ayllon.pdf) - acceso en 02 de abril de 2012

<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=528>, acceso en 20 de abril de 2012

[http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1230319583.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1230319583.pdf) acc, acceso en 20 de abril

[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/04/120410\\_vinho\\_ue\\_rc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/04/120410_vinho_ue_rc.shtml), acceso en 04 de abril de 2012

<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,lula-acertou-ao-falar-que-cri-se-era-marolinha-diz-le-monde,436390,0.htm>, acceso en 28 de marzo de 2012



## As normas jurídicas aplicáveis à solução de controvérsias entre Estados-partes do Mercosul

*Gabriela Barreto Muniz*

Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidania e Direitos Fundamentais – Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Noções gerais sobre o sistema de solução de controvérsias do Mercosul: 2.1 Conceito de controvérsia, no âmbito do Mercosul; 2.2 Negociações diretas; 2.3 Intervenção do Grupo Mercado Comum; 2.4 Arbitragem: 2.4.1 Tribunal Arbitral *Ad Hoc*; 2.4.2 Tribunal Permanente de Revisão – 3. O direito aplicado à solução de controvérsias: 3.1 Decisão com base no princípio da equidade (*ex aequo et bono*); 3.2 Caráter teleológico da jurisprudência; 3.3 Análise do Laudo Arbitral nº 01/2005, do TPR – 4. Conclusão – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A origem do Mercosul remonta aos esforços de aproximação perpetrados pelo Brasil e Argentina, já então os dois maiores países sul-americanos, nos idos de 1985<sup>1</sup>. Em um momento histórico marcado pela lenta superação do regime ditatorial em ambos, a integração Argentino-Brasileira culminou na assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, em 29 de novembro de 1988. O intuito era o de construir um espaço econômico comum, a partir da elaboração de políticas conjuntas e da eliminação de barreiras tarifárias.

Posteriormente, uniram-se aos esforços destes dois países o Paraguai e o Uruguai, com a assinatura do Tratado de Assunção em 26 de

---

1. Não se pode olvidar também dos esforços anteriores de integração empreendidos pelos demais países sul-americanos, com a criação da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) e da Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

março de 1991. Tal documento previu a criação progressiva de um Mercado Comum do Sul – o Mercosul, que possui como escopo a aceleração dos processos de desenvolvimento econômico de seus Estados-partes, com justiça social, e a inserção destes no cenário internacional, utilizando como instrumento a integração regional<sup>2</sup>. Ressalte-se que, desde 31 de julho de 2012, a Venezuela foi também oficializada membro do Mercosul.

Mais de 20 anos após a sua criação, substanciais resultados foram produzidos. Fator de estabilidade na região e de incremento do fluxo comercial entre seus participantes, apenas entre 2002 e 2008 o comércio entre o Brasil e os países do bloco econômico sul-americano passou de US\$ 8,9 bilhões para US\$ 36,6 bilhões<sup>3</sup>. Ademais, o Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul (FOCEM) vem contribuindo sistematicamente para o desenvolvimento social da região, financiando projetos que promovem melhorias na infraestrutura urbana, o apoio a pequenas e médias empresas e a reforma de escolas públicas.

Como não poderia deixar de ser, eventualmente surgem controvérsias entre os Estados-partes de um bloco econômico de tal monta, sobretudo em relação a assuntos comerciais. Contribuem para estes conflitos de interesses a disparidade econômica existente entre os membros do grupo e a instabilidade político-financeira que ainda permeia a região. Diante de tal fato, o Mercosul desenvolveu mecanismos para a solução de controvérsias, disciplinados atualmente pelo Protocolo de Olivos.

O objeto do presente estudo é analisar o arcabouço normativo que rege a solução de controvérsias, bem como analisar os métodos de interpretação e aplicação do direito comunitário, com base em entendimentos já esposados pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Haverá também a exposição de cada etapa da atual sistemática adotada pelo bloco, com ênfase em seus aspectos jurisdicionais.

Ressalte-se que o Protocolo de Olivos prevê também a possibilidade da apresentação de reclamações de particulares na Seção Nacional do Grupo Mercado Comum do Estado-parte em que tenha sua residência

---

2. De acordo com o preâmbulo do Tratado de Assunção.

3. Fonte: Balanço de Política Externa 2003/2010, realizado pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/balanco-de-politica-externa-2003-2010/1.1.2-america-do-sul-mercosul/view>>. Acesso em: 11 de setembro de 2012.

habitual ou a sede do negócio; todavia, tal procedimento não faz parte do objeto deste trabalho.

## **2. NOÇÕES GERAIS SOBRE O SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL**

O primeiro esforço dos Estados-partes em criar mecanismos efetivos para a solução de conflitos foi o Protocolo para a Solução de Controvérsias no Mercosul (mais conhecido como Protocolo de Brasília), assinado em 17 de dezembro de 1991.

De acordo com o documento, os Estados envolvidos no conflito deveriam inicialmente passar por uma fase de negociações diretas, no intuito de resolver a controvérsia de diplomaticamente. Após esta fase, haveria a intervenção do Grupo Mercado Comum, por meio de recomendações direcionadas às partes. Apenas após estes procedimentos a arbitragem seria utilizada, por meio da convocação de Tribunais Arbitrais *Ad Hoc*<sup>4</sup>. Logo, tratava-se de um *iter* composto por três fases necessárias.

Em atenção às falhas dos mecanismos e procedimentos previstos no Protocolo de Brasília, foi assinado o Protocolo de Olivos em 18 de fevereiro de 2002, cuja entrada em vigor ocorreu apenas em janeiro de 2004. Trata-se de uma tentativa de aprimoramento do sistema, sobretudo em seus aspectos jurisdicionais e procedimentais, visando à garantia de uma maior segurança jurídica para os envolvidos. Configura também um avanço rumo à criação de um sistema permanente para o Mercosul, muito embora o Protocolo de Olivos mantenha a característica da transitoriedade presente na sistemática anterior: seu art. 53 prevê que, antes da criação da Tarifa Externa Comum, os membros do bloco reavaliarão o atual sistema de solução de controvérsias e adotarão um sistema permanente.

A sistemática atual possui um caráter misto, prevendo meios puramente diplomáticos (negociações diretas e intervenção do Grupo Mercado Comum) e meios jurisdicionais (arbitragem). Além disso, já na fase arbitral, é permitido aos Tribunais decidir a desavença com base em princípios de equidade (*ex aequo et bono*).

---

4. Os Tribunais Arbitrais Ad Hoc serão tratados com mais profundidade alhures.

## 2.1 Conceito de controvérsia, no âmbito do Mercosul

De acordo com o eminente jurista e doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli, o conceito de controvérsias internacionais foi exposto primeiramente em 1924 pela Corte Internacional de Justiça (MAZZUOLI, 2009, p. 913). De acordo com esta, controvérsia internacional é todo desacordo existente sobre determinado ponto de fato ou de direito; em outras palavras, é todo conflito de interesses entre dois Estados ou Organizações Internacionais. O conflito pode conter a mais diversa ordem de assuntos (possuindo natureza econômica, política, cultural, científica, religiosa, etc.). Logo, não se trata apenas do desentendimento grave entre Estados ou Organizações Internacionais, como as guerras, mas se refere também a assuntos mais simplórios, como a interpretação de alguma cláusula de um tratado internacional<sup>5</sup>.

Com efeito, em atenção à matéria que diz respeito especificamente ao âmbito do Mercosul, o Protocolo de Olivos disciplina, em seu art. 1.1, que as controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no referido documento, expostos a seguir.

## 2.2 Negociações diretas

O Protocolo de Olivos prevê como primeira etapa para a solução de conflitos entre Estados-partes a negociação direta. Não se trata, pois, de mera faculdade dos envolvidos no conflito, mas de fase necessária para que eventual procedimento de arbitragem seja acionado.

A principal característica desta instância diplomática é o forte diálogo travado entre os membros em conflito e os esforços destes para alcançarem uma resposta pacífica que satisfaça a todos os envolvidos, criando um ambiente relativamente amistoso. Outra característica de grande importância é que não se exige aqui uma aplicação ferrenha do Direito; em outras palavras, os Estados podem encontrar um denominador comum que não necessariamente traduza alguma norma jurídica

---

5. Cf. caso *Mavrommatis* (1924), da Corte Internacional de Justiça, série A, nºs 2 a 13.

específica ou até mesmo que viole alguma consequência jurídica prevista. O que se busca é precipuamente a satisfação das partes envolvidas na controvérsia.

De acordo com Hildebrando Accioly<sup>6</sup>, a materialização das negociações diretas podem se dar de diversas maneiras: a) quando as partes, por meio dos seus órgãos diplomáticos, fazem concessões mútuas (transigência) a fim de chegar a uma solução justa para seu conflito; b) quando uma parte renuncia (desiste) de prosseguir o direito que pretendia; c) quando uma parte reconhece (aquiescência) as pretensões da outra.

Em suma, é um meio simples, direto e informal que os Estados dispõem para resolver a desavença.

### **2.3 Intervenção do Grupo Mercado Comum**

Em apertada síntese, o Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão executivo do Mercosul, responsável por velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, bem como dos Protocolos e Acordos firmados em seu âmbito.

Diferente da fase de negociações diretas, o Protocolo de Olivos prevê que a intervenção do Grupo Mercado Comum (GMC) é facultativa e depende do acordo entre as partes neste sentido, visando agilizar a solução do conflito (art. 6º). Faculta-se também a qualquer outro Estado-parte invocar a intervenção do GMC.

Caberá ao GMC proceder a uma avaliação do caso, dando oportunidade às partes para expor suas respectivas posições. Poderá requerer, quando considere necessário, o assessoramento de especialistas sobre a matéria versada. Por fim, o GMC formulará recomendações, sempre que possível de maneira expressa e detalhada, visando à solução da divergência.

Convém destacar que, como mencionado, a intervenção do GMC é facultativa. Logo, se as negociações diretas não obtiverem sucesso, qualquer dos Estados-partes envolvidos na controvérsia poderá iniciar diretamente o procedimento arbitral, dispensando a etapa da intervenção.

---

6. ACCIOLY, Hildebrando apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira, 2009, p. 918.

## 2.4 Arbitragem

### 2.4.1 *Tribunal Arbitral Ad Hoc*

Caso o conflito perdure, será instaurado um Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, cuja sede será fixada em cada caso (o órgão não possui sede fixa, sendo criado sempre que necessário especificamente para decidir determinada controvérsia). É formado por três árbitros<sup>7</sup>, os quais devem ser juristas de notória competência naquela matéria. Cada país envolvido na controvérsia deve escolher um árbitro para fazer parte do Tribunal, enquanto o terceiro necessariamente será de nacionalidade distinta (árbitro presidente). Se não houver indicação de árbitro por uma das partes dentro do prazo estipulado para tanto (15 dias), cumpre à Secretaria Administrativa designá-lo em um prazo de dois dias, por sorteio dentro da lista geral de árbitros.

A nomeação do terceiro árbitro, por sua vez, será de comum acordo entre as partes, mas, não havendo consenso, a Secretaria Administrativa irá designá-lo igualmente por meio de sorteio<sup>8</sup>.

De outra banda, se a controvérsia puder ser resolvida também no âmbito da Organização Mundial de Comércio (OMC) ou de outro sistema internacional de que sejam membros os Estados envolvidos, podem eles optar por se submeter a um ou outro foro. Em regra, a escolha cabe à parte demandante, mas nada impede que os Estados entrem em comum acordo a respeito da matéria.

Neste sentido, o Protocolo de Olivos determina que, uma vez iniciado o procedimento no foro escolhido, as partes não poderão recorrer a outro mecanismo de solução de controvérsias em relação ao mesmo conflito. Portanto, a escolha do foro possui caráter excludente. A medida, que é uma inovação do Protocolo de Olivos, busca evitar a prática do que a doutrina processualista chama de “fórum shopping”: a possibilidade de escolha, pelo demandante, de uma jurisdição apenas por lhe ser mais conveniente. Do contrário, haveria também a possibilidade de

---

7. Cada um dos Estados-partes deve indicar doze árbitros para compor uma lista que ficará registrada na Secretaria Administrativa do Mercosul.

8. Além da lista geral de árbitros, cada Estado-parte deve indicar também quatro candidatos para integrar a lista de terceiros árbitros. Pelo menos um destes quatro candidatos não deverá ser nacional de nenhum dos membros do Mercosul.

uma duplicidade de foro, fazendo com que a mesma controvérsia fosse julgada por órgãos diferentes e gerasse decisões conflitantes<sup>9</sup>.

Insta salientar que os países em conflito são obrigados a determinar circunstanciadamente o objeto da controvérsia, o qual não poderá ser alterado ou ampliado posteriormente. As partes prestarão informações ao Tribunal Arbitral acerca das instâncias cumpridas anteriormente e do progresso obtido nestas, fazendo uma breve exposição dos fundamentos de fato e de direito de suas respectivas posições. Será garantida ampla oportunidade de manifestação das partes, que podem também designar assessores para a defesa de seus direitos.

Um aspecto interessante é que as partes podem solicitar que sejam determinadas medidas provisórias apropriadas pelo Tribunal *Ad Hoc*, nos casos em que haja presunções fundadas de danos graves e irreparáveis a uma das partes. Estas medidas, pois, assemelham-se à antecipação de tutela e às medidas cautelares previstas no Direito brasileiro.

Após o Laudo Arbitral ser proferido pelo Tribunal *Ad Hoc*, o seu não cumprimento permite a adoção de medidas compensatórias pelos demais Estados-partes, no intuito de que as determinações do Tribunal sejam integralmente cumpridas.

Destarte, as partes na controvérsia podem lançar mão de recurso declaratório em face do Laudo prolatado, muito semelhante aos embargos de declaração previstos no Direito brasileiro. O recurso deve ter como objetivo a correção de um erro material, o esclarecimento de qualquer expressão obscura (sem alterar substancialmente a decisão objeto do recurso) e a supressão de alguma omissão na qual o Tribunal tenha incorrido (ausência de análise acerca de alguma pretensão deduzida em litígio), devendo ser julgado pelo próprio Tribunal *Ad Hoc*.

---

9. A duplicidade de foro, inclusive, aconteceu no âmbito do Mercosul, ainda sob a égide do Protocolo de Brasília. A controvérsia envolvendo a reclamação feita pelo Brasil sobre a aplicação de medidas antidumping, aplicadas pela Argentina, contra a exportação de frangos inteiros (provenientes do Brasil) foi submetida ao sistema arbitral do Mercosul e ao da OMC, sendo proferidas duas decisões distintas e opostas sobre a mesma matéria. Percebeu-se, então, que a possibilidade de existir dupla jurisdição enfraquece o processo de integração do Mercosul e é causador de um ambiente jurídico instável. Cf. LOUREIRO, Patrícia (2003, p.3).

### 2.4.2 Tribunal Permanente de Revisão

A principal inovação trazida pelo Protocolo de Olivos, em relação ao Protocolo de Brasília, foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão (TPR). Estabelece o art. 17 do referido documento que qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ao TPR, em prazo não superior a 15 dias, contados a partir da respectiva notificação. Percebe-se, portanto, que foi agregado um órgão jurisdicional aos Tribunais Arbitrais, compondo uma espécie de duplo grau de jurisdição.

O TPR é composto por cinco árbitros permanentes. Cada Estado-parte designará um árbitro e seu suplente para atuar no tribunal pelo período de dois anos; este período pode ser renovado por, no máximo, duas vezes consecutivas. O quinto árbitro será designado pelo período não renovável de três anos (salvo acordo em contrário dos membros do Mercosul) e será escolhido por unanimidade dos Estados-Partes<sup>10</sup>.

A inovação busca precipuamente garantir a segurança jurídica e estabilidade no âmbito do Mercosul, por meio da uniformização de sua jurisprudência: agora, há um órgão hierarquicamente superior que pode servir de parâmetro para os Tribunais *Ad Hoc* e que pode confirmar, alterar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões objeto do recurso de revisão, impedindo a permanência de decisões contraditórias emanadas por Tribunais diferentes. Ademais, os Laudos Arbitrais proferidos pelo TPR possuem força de coisa julgada entre as partes, que estão adstritas ao seu fiel cumprimento.

Ainda sobre a matéria, o Protocolo de Olivos estabelece que o objeto do recurso de revisão está limitado a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no Laudo Arbitral questionado. Por este motivo, os Laudos emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono* não são suscetíveis de recurso de revisão.

O Laudo oriundo do TPR também desafia recurso declaratório, o qual já foi, inclusive, objeto de apreciação do órgão e assim definido por ele:

O recurso declaratório é o remédio que se concede às partes para obter que o próprio juiz ou tribunal que ditou uma resolução

---

10. Estes números estão previstos no corpo do Protocolo de Olivos. No entanto, convém notar que, com a recente oficialização da Venezuela como membro integrante do Mercosul, o número total de árbitros permanentes deve ser revisto, de modo a que o novo Estado-parte possa também indicar um árbitro para compor o órgão.



corrija as deficiências materiais ou conceituais que contenha, ou a integre em conformidade com as petições oportunamente formuladas.<sup>11</sup>

Além de sua função recursal, o TPR também exerce a função de instância única: o art. 23 do Protocolo de Olivos estabelece que os Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* podem ser suprimidos nos casos em que as partes, voluntariamente, decidam se submeter ao TPR em única instância. Nestes casos, os Laudos do TPR serão obrigatórios e não desafiam recurso de revisão, possuindo desde a notificação dos Estados envolvidos a força de coisa julgada.

Por fim, há também uma função consultiva, na qual os Estados-partes podem consultar o TPR a respeito de temas relacionados à interpretação, aplicação e cumprimento do conjunto normativo do Mercosul, ressaltando que tais consultas não vinculam o Estado.

### 3. O DIREITO APLICADO À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

#### 3.1 Decisão com base no princípio da equidade (*ex aequo et bono*)

Se as partes assim concordarem, a controvérsia poderá ser decidida por meio da equidade (*ex aequo et bono*), já em fase arbitral.

Caso se opte pelo caminho da equidade, impõe-se aos árbitros que sejam flexíveis, apesar de ainda se pautarem nas normas de Direito e em princípios de ordem pública e bons costumes. Contudo, as disposições legais serão mitigadas, podendo o árbitro amenizar as regras jurídicas e reduzir o seu rigor; o que prevalece é o senso de justiça, a ética e o equilíbrio. Haverá concessões e adaptações legais que levarão em conta as condutas de cada Estado e a realidade vivida por eles; por este motivo, a doutrina, ao se referir ao julgamento com base na equidade, comumente o define como um julgamento pelo bom senso do árbitro.

Segundo o ilustre hermeneuta Chaim Perelman, a equidade visa a reduzir as desigualdades resultantes da justiça formal e opõe-se frontalmente ao formalismo<sup>12</sup>. Para Alípio Silveira, a equidade está intima-

---

11. Trata-se de definição esposada na apreciação do recurso declaratório interposto pela Argentina em face do Laudo Arbitral emitido pelo TPR na controvérsia "Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai" (Laudo Arbitral nº 1/2005).

12. PERELMAN, Chaim apud SZKLAROWSKY, Leon Frejda, 2004, p. 2.

mente relacionada com a noção de justiça, como ideia ou princípio, e não significa julgar contra a lei, mas sim atenuar a dureza da lei<sup>13</sup>.

Assim, em suma, a equidade se caracteriza pela justiça do Laudo Arbitral, levando em conta precipuamente as características e especificidades do caso concreto. Busca-se uma solução que atenda as partes, não sendo necessária a presença de remissões restritas ao direito positivado.

### 3.2 Caráter teleológico da jurisprudência

De acordo com o art. 34.1, os Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* e o TPR decidirão a controvérsia com base no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum e nas Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria.

Por óbvio, os documentos supramencionados não podem conter uma resposta normativa para toda situação fática posta perante os Tribunais do Mercosul. Neste diapasão, salta aos olhos a importância da jurisprudência (sobretudo do TPR, por ser órgão de hierarquia superior) na formação de um arcabouço jurídico completo no âmbito do bloco econômico sul-americano. A jurisprudência, assim, tem o papel de não apenas preencher as lacunas normativas, mas de também consolidar normas jurídicas não previstas nos Tratados e Protocolos existentes<sup>14</sup>. Trata-se do que é mais comumente conhecido na doutrina como construção jurisprudencial do Direito. Bem vinda é a lição do jurista Oriane Dantas de Medeiros:

(...) o Tribunal, ao interpretar o Tratado de Assunção e demais normativas produzidas pelos órgãos do Mercosul, concretiza paulatinamente regras que se integram no ordenamento

13. SILVEIRA, Alípio apud SZKLAROWSKY, Leon Frejda, 2004, p. 2.

14. Exemplo de lacuna jurídica que já foi levada ao TPR diz respeito à ausência de critérios para a aplicação de medida compensatória levada a cabo por um Estado-parte, bem como ausência de parâmetros para a determinação de eventuais excessos cometidos por este Estado. A questão foi objeto do Laudo nº 01/2007 do TPR, que decidiu a respeito da solicitação de pronunciamento sobre excesso na aplicação de medidas compensatórias executadas pelo Uruguai em razão do descumprimento, pela Argentina, do Laudo nº 01/2005.

jurídico da organização. Trata-se do conhecido problema da criação jurisprudencial do direito, que surge de fato no âmbito do Tribunal. Não obstante, o Direito da Integração no Mercosul seja positivado em suas normativas, há possibilidade dele conter lacunas, como qualquer ordenamento jurídico. Em havendo lacunas, a função do intérprete ou julgador é buscar mecanismo de solução com base no próprio sistema jurídico da integração ou nos textos normativos internacionais.<sup>15</sup>

É evidente, nos Laudos Arbitrais, a predominância do uso do método teleológico de interpretação por seus árbitros. Tal método, pois, visa a extrair ao máximo os efeitos e objetivos fixados no Tratado de Assunção no momento de apreciação das controvérsias que lhes são apresentadas, visando a uma solução para o problema que efetivamente atenda os propósitos do Mercosul. Assim, o Tratado constitutivo do grupo é posto como uma espécie de “Constituição” do Mercosul, devendo todas os Laudos Arbitrais se subsumirem a ele.

Segundo o jurista Fausto Quadros, os fins e objetivos não são um adorno dos instrumentos de integração, mas um guia concreto para a interpretação e para a ação. A interpretação das disposições em um conjunto normativo cujo fim é a integração deve guiar-se por este propósito e torná-lo possível. Este critério resulta especialmente pertinente quando são postas situações duvidosas ou quando existem lacunas ou “vazios jurídicos” em parte da estrutura jurídica e faz-se necessário suprir as insuficiências<sup>16</sup>.

Afinal, não poderia ser diferente: os Estados partes do Mercosul uniram-se para concretizar objetivos em comum, consolidados no Tratado de Assunção e no Protocolo de Ouro Preto. Portanto, para que a integração seja alcançada, as soluções oferecidas pelos Tribunais *Ad Hoc* e pelo TPR devem realmente possuir as bases da integração regional como norte interpretativo.

### 3.3 Análise do Laudo Arbitral nº 01/2005, do TPR

Um marco para a construção jurisprudencial do Mercosul é o Laudo Arbitral nº 01/2005, prolatado pelo TPR. Trata-se de um recurso de revisão apresentado pelo Uruguai contra o Laudo do Tribunal Arbitral

15. MEDEIROS, Orione Dantas de, 2011, p.3.

16. QUADROS, Fausto apud de MEDEIROS, Orione Dantas, 2011, p. 2.

*Ad Hoc* de 25 de Outubro de 2005, sobre a controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados Procedentes do Uruguai”, envolvendo a Argentina.

Em poucas palavras, o Laudo versa sobre a interpretação e aplicação do princípio do livre comércio, bem como sobre os parâmetros para a fixação de exceções e restrições a ele<sup>17</sup>. Talvez por se tratar do primeiro Laudo oriundo do TPR, foram registradas importantes considerações jurídicas e hermenêuticas acerca do corpo normativo existente no Mercosul, bem como foram estabelecidas diretivas para futuras soluções de controvérsias no bloco. Insta salientar que foram tomadas como base, pelos árbitros, decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Andina.

Inicialmente, o TPR asseverou que, em caso de arbitrariedade e falta de razoabilidade na análise e valoração de alguma prova, perpetradas por um Tribunal *Ad Hoc*, é cabível também o recurso de revisão e há competência daquele Tribunal para julgá-lo. A arbitrariedade e falta de razoabilidade, contudo, devem estar manifestas no Laudo Arbitral objeto do recurso. Trata-se de um aprofundamento acerca da matéria que é competência do órgão, acerca sobre o que também pode ser considerado como uma “questão de direito” prevista no Protocolo de Olivos.

Com efeito, o art. 14.1 do supramencionado Protocolo determina que o objeto das controvérsias não poderá ser ampliado, devendo permanecer restrito ao quanto aduzido pelas partes nos textos de apresentação e de resposta apresentados ante o Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Para o Tribunal, o objeto que esteja posto de maneira genérica (ou seja, a controvérsia cuja matéria possua um alcance muito amplo e pouco determinado) viola os princípios da especificidade e da não abstração. Toda pretensão litigiosa, ao contrário, deve primar por ambos.

Noutro giro, o TPR adotou no referido Laudo Arbitral a tese do “descumprimento continuado”, baseando-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina. Ocorre que, em tal Tribunal, não raro há casos em que, uma vez introduzida demanda por descumprimento de alguma decisão, o Estado demandado derroga a norma infratora e promulga uma nova, na qual reedita com pequenas modificações o texto considerado ilícito pelo órgão comunitário. Frente a tal anacronismo,

---

17. Por fugir aos objetivos do presente estudo, não iremos nos aprofundar sobre os detalhes fáticos da controvérsia.

criou-se a tese do “descumprimento continuado”, segundo a qual o objeto da persecução comunitária é a conduta infratora em si, perpetrada pelo Estado-membro, independente da forma e do texto normativo em que se encontre. Portanto, resta vedada a prática da revogação de uma lei para a subsequente promulgação de outra idêntica.

O trecho de talvez maior importância em todo o Laudo Arbitral nº 01/2005 refere-se às considerações do Tribunal acerca da aplicação do corpo normativo do Mercosul frente aos princípios e normas gerais do Direito Internacional. O TPR entendeu que, não obstante eles estejam incluídos no Protocolo de Olivos como uma das referências jurídicas a serem consideradas (art. 34 do Protocolo), sua aplicação deve ocorrer apenas de maneira subsidiária (ou, na melhor das hipóteses, de maneira complementar), e apenas quando realmente forem cabíveis no caso concreto.

Assim, as normas genéricas do Direito Internacional nunca devem ser aplicadas de maneira direta e primária, uma vez que o Mercosul diz respeito ao objetivo de integração regional e, portanto, o Direito aplicado ao bloco deve ter suficiente autonomia diante dos outros ramos do Direito. Desconsiderar tal autonomia contribui de maneira negativa ao desenvolvimento da institucionalidade e da normativa do Mercosul. Nas palavras de Alejandro Daniel Perotti, mencionado no Laudo Arbitral, “recorrer a elementos que se situam fora do ordenamento da integração leva o pecado original de desconhecer sua autonomia em relação ao direito nacional e ao direito internacional”<sup>18</sup>.

Em síntese, o TPR firmou o entendimento de que um Tribunal do Mercosul, *a priori*, não pode aplicar normas alheias ao próprio Mercosul para resolver uma controvérsia em seu âmbito.

Finalmente, insta ressaltar que o Laudo Arbitral nº 01/2005, de modo geral, consagra a aplicação do método teleológico de interpretação, exposto anteriormente neste trabalho, como o principal critério para suprir as diversas lacunas existentes no principal texto normativo do grupo sul-americano, o Tratado de Assunção. Consequentemente, evidenciou-se a importância da jurisprudência em efetivamente construir normas não previstas originariamente nos Tratados e Protocolos assinados pelos Estados partes<sup>19</sup>.

18. PEROTTI, Alejandro Daniel apud TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN, Laudo Arbitral nº 1/2005, p. 5. Tradução livre.

19. No Laudo Arbitral nº 01/2005 do TPR, o próprio Tribunal afirma que não existe no Mercosul um corpo legal que estabeleça de maneira clara e concreta os critérios que

## 4. CONCLUSÃO

Levando em conta o quanto exposto neste trabalho, salta aos olhos a importância que as construções jurisprudenciais assumem para a concretização dos objetivos de integração regional perseguidos pelo Mercosul. Ao solucionar as controvérsias existentes entre Estados-partes por meio de uma interpretação teleológica, os tribunais *Ad Hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão contribuem para o efetivo cumprimento do Tratado de Assunção – documento que constitui a base normativa de todo o grupo sul-americano.

Ademais, o Laudo Arbitral nº 1/2005 do TPR afirmou a prevalência do Direito pertencente ao Mercosul sobre os demais ramos do Direito (seja ele nacional de cada Estado-membro, seja ele internacional) na solução de controvérsias. Ao fazer isso, contribuiu de maneira considerável para a independência do Mercosul, para o fortalecimento dos laços institucionais entre seus membros e para a própria confiança na efetividade dos Laudos Arbitrais e do corpo normativo existente.

É possível concluir também que os mecanismos de solução de controvérsias, sobretudo após a criação do Tribunal Permanente de Revisão, caminham inexoravelmente para um sistema com maior coerência e segurança, fundado em sólida jurisprudência. Outrossim, o Tribunal vem demonstrando compromisso para a persecução de uma integração regional concreta e para a criação de um Direito genuinamente *Mercosureño*.

## REFERÊNCIAS

- BAHIA, Saulo José Casali (Org.). *A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Mercosul e na União Europeia*. Paginae Editora: Salvador, 2010.
- FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO (FUNAG). *Integração da América do Sul*. Compilação de textos debatidos em seminário homônimo, ocorrido no Palácio do Itamaraty, Rio de Janeiro, em 23 de julho de 2009. FUNAG: Brasília, 2010.
- LACERDA, Bruno Amaro. *O Julgamento por Equidade na Lei 9.307/96 (Arbitragem)*. Niterói: Arte & Ofício, 1992. Disponível em: <<http://www.pontojuridico.com/modules.php?name=News&file=print&sid=72>> Acesso em: 11 de setembro de 2012.

---

devem ser analisados para que o princípio do livre comércio possa ser restringido, cumprindo ao Tribunal fixar estes critérios, que devem ser seguidos em Laudos futuros emanados em Tribunais Arbitrais Ad Hoc.

- LOUREIRO, Patrícia. *Duplicidade de Foro no Direito Internacional: a OMC e o Mercosul*. Instituto de Relações Internacionais: Florianópolis, 2003.
- MACHADO, Diego Pereira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito da Integração, Direito Comunitário, Mercosul e União Europeia*. Ed. jusPODIVM: Salvador, 2011.
- MARTINS, Eliane M. Octaviano. *MERCOSUL: O mecanismo de solução de controvérsias sob a égide do Protocolo de Olivos*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 70, nov 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6846&revista\\_caderno=19](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6846&revista_caderno=19)>. Acesso em 11 de setembro de 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3. ed. Revista dos Tribunais: 2008.
- MEDEIROS, Orione Dantas de. 20 Anos de Mercosul. *Breve Análise dos Meios de Solução de Controvérsias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2835, 6 abr. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18845>>. Acesso em: 13 de setembro de 2012.
- MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão. *Laudo Arbitral nº 01/2005 ("Proibição de importação de pneumáticos remodelados Procedentes do Uruguai")*. *Recurso de Revisão Apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral Ad Hoc de 25 de Outubro de 2005*. Disponível na íntegra em <[http://www.tprmercosur.org/pt/sol\\_contr\\_laudos.htm](http://www.tprmercosur.org/pt/sol_contr_laudos.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO BRASIL. Página oficial: <<http://www.itamaraty.gov.br/>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.
- SECRETARIA DO MERCOSUL. Página oficial: <<http://www.mercosur.int/>>. Acesso em: 10 de setembro de 2012.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Arbitragem por Equidade ou de Direito*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6839>>. Acesso em: 12 de setembro de 2012.





# 15

## A Declaração Universal de Direitos dos Animais como norma de direito internacional ambiental

*Heron José de Santana Gordilho*

Pós-Doutor em Direito Ambiental/ Pace University Law School (NY/EUA). Professor Associado I e Vice-coordenador do PPGD/UFBA. Promotor de Justiça do Meio Ambiente em Salvador

*Daniel Moura Borges*

Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Advogado.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Novas fontes de direito internacional – 3. Princípios e regras de *soft law*: 3.1. Recomendações diretivas; 3.2. Declarações de princípios; 3.3. Programas de ação – 4. As Declarações Internacionais de Direito Animal – 5. Conclusões – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O direito internacional ambiental é o conjunto de princípios e regras que visam a proteção do meio ambiente global e o controle das atividades que, dentro das jurisdições nacionais, podem afetar o meio ambiente de outros Estados, ou áreas além da jurisdição nacional.<sup>1</sup>

Muitos autores discordam da utilização da expressão direito ambiental internacional, por não se tratar de um corpo de normas distintas, com fontes e métodos legislativos próprios, derivados de princípios

---

1. BIRNIE, Patricia; BOYLE, Alan. **International Law and the Environment**, p. 8.

peculiares ou exclusivos do direito ambiental, daí a preferência pela denominação direito internacional ambiental ou direito internacional do meio ambiente<sup>2</sup>.

Inobstante, da mesma forma que expressões como “direitos do mar”, “direitos humanos” ou “direito econômico internacional” foram amplamente aceitas, sem que isto signifique que elas se tornaram uma nova disciplina, utilizaremos neste ensaio a expressão direito internacional ambiental<sup>3</sup>.

Com efeito, as questões como da poluição do mar por óleo ou descargas tóxicas, emissão de gases que danificam a camada de ozônio, o transporte transfronteiriço de resíduos perigosos, a ameaça de extinção de várias espécies, tem tornado o direito internacional ambiental uma das mais importantes matérias jurídicas da atualidade<sup>4</sup>.

O sistema jurídico internacional tem elaborado um conjunto de regras de proteção ao meio ambiente, tanto dentro como fora dos limites da jurisdição dos Estados, e desde o fim da Segunda Guerra Mundial estas questões tem se constituído num dos principais desafios da humanidade, ao lado de problemas como os direitos humanos, o desenvolvimento dos países subdesenvolvidos e o aproveitamento e exploração do espaço externo e das profundezas dos oceanos<sup>5</sup>.

Para o entendimento deste novo campo de estudos, no entanto, é fundamental o estudo das suas fontes, pois se antes os Estados eram o principal centro criador de normas internacionais, no pós-guerra este eixo foi paulatinamente sendo transferido para os organismos internacionais, que passaram cada vez mais a indicar os padrões normativos mínimos sobre questões relacionadas com os direitos humanos e a proteção do meio ambiente<sup>6</sup>.

Inobstante, face a grande diferença de valores culturais entre as diversas nações, nem sempre tem sido possível a celebração imediata de

- 
2. DOUMBÉ-BILLÉ, Stéphane. et al. **Droit International de L'Environnement**. Buxelles: Larcier, 2013. p.37.
  3. CRETTELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.64.
  4. Idem.
  5. DUPUY, Pierre-Marie. Soft Law and the International Law of the Environment. **Michigan Journal of International Law**. Vol.12. p.420-435. Winter of 1991. P.420-421.
  6. ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.697.

tratados multilaterais de proteção ao meio ambiente. Diante dessa realidade, os documentos de *soft law*<sup>7</sup>, tais como as declarações, recomendações, acordos de cavalheiros, planos de ação e outros, tem permitido que os Estados participem dessas negociações sem que se obriguem imediatamente com os princípios e regras neles inseridos.<sup>8</sup>

Assim, a primeira parte deste ensaio pretende esboçar um breve resumo histórico da evolução do direito internacional do meio ambiente, a partir da identificação dos principais documentos elaborados pelas instâncias internacionais para a proteção do meio ambiente global.

Em seguida, a partir das disposições do artigo 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ), será oferecida uma análise das fontes primárias e auxiliares do direito internacional do meio ambiente, quando serão apresentadas as principais controvérsias teóricas sobre a natureza jurídica desses institutos.

Por fim, tendo em vista que o rol previsto no artigo 38 do Estatuto do TIJ não é taxativo, tentaremos demonstrar a emergência de novas fontes do direito internacional do meio ambiente, especialmente os princípios e regras de *soft law* emanados de atos unilaterais dos Estados, de organizações internacionais ou de instâncias jurídicas não personalizadas, como as conferências internacionais, que a exemplo do que ocorreu na esfera dos direitos humanos, vem se consolidando como verdadeira fonte autônoma de direito internacional do meio ambiente.

## 2. NOVAS FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL

Tendo em vista que a enumeração das fontes prevista no art.38 do Estatuto do TIJ não é taxativa,<sup>9</sup> é possível identificar novas fontes de

---

7. Segundo Antônio Cabral de Moncada. **Curso de Direito Internacional Público**, p.102: “ Para designar este tipo de regras a doutrina usa a expressão “ soft law” entre outras, já empregue por Lond McNair há mais de 50 anos para assinalar aqueles preceitos convencionais que aprovam directivas genéricas de comportamento, em vez de disciplinarem comportamentos específicos. Afigura-se que esta expressão pode ser traduzida por direito brando, ou ainda e de preferência por direito verde, que indicia a probabilidade de essas regras se transformarem em direito mais consistente ou maduro.”

8. MENEZES, Wagner. **A “soft law” como fonte do direito internacional**, p.73.

9. Para J F Rezek. **Direito internacional público**, p. 132: “ Poder-se-ia debitar esta omissão à circunstância de que o rol foi originalmente lavrado em 1920, quando apenas começava a era das organizações internacionais, e copiado – sem maior ânimo de aperfeiçoamento ou atualização – em 1945.”

direito internacional, tais como os atos unilaterais, que se manifestam através de declarações de vontade emitidas pelos Estados, isoladamente ou em conferências internacionais, ou mesmo por organizações inter-governamentais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a UNESCO, que desempenham mais que um papel nominal na formação do direito internacional, podendo funcionar muitas vezes como verdadeiras fontes autônomas.

Para muitos autores estas novas fontes de direito internacional retiram seu fundamento de validade dos costume ou dos tratados internacionais (Quadri), funcionando mais como instrumento de integração (Chaumont), embora outros vejam nelas simples atos de execução (Delbez),<sup>10</sup> a saber:

### ***Atos internacionais unilaterais***

#### a) Atos internacionais unilaterais dos Estados

Decorrente do princípio geral de direito segundo o qual os Estados podem assumir voluntariamente obrigações, renunciar e precaver direitos, muitos autores acreditam que esses atos são normas gerais<sup>11</sup>, já que a falta de conteúdo normativo está presente também em muitas convenções internacionais, que possuem apenas conteúdo contratual.

Para outros, no entanto, esses atos não passam de atos jurídicos, especialmente quanto aos atos de notificação, protesto, renúncia ou reconhecimento, ainda que as leis e decretos de um Estado, como os que delimitam a extensão de seu mar territorial ou de sua zona econômica exclusiva possam ser invocados por outros Estados<sup>12</sup>.

Embora os efeitos obrigacionais particulares desses atos possam ser levados em consideração pelos TIJ, eles entram no sistema mais como instrumento de integração ou meios de prova das fontes primárias tradicionais.

---

10. MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, p.290: “ Não interessa a questão de sabermos se são fontes do segundo ou terceiro grau. A questão realmente importante nesse assunto consiste em sabermos se são ou não normas jurídicas pelas quais os Estados devem pautar a sua conduta e , neste sentido, a resposta é afirmativa. Deste modo, os atos unilaterais são fontes do DI.”

11. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.154.

12. Um ato unilateral do estado brasileiro, especificamente o Decreto Imperial 3749/1886, abriu o rio Amazonas para a navegação comercial internacional.

b) Atos internacionais unilaterais de instâncias não personalizadas

São atos unilaterais coletivos proclamados sob a forma de conclusões ou declarações por instâncias desprovidas de personalidade jurídica, como as conferências internacionais, que visam harmonizar interesses comuns e adotar meios uniformes em questões internacionais<sup>13</sup>.

Inobstante, como essas instâncias não possuem personalidade jurídica, elas não poderiam praticar atos jurídicos em nome próprio, de modo que os seus atos devem ser imputados aos Estados participantes, razão pela qual muitos consideram esses atos negócios jurídicos multilaterais na modalidade convenção simplificada, ou negócios jurídicos unilaterais na modalidade ato coletivo.

Via de regra, essas declarações de vontade dos Estados revelam a intenção de um simples compromisso político, que não podem ser considerados vinculantes para os signatários, embora possam ser utilizadas pelos tribunais nacionais, já que, para Virally<sup>14</sup>, um Estado só pode se recusar a cumpri-la se existir uma justificação de fato e de direito.

c) Atos internacionais unilaterais de organizações intergovernamentais (OIGs)

Além dos atos praticados para o funcionamento dos seus próprios serviços, as OIGs também dirigem exortações aos Estados-membros para que adotem certos comportamentos, medidas ou programas<sup>15</sup>.

Convém desde logo advertir que o Conselho de Segurança da ONU, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a União Europeia (UE) e as organizações intergovernamentais especializadas podem, de forma limitada, editar resoluções obrigatórias para os Estados-membros<sup>16</sup>.

---

13. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.203.

14. MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, p.302: Pode-se recordar que algumas decisões de tribunais internos (EUA, Japão, Itália) têm invocado resoluções da ONU. Para Bedjaoui a resolução se aproxima " de um direito transitório, uma espécie de pré-direito que põe fim ao direito antigo e precede o novo direito".

15. CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.393.

16. MACHADO, Diego Pereira. **Direito da União Europeia**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.107.

Com efeito, o Conselho de Segurança da ONU pode editar normas obrigatórias, por exemplo, em virtude da Convenção de Genebra de 1977 sobre a proibição da utilização de técnicas de modificação do meio ambiente para fins militares ou qualquer outra hostilidade, vez que o seu artigo 5º permite que qualquer Estado que possuir razões para acreditar que um outro esteja violando estas normas venha registrar uma reclamação, que após investigada pode resultar na instalação de um processo litigioso, nos termos dos artigos 36 e 37 da Carta das Nações<sup>17</sup>.

Já a OCDE, que é uma organização dos Estados industrializados de economia de mercado, tem ampla competência para tomar decisões obrigatórias para seus membros no campo da proteção ambiental, especialmente no que se refere a execução de seus objetivos<sup>18</sup>.

Inobstante, como esta organização é primordialmente uma agência de estudos e consultas, decisões obrigatórias só são tomadas quando não afetam significativamente a soberania dos Estados, e via de regra se limitam a trocas de informações e aceitações mútuas de dados sobre cotas de produtos químicos, ou ainda a instituição dentro da própria OCDE de uma agência de energia nuclear como órgão multilateral de consulta e fiscalização de depósitos marinhos de lixo radioativo.

A Comunidade Europeia também pode editar normas obrigatórias para seus membros, através de resoluções vinculantes para todos os seus membros, ou diretivas vinculantes para cada Estado atingir um determinado resultado, embora estas regras não imponham os meios e métodos, que ficam sob o controle dos próprios Estados.<sup>19</sup>

Com efeito, os regulamentos previstos no tratado da Comunidade Europeia se constituem em direito imediatamente aplicável (*self executing*), sem necessidade de nenhum ato de ratificação de direito interno, tendo inclusive força ativa para revogar e modificar as leis internas, e resistência passiva para não serem revogados nem modificados pela lei interna<sup>20</sup>.

---

17. CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.480.

18. Para mais informações: < <http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

19. KISS, Alexandre. **Droit international de l'environnement**, pp. 61-3.

20. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**, pp.903-904.

Também os atos unilaterais provenientes de organizações especializadas como a Assembléia Geral da OMS<sup>21</sup> no combate de certas doenças são fontes imediatas semi-legislativas de alcance universal e, face aos preceitos do seu tratado constitutivo, são vinculantes mesmo para os Estados que não participaram na sua definição, salvo para aqueles que expressamente apresentaram reservas.

### 3. PRINCÍPIOS E REGRAS DE *SOFT LAW*

Desde o início do século XIX as conferências internacionais têm adotado princípios e regras de *soft law*, através de resoluções não-obrigatórias endereçadas aos Estados, tanto na forma de recomendações ou declarações de princípios, como as das conferências de Estocolmo e do Rio de Janeiro e as do PNUMA (Vancouver, 1976; Mar del Plata, 1977; Nai-róbi, 19878), quanto na de comunicados conjuntos, atas, códigos de conduta ou acordos de cavalheiros, o que tem causado um forte impacto no direito internacional do meio ambiente.

Em verdade, os princípios e regras de *soft law*, fruto de um compromisso entre os que querem uma regulação definitiva e os que não a querem,<sup>22</sup> via de regra, assumem a forma de recomendações diretivas, programas de ação ou declarações de princípios.

Convém salientar que a criação desses documentos na esfera internacional guarda uma certa semelhança no direito interno com as normas constitucionais programáticas<sup>23</sup>, que impõem algumas projeções de comportamentos a serem efetivados progressivamente, dentro do quadro de possibilidades do Estado e da sociedade, através de disposições indicadoras de fins a serem alcançados ou da fixação de programas de ação para o poder público, tal como ocorre com o dispositivo constitucional que consagra a função social da propriedade.

Sem embargo, não se pode negar que as normas programáticas têm valor jurídico idêntico às demais normas constitucionais, e, para muitos autores, elas são vinculativas e contribuem para o sistema através de

---

21. CRETELLA NETO, José. **Teoria Geral das Organizações Internacionais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.377-379.

22. MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, p.45.

23. NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional**: um estudo sobre a soft law. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.101.

princípios, fins e valores que fazem nascer o direito subjetivo negativo de se exigir do poder público a abstenção em praticar qualquer ato que seja contrário aos seus ditames. Além disso, elas revogam todos os atos normativos contrários aos seus princípios, quando estes forem anteriores, e produzem inconstitucionalidade, quando posteriores<sup>24</sup>.

Como vimos, os princípios e regras de *soft law* são documentos declaratórios provenientes de foros internacionais sem caráter de obrigatoriedade e que não vinculam os Estados ao cumprimento expresso de seus dispositivos, de modo que sua inobservância ou violação não ensejam a submissão a instâncias jurisdicionais internacionais.<sup>25</sup>

Como adverte Cantarelli, embora existam interesses comuns e convergentes entre os Estados na denominada sociedade internacional, o individualismo fundado no conceito de soberania tem sido um fator de conflito, cujo efeito desagregador tem dificultado a convergência dos interesses comuns que poderiam constituir não uma simples sociedade, mas uma verdadeira comunidade internacional.<sup>26</sup>

Inobstante, enquanto os princípios e regras provenientes das fontes normativas clássicas, especialmente o costume e as convenções internacionais, são considerados *hard law* por virem acompanhadas de sanções que muitas vezes os tornam efetivos, as fontes normativas que não preveem sanções para o seu descumprimento são denominadas *soft law*<sup>27</sup>.

Estas normas, porém, possuem a dupla função de fixar metas para futuras ações políticas nas relações internacionais e de recomendar aos

---

24. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p.118-22. Segundo Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969*, p. 126-7, "normas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função."

25. MENEZES, Wagner. *A "soft law" como fonte do direito internacional*, p.70.

26. Segundo Margarida Cantarelli, p. 13: "No Direito Internacional, foi reconhecidamente Georg Schwarzenberger o introdutor da concepção formulada por Tonnies. Para aquele, o Direito só pode desenvolver a sua função própria de prover regras racionais de conduta, primeiro, se a sociedade for transformada em comunidade; segundo, se houver um poder coercitivo organizado de modo a impor normas legais ante os membros recalcitrantes.

27. CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.260.



Estados que adequem os dispositivos do seu ordenamento a esses princípios e regras.<sup>28</sup>

### **3.1. Recomendações diretivas**

As recomendações diretivas são atos que as organizações intergovernamentais enviam, por si próprias, para os Estados-membros, para que estes se reservam ao direito de avaliar a situação e decidir se aplicam ou não suas resoluções.

As recomendações das organizações internacionais como a UNESCO, Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização Internacional do Trabalho (OIT), por exemplo, constituem novas fontes do direito internacional não previstas pelo Estatuto do TIJ, e estabelecem novos parâmetros para a criação de normas jurídicas, especialmente em campos como os direitos humanos, a exploração e aproveitamento do espaço e fundo do mar e o direito ambiental.

As recomendações diretivas, que constituem a maioria dos atos pelos quais as organizações intergovernamentais remetem aos Estados para que estes aceitem espontaneamente certas obrigações, são frequentemente escritas em termos gerais e abstratos, de modo que é preciso que elas sejam detalhadas em cada caso concreto pelos órgãos internos destas organizações.

### **3.2. Declarações de princípios**

Diferentemente das recomendações diretivas as declarações de princípios não contemplam ações precisas para serem cumpridas, e se limitam a fixar linhas gerais, e muitas vezes exercem considerável influência no desenvolvimento de novas regras jurídicas e nas decisões tanto no plano internacional quanto no plano interno.

Elas podem ser adotadas e proclamadas em nome da sociedade internacional pelas organizações ou em conferências internacionais, reconhecendo a emergência de novos valores e visando a sua consagração

---

28. SOARES, Guido Fernandes Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**, p. 92.

inicialmente pela sociedade e depois pelo direito, embora muitas vezes seus preceitos possam, num extremo, provocar levantes sociais.<sup>29</sup>

Vejamos o exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembléia Geral da ONU sob a forma de resolução, que tem sido respeitada e observada pelos Estados como verdadeira fonte do direito internacional, muito embora países como a China e outros nem sempre respeitem os seus princípios.

Para muitos publicistas esta declaração integra o direito costumeiro e/ou os princípios gerais de direito internacional, apresentando desta forma força vinculante, mesmo porque já foram incorporadas na maioria das constituições nacionais.<sup>30</sup>

Antonio Moncada, todavia, adverte que mesmo as Declarações aprovadas por unanimidade pela Assembléia Geral da ONU não são capazes de criar um princípio geral de direito, já que nos termos da Carta das Nações, elas possuem a natureza jurídica de recomendações, e são vinculantes apenas para a própria organização, e não para os Estados membros.

Por outro lado, muitas decisões proferidas pelos tribunais nacionais se referem aos princípios gerais do direito como fonte de direito, tendo em vista que nos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações os Estados assumem o compromisso de assegurar o respeito universal e efetivo pelos direitos humanos, de modo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem ao menos o efeito negativo de deslegitimar todos os Estados que sistematicamente violem seus preceitos.<sup>31</sup>

Por certo que os princípios proclamados em declarações internacionais como a Declaração de Estocolmo e a Declaração do Rio ainda não influenciaram a legislação dos Estados da mesma maneira que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora declarações de princípios com objetivos mais limitados como a Carta Europeia da Água e a

---

29. KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. **Droit International de l'Environnement**. p.112.

30. Sobre as declarações de Estocolmo e do Rio, Guido Soares, *Direito internacional do meio ambiente*, p. 200: “ De nossa parte, preferimos considerar ambas as Declarações como uma notável consolidação de princípios gerais de direito, não tanto pelo fato de terem sido adotadas pelos Estados durante uma conferência especial *ad doc*, ainda que sob a égide da ONU... mas por seu conteúdo e finalidade.”

31. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 152.

Recomendação da OCDE de 1974, que contém princípios sobre a poluição transfronteiriça, assim como os princípios de conduta declarados pela UNEP em 1978, tenham orientado os Estados na criação de várias normas vinculantes.

Seja como for, saber se as declarações adotadas através de resoluções da Assembléia Geral da ONU, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, a Declaração sobre a Soberania Permanente sobre recursos Naturais de 14 de dezembro de 1962 ou a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, são fontes de direito internacional, ainda continua a ser uma questão controversa.

Muitos autores procuram identificar as Declarações da Assembléia Geral da ONU com as outras fontes de DIP, como as convenções, costumes, princípios gerais de direito, atos unilaterais coletivos ou atos unilaterais singulares.

Com efeito, nos parece, que embora em princípio elas não possam ser consideradas fontes autônomas, essas declarações delimitam o âmbito de possibilidade do novo direito, identificando as suas diretrizes de evolução, exercendo uma grande influência na formação dos costumes ou na celebração de convenções, além de vincularem os organismos que as elaboraram nas suas relações com os Estados membros, desempenhando, muitas vezes, a função de fonte material ou direta qualificada.<sup>32</sup>

Em verdade, organizações internacionais de governo como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Comissão Internacional de Baleias (IWC), a CITES e o Conselho Europeu (CE) têm dado importantes contribuições à causa ambiental ao redor do mundo, oferecendo à comunidade internacional estruturas de autoridade necessárias para a proteção do meio ambiente, embora elas não tenham ainda se envolvido diretamente na defesa de um dos mais importantes movimentos sociais da atualidade, o movimento pelos direitos dos animais.

Com efeito, a UNESCO teve a oportunidade em 1978 de adotar a Declaração Universal dos Direitos dos Animais elaborada pela Liga Internacional pelos Direitos dos Animais, mas se recusou a fazê-lo, muito

---

32. MONCADA, Antonio Cabral de. **Curso de Direito Internacional Público**, p.352-353.

embora esta ONG tenha cooperado na elaboração do texto da CITES, em 1973.<sup>33</sup>

### 3.3. Programas de ação

Os programas de ação são dirigidos às próprias organizações que os elaboram, estabelecendo atividades que devem ser empreendidas num determinado período de tempo, a exemplo do Plano de Ação para o Meio Ambiente Humano adotado pela conferência de Estocolmo de 1972, composto de 109 recomendações, umas dirigidas aos governos e outras às organizações internacionais.

Outro exemplo é a Agenda 21, composta de quarenta capítulos agrupados em quatro seções, que estabelecem uma lista de prioridades como o desenvolvimento sustentável, combate à pobreza, proteção da saúde humana, administração da água e dos resíduos e a poluição, cuja execução será acompanhada pela Comissão para o Desenvolvimento Sustentável subordinada aos Conselho Econômico e Social (Ecosoc) da ONU, com eventuais financiamentos do Fundo Ambiental Global (GEF).

## 4. AS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITO ANIMAL

Como vimos, o desenvolvimento do direito internacional ambiental não tem que necessariamente ser lento, embora o seu progresso dependa da boa vontade dos Estados em recorrer as suas fontes, especialmente às novas fontes que constituem princípios e regras de *soft law*<sup>34</sup>.

A velocidade deste desenvolvimento, no entanto, depende não apenas das implicações sociais, econômicas e políticas que os governos devem ponderar em relação às demandas ambientais, mas também da utilidade e segurança das informações científicas sobre as medidas legais necessárias, de modo que muitas vezes os princípios e regras de *soft law* são preferíveis às tentativas de celebrar convenções ou tratados sobre questões que ainda não tenham obtido o consenso dos Estados.

---

33. ALLEN, Don W. **The rights of nonhuman animals and world public order:** a global assessment. *New York School Law Review*, Spring 1983 v 28 n 2, pp 400-1.

34. NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do Direito Internacional:** um estudo sobre a *soft law*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.101.

Com efeito, desde a Conferência de Estocolmo tem sido sublinhado o avanço não apenas das medidas convencionais de proteção ambiental, mas também de novos conceitos e princípios jurídicos que progressivamente colocam em questão as fronteiras tradicionais entre o direito internacional “público” e “privado”, mas também entre o direito nacional e o internacional.

É que a comunidade internacional se estrutura não apenas através de conferências internacionais, comissões, e outros corpos estabelecidos pelos tratados ambientais, mas também através de organizações internacionais que visam a coordenação de medidas multifacetadas, que asseguram, quando apropriadas, uma abordagem mais integrada e compatível com o desenvolvimento sustentável<sup>35</sup>.

A ONU, suas agências especializadas, além de outros corpos interessados, têm no momento desenvolvido um grande número de estratégias que fornecem uma moldura para que os Estados façam um uso criativo das fontes do direito internacional do meio ambiente, quer seja adotando futuras medidas ou criando instituições necessárias à implementação da nova ordem ambiental internacional.

Isto não é tudo, já que o direito ambiental se fundamenta no reconhecimento de novos valores que aparentemente não possuem valor econômico, tais como o ar, a água, as plantas, os animais e seus respectivos ecossistemas naturais, elementos que na visão antropocêntrica não possuem qualquer valor em si.

Os princípios e regras de *soft law* do direito internacional trazem um forte apelo ao direito natural<sup>36</sup>, uma vez que eles não contemplam ações a serem cumpridas imediatamente, limitando-se a fixar linhas gerais que podem influenciar novas regras jurídicas e decisões no plano internacional ou interno. Proclamadas em nome da sociedade internacional por organizações ou conferências internacionais, elas reconhecem a emergência de novos valores, que devem inicialmente ser consagrados

---

35. Tema debatido internacionalmente, sobretudo, depois do Relatório Brundtland de 1987. CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.89.

36. BURGAT, Florence. **Animal Rights and Jus Naturale**. In: CHAPOUTIER, Georges; NOUËT, Jean-Claude. *The Universal Declaration of Animal Rights: Comments and Intentions*. Paris: LFDA, 1998. p.33.

pela sociedade, até que num futuro próximo possam ser reconhecidos pelo direito.

O direito natural está na base conceitual das principais declarações de direitos do mundo moderno, a exemplo da Declaração de Direitos inglesa, de 1689, que ao estabelecer a separação dos poderes nada mais fez do que outorgar uma garantia institucional cuja função é, em última análise, proteger os direitos inatos do homem.<sup>37</sup>

A Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776,<sup>38</sup> que contém as ideias básicas da Declaração de Independência dos Estados Unidos, descreve os seres humanos como “criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.<sup>39</sup>

O mesmo ocorre com a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1787, que, na proclamação de abertura e no parágrafo primeiro, afirma que um dos principais fundamentos do regime democrático é o reconhecimento de “direitos inatos”, que são aqueles que não podem ser alienados ou suprimidos por nenhuma decisão política:<sup>40</sup>

1. Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Este modelo foi seguido pelas declarações de direitos, posteriores, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:<sup>41</sup>

---

37. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88-89.

38. A Declaração de Direitos de Virgínia estabelece: 1. “Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”.

39. *Ibid.* p. 98.

40. *Ibid.* p. 109-112.

41. Segundo BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 100. : “Os direitos individuais, frequentemente denominados de liberdades públicas, são a afirmação jurídica da

Art. 1. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.

Art. 2. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

O mesmo ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1946, pela Organização das Nações Unidas (ONU).<sup>42</sup>

Art. 1. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Outro não foi o caminho seguido pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 1978, na sede da UNESCO, pela Liga Francesa de Direito Animal (LFDA), que dispõe em seu primeiro artigo que: “todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência”<sup>43</sup>.

Em 1989, duzentos anos depois da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em uma conferência realizada na Alemanha, foi aprovada uma outra importante carta de princípios em favor dos animais, a Proclamação dos Direitos dos Animais, que, diferentemente da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, reivindica a total abolição da exploração institucionalizada dos animais.<sup>44</sup>

Com efeito, em seus artigos 1º e 2º, a Proclamação dos Direitos dos Animais afirma que:

---

personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado”.

42. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 235.

43. Para ALLEN, Don W Allen, The rights of nonhuman animals and world public order: a global assessment, *New York School Law Review*, v. 28, n. 2, p. 400-401, Spring, 1983, Embora a LFDA tenha tido uma participação destacada na elaboração da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES), a UNESCO não adotou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais como documento oficial, o que retira muito da sua força simbólica.

44. DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 337-340.

Art.1. O mais elementar princípio de justiça exige que semelhantes sejam tratados igualmente e desiguais sejam tratados de forma desigual. Todas as criaturas vivas devem ser tratadas de forma igual, em respeito aos aspectos em que são iguais.

Art.2. Considerando que os animais, exatamente como os homens, esforçam-se por proteger suas vidas e as de suas espécies, e que demonstram interesse em viver, eles também têm direito à vida. Isto posto, não podem ser classificados como objetos ou semoventes, juridicamente.

Via de regra, essas declarações de direitos são conclusões ou resoluções proclamadas em conferências internacionais por instâncias desprovidas de personalidade jurídica, e ainda muitas vezes elas sejam utilizadas pelos tribunais nacionais, seus princípios e regras são imputados aos Estados participantes como simples compromissos políticos.

Ainda que essas declarações, tecnicamente, sejam simples *recomendações* destituídas de força vinculante, assim como as declarações de direitos humanos, elas independem de sua positivação em constituições, leis ou tratados internacionais, pois tratam de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra os poderes, oficiais ou não.<sup>45</sup>

Para Moncada, nem mesmo as declarações aprovadas por unanimidade pela Assembleia Geral da ONU criam princípios gerais de direito internacionais, pois, segundo a Carta das Nações, elas são vinculantes apenas para a própria organização. Para muitos juristas, no entanto, elas integram o direito costumeiro e/ou os princípios gerais de direito internacional, de modo que possuem força vinculante, produzindo ao menos o efeito negativo de deslegitimar as decisões dos Estados que sistematicamente violem seus preceitos.

Assim, elas constituem princípios e regras de *soft law*, que sendo dotadas de caráter indicativo podem influenciar a criação de futuras convenções internacionais e, até mesmo, a edição de normas constitucionais ou ordinárias, servindo, ainda, para deslegitimar as orientações que lhes sejam contrárias.<sup>46</sup>

---

45. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 227.

46. GORDILHO, Heron. Princípios e regras de *soft law*: novas fontes de direito internacional ambiental. *Revista Brasileira de Direito Ambiental*. São Paulo, p. 129, 2005.



Muitos entendem ser desnecessário recorrer ao direito natural para que os juízes profiram decisões políticas, uma vez que a “carga ética” dessas questões já se encontra presente nos princípios constitucionais que elevam à categoria de obrigação jurídica a realização aproximativa de ideais morais.<sup>47</sup>

De fato, com a superação do jusnaturalismo e com o fracasso político do positivismo,<sup>48</sup> uma nova hermenêutica jurídica fundada no constitucionalismo pós-positivista, aponta para um “direito de princípios”, que atribui aos valores um importante papel na interpretação constitucional.<sup>49</sup>

Um dos maiores expoentes desta doutrina é Ronald Dworkin que, partindo do contratualismo de Rawls e dos princípios do liberalismo individualista, promove uma crítica rigorosa das escolas positivistas e utilitaristas, as quais acusa de excluir da teoria geral do direito todo e qualquer argumento moral ou filosófico.<sup>50</sup>

Nessa concepção, os direitos não são apenas aqueles que se encontram inseridos no ordenamento jurídico, pois ao lado dos direitos subjetivos, como o direito de propriedade, existem os direitos morais, como o direito à liberdade, e em caso de conflito entre eles, nem sempre deve prevalecer o primeiro, uma vez que os direitos morais podem ser tão fortes que impõem a obrigação moral do juiz em aceitá-los.<sup>51</sup>

Uma argumentação jurídica, por exemplo, que venha sendo desenvolvida lentamente pela doutrina e pela jurisprudência, vai sempre

---

47. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 82.

48. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 325.

49. Para BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Ibid*, esta nova hermenêutica é perfeitamente aplicável ao sistema jurídico brasileiro, uma vez que, ao contrário da maioria dos países, nós temos um controle difuso de constitucionalidade que permite a qualquer juiz exercer a jurisdição constitucional.

50. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. xiv.

51. Para DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. xii: “[...] a teoria dominante é falha porque rejeita a idéia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita” i.

dependem de uma argumentação moral, uma vez que os princípios morais desempenham um papel muito importante no processo de evolução do direito.<sup>52</sup>

Segundo Dworkin, ao defender a separação absoluta entre o direito e a moral, o positivismo acabou por desprezar a distinção lógica entre normas, diretrizes e princípios, submetendo as normas a uma lógica do tudo ou nada.<sup>53</sup>

Hoje, sabemos que é impossível uma separação completa entre o direito e a moral, pois eles encerram conceitos logicamente inseparáveis, assim como ocorre entre os conceitos de pai e filho. É que muitas leis afetam a moralidade pública, da mesma forma que a moralidade exerce uma forte influência nos processos de elaboração e aplicação do direito.<sup>54</sup>

O direito, portanto, não é um simples conjunto de normas, pois ao seu lado existem princípios e diretrizes políticas que, independentemente da origem, se caracterizam pelo conteúdo e pela força argumentativa, de modo que a literalidade de uma norma jurídica concreta pode ser desatendida pelo juiz se estiver em desacordo com algum princípio fundamental.<sup>55</sup>

Além disso, como a lei não pode cobrir todas as hipóteses possíveis, frequentemente os juízes precisam apelar para as noções morais normativas que se encontram inseridas em princípios não previstos pelo legislador, mesmo porque o sistema jurídico contém um imenso jogo de valores que guiam, limitam e influenciam as decisões judiciais.<sup>56</sup>

## 5. CONCLUSÕES

Como vimos, com a superação do jusnaturalismo e o posterior fracasso político do positivismo jurídico, uma nova hermenêutica

---

52. Ibid.

53. Ibid.

54. ROLLIN, Bernard E. *Animal rights and human morality*. New York: Prometheus Books, 1992. p. 109.

55. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 37.

56. ROLLIN, Bernard E. *Animal rights and human morality*. New York: Prometheus Books, 1992. p. 115.

pós-positivista aponta para um “direito de princípios”, que atribui aos valores um importante papel na interpretação constitucional.

Assim, face ao seu caráter meramente indicativo, as declarações de direitos dos animais estabelecem princípios e regras que se reconhecem como moralmente válidos, mas que embora não sejam vinculantes, podem exercer considerável influência, tanto na criação de futuras normas constitucionais ou ordinárias nos Estados-membros na celebração de futuras convenções internacionais ou mesmo em decisões judiciais dos tribunais internacionais.

Por outro lado, ainda que aos Estados seja reservado o direito de avaliar a situação e decidir se os aplicam ou não, não há como negar que esses princípios e regras de *soft law* exercem um papel fundamental no desenvolvimento do Direito Animal Internacional, ao menos para deslegitimar a prática de atos que lhes sejam contrários.

## REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALLEN, Don W. *The rights of nonhuman animals and world public order: a global assessment*. *New York School Law Review*, Spring 1983 v 28 p. 377-429.
- ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BAHIA, Saulo Casali. *Tratados internacionais no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARBOSA, Ruy, *Problemas de direito internacional*. Londres: Jas Trucott and Son, 1916.
- \_\_\_\_\_. *Novos discursos e conferencias*. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARRETO, Tobias. *Sobre uma nova intuição do direito*. In Estudos de direito. Brasília: Senado Federal, Conselho editorial, 2004.
- BEVILAQUA, Clovis. *Direito público internacional: a synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*. T II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.
- \_\_\_\_\_. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.
- BIRNIE, Patricia W. and BOYLE, Alan E. *International Law and the Environment*. New York: Oxford University Press, 1992.
- BURGAT, Florence. *Animal Rights and Jus Naturale*. In: CHAPOUTIER, Georges; NOUËT, Jean-Claude. *The Universal Declaration of Animal Rights: Comments and Intentions*. Paris: LFDA, 1998.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almadina, 1993.
- CANTARELLI, Margarida de Oliveira. *Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- DOUMBÉ-BILLÉ, Stéphane. et al. *Droit International de L'Environnement*. Bruxelles: Larcier, 2013.
- DUPUY, Pierre-Marie. Soft Law and the International Law of the Environment. *Michigan Journal of International Law*. Vol.12. p.420-435. Winter of 1991.
- DUPUY, René-Jean. *O direito internacional*. Trad. Maria Clara Rocha. Lisboa: Arcádia, 1976.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal. Conselho editorial, 2003.
- GORDILHO, Heron. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá. 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KISS, Alexandre and SHELTON, Dinah. *International Environmental Law*. New York: Transnational Publishers, 1991.
- KISS, Alexandre. *Droit international de l'environnement*. Paris: Pedone, 1989.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- MACHADO, Diego Pereira. *Direito da União Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MATOS, Aderbal Meira. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MENEZES, Wagner. *A "soft law" como fonte do direito internacional*. In *Direito internacional no cenário contemporâneo*. Wagner Menezes (org.). Curitiba: Juruá, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Á margem do direito: ensaio de psicologia jurídica*. 1ª Ed. Campinas, SP: Bookseller, 2002.
- MONCADA, Antonio Cabral de. *Curso de direito internacional público*, v1. Coimbra: Almedina, 1998.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e Normas do Direito Internacional: um estudo sobre a soft law*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROLLIN, Bernard E. *Animal rights and human morality*. New York: Prometheus Books, 1992. p. 115.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri, SP: Mandole, 2003
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.



# 16

## **Ensino e qualidade no protocolo de Brasília: uma análise interpretativa do marco comunitário do direito à educação**

**Homero Chiaraba Gouveia**

---

Bacharel em Direito (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA. Contato: pesquisalegal@gmail.com

**Sumário:** 1. Introdução – 2. A importância do conceito de qualidade de ensino – 3. A Constituição Federal como paradigma da qualidade – 4. Educação e qualidade no Protocolo de Brasília – 5. Conclusão – Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

O Setor Educacional do MERCOSUL (SEM) foi estabelecido a partir de um protocolo de intenções assinado em 13 de dezembro de 1991 conhecido como Protocolo de Brasília.

Quando da assinatura do documento pelos países membros, o contexto internacional no âmbito das discussões educacionais era movimentado por uma série de encontros, acordos e tratados internacionais, que levaram os anos 90 a ficarem conhecido no campo das relações internacionais como a década da educação.

O conjunto de ideais desenvolvidos a partir da movimentação dos atores internacionais é compilado através das publicações-chaves, emitidas por entidades como o Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional e as Nações Unidas. Estes documentos visam influenciar as políticas públicas e o posicionamento dos governos nacionais.

Dentro da perspectiva Neoliberal, a educação superior assume grande importância como principal *commodity* dentro da sociedade da

informação<sup>1</sup>. As necessidades do mercado por um determinado tipo de mão de obra que atenda pré-requisitos produtivos e laborais que se enquadrem na necessidade do grande capital – qual seja, um trabalhador produtivo, competente e subserviente - somado às necessidades de expansão do capital, levaram a uma campanha das agências internacionais por reformas nos sistemas educacionais de todo o mundo<sup>2</sup>.

Dentro deste movimento global pela mercantilização do ensino, o Banco Mundial (WB) e o FMI desempenharam papel crucial. A medida que as diversas economias, sobretudo na América Latina (A exemplo do México e do Brasil) pedem socorro monetário ao FMI – na década de 90 – o Banco Mundial entra como avalista destes empréstimos. Contudo, como condição exige uma série de medidas de austeridade fiscal e flexibilização da economia – a exemplo do ocorre atualmente com os países periféricos da Zona do Euro. Assim o WB intervêm nas economias dos países periféricos, estabelecendo condicionalidades funcionais harmônicas com o interesse dos países centrais, persuadindo as sociedades que suas propostas são alternativas únicas, não sendo escolhas, e sim “soluções que emergem do encaminhamento correto dos problemas.”<sup>3</sup>

Não é possível afirmar em que medida as propostas Neoliberais do Banco Mundial influenciaram e ainda influenciam o estabelecimento do MERCOSUL Educacional. Mas é fato que a implementação do setor educacional do bloco acompanha uma tendência mundial de expansão do capital sobre o setor educacional.

No setor educacional essa expansão está presente em uma série de tratados assinados, desde a Declaração de Jontiem (1990), a Declaração de Nova Delhi (1993), Salamanca, Stuttgart, Cartago.

- 
1. Romualdo Porrtela. A transformação da educação em mercadoria no Brasil. **Revista Educação e Sociedade**, Campinas, vol 30, n. 108, p.739-760, out 2009
  2. MARQUES, Carlos Alberto; PEREIRA, Júlio Emílio Diniz. Fóruns das licenciaturas em universidades brasileiras: Construindo alternativas para a formação inicial de professores. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 23, n. 78, Apr. 2002. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302002000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302002000200010&lng=en&nrm=iso)>. access on 12 Sept. 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302002000200010>
  3. BARRETO, Raquel Goulart; LEHER, Roberto. Do discurso e das condicionalidades do Banco Mundial, a educação superior "emerge" terciária. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 39, Dec. 2008. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782008000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782008000300002&lng=en&nrm=iso)>. access on 12 Sept. 2012. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782008000300002>.. P 424



Quanto às políticas educacionais e a própria formatação do Setor Educacional do MERCOSUL, é possível estabelecer forte relação daquelas publicações com os o conteúdo dos documentos normativos emanados pelo bloco. LEHER e BARRETO (2008) analisam algumas destas publicações, relativas ao Banco Mundial.

Através destas ditas *publicações chaves*, apontam os autores, o Banco Mundial (BM) recomenda projetos de expansão do capital sobre diversos setores dos países tidos como “em desenvolvimento”. Posteriormente, através de condições impostas ao aval concedido a países que buscam apoio financeiro junto ao FMI, o BM impõe medidas de austeridade fiscal, infere nas políticas internas e torna os países em bancarrota reféns do capital, obrigando-os a adotar as ideias propagadas por aqueles documentos. Dentre tais ideias estão, entre outras, a descentralização do estado, o livre comércio, e, especificamente na educação, o estabelecimento do Ensino, em detrimento à Educação, assumindo aquele uma função de *commodity*<sup>4</sup>.

O alinhamento de alguns dispositivos emitidos a partir do MERCOSUL EDUCACIONAL com os ideais do neoliberalismo e da globalização – nos moldes defendidos pelos países centrais – é tangível<sup>5</sup>

Por meio deste artigo pretendemos estender um olhar crítico aos posicionamentos adotados pelo Bloco (com notável influência do governo brasileiro), especificamente sob o conceito da **qualidade de ensino**, a fim de verificar como este tema é abordado pelos textos normativos emitidos pelo SEM.

A ideia deste artigo não é produzir uma caça às bruxas meramente ideológica e inarrazoada contra os projetos ditos neoliberais, a despeito do que muito da literatura crítica sobre o tema promove. Ao contrário, a proposta é investigar o conceito de qualidade de ensino construído pelo MERCOSUL, com notável participação brasileira. A questão em fomento

---

4. Idem, ib.

5. Faça-se notar o protocolo de intenções de 13 de dezembro de 1991, assinado na cidade de Brasília, que deu origem ao chamado Setor Educacional do Mercosul, entre as considerações preliminares – vale dizer, as premissas tomadas para a elaboração do documento – consta: que para fortalecer a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção, é fundamental considerar a Educação como elemento dinamizador que permitirá acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social e consolidar o caminho da integração;

que ora se mostra é, afinal, o conceito de qualidade de ensino (e por correspondência do próprio ensino) construído a partir da base regional reflete os ditames da Constituição Federal Brasileira sobre o tema. Afinal de contas, um tratado internacional não é uma carta em branco dada a um chefe de estado para que construa ele o que bem entender, mas os atos diplomáticos do Brasil, tendo em vista os arts. 1 a 4 da CF, precisar estar em acordos com os ditames constitucionais, sob pena de responsabilidade dos agentes governamentais.

Discorrer sobre correntes ideológicas, projetos de globalização e teorias da conspiração pelo governo mundial é de certa forma irrelevante, pois o parâmetro concreto a ser utilizado como paradigma do estudo é a Constituição Federal Brasileira de 1988, tomada tanto como um documento jurídico, mas como um produto cultural, político, histórico e social que representa os desejos e temores da engatinhante nação brasileira.

## 2. A IMPORTÂNCIA DO CONCEITO DE QUALIDADE DE ENSINO

Porque se debruçar sobre o conceito de qualidade de ensino? Para responder esta pergunta, partamos da noção de que o ser humano é o único animal que consegue refletir sobre seu ser, e propor novas maneiras de ser-no-mundo. Através do novo o homem constrói, inova, fabrica, *inter-age* com o meio a sua volta. Como bem definiu Martin Heidegger, “*a pedra não tem mundo, o animal é pobre de mundo e o ser humano é formador de mundo*”. E com isso o filósofo da ontologia conceituou a única força conhecida capaz de desafiar a poderosa lei da entropia<sup>6</sup> universal: a tecnologia humana.

Estar no mundo, portanto, enquanto um ente consciente de sua condição implica em compreensão. E o ser humano é o único animal capaz de compreender a si mesmo enquanto um ser-no-mundo. A partir daí começa sua própria compreensão de mundo, e suas possibilidades

---

6. A Lei da Entropia é a Segunda Lei da Termodinâmica, e aplicada às atuais teorias do Universo, diz respeito à evolução do universo no tempo, verificando-se uma diminuição da quantidade de energia disponível para a realização de trabalho. Isso implica uma limitação no tempo da existência do universo tal como se apresenta, pois o sentido natural das mudanças da natureza é o que origina uma diminuição da qualidade da energia. Teoricamente, o universo seria o único sistema realmente isolado, e como tal, nele, a quantidade de energia útil nunca aumenta. Sobre v. Gasstone, S. **Textbook of Physical Chemistry** - Nova York : D. Van Nostrand Company, 1946.

de interação com o meio que o rodeia parte. Toda experiência humana, promovida através da linguagem, portanto, resulta em pré-compreensão, que condiciona os horizontes através dos quais o ser humano compreende a realidade, e conseqüentemente, formá-la e conformá-la. A este processo chamam os adeptos da hermenêutica filosófica de círculo ou espiral hermenêutica.<sup>7</sup>

O conceito de qualidade de ensino ora tratado, dentro desta perspectiva hermenêutica, correlaciona-se necessariamente com o próprio conceito de ensino, e por correspondência, com o de educação.

Para se ter uma ideia da importância da proposta discussão para as bases jurídicas hermenêuticas, vale apresentar dois pontos de vista que implicam em interpretações diversas do art. 206 da Constituição Federal.

O princípio instituído no artigo 206, VII da Constituição Federal fala da garantia de um padrão de qualidade. Falar de um padrão, contudo pode parecer contraditório, pois carrega a ideia de um mínimo a ser preenchido, de uma conformação a um molde. Clotilde Fagundes chega a dizer que enquanto a educação pública é um dever do estado, a educação privada no sistema educacional ocupa um papel de “escola de opção”: *“já o ensino particular, de iniciativa privada, com o padrão de qualidade constitucionalmente prevista, é privilégio para aqueles que exigem ensino com parâmetro de qualidade mais afinado com suas condições e pretensões sociais.”*<sup>8</sup>

Esta é a interpretação que se admitiu desde a criação do projeto educacional brasileiro, nos anos 30 e foi amplamente utilizada pela ditadura. Nesse paradigma a educação é um elemento de diferenciação social, porque remete à concepção aristotélica de igualdade, onde uns nascem para serem senhores, outros escravos. E os homens – em Aristóteles

- 
7. Sobre o assunto, explica o Professor Antônio Manuel Hespanha: Fiquem nos apenas duas coisas: (i) a ideia de que a interpretação estabelece uma ponte entre entidades móveis ( o significante e o significado, a palavra e a coisa, o discurso e a realidade extradiscursiva), sendo que a própria forma de construir esta ponte depende dos contextos sociais e culturais em que os seus construtores (locutores, leitores e intérpretes) se movem; (ii) a de que esta necessidade de contextualização não se verifica apenas ou sobretudo da parte do autor, mas também e principalmente da parte dos leitores. HESPANHA, Antônio Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias de hoje**. – 2ª ed. – Coimbra : Almedina, 2012, p. 653 - 654
8. DUARTE, Fagundes Clotildes. **Relações de Ensino e o Código do Consumidor** - Leme: Alburquerque Editores Associados, 2003, p. 78.

- devem receber *Dike* na medida de sua desigualdade para que se tornem iguais em justiça: assim, a classe operária deve ser educada para ser classe operária, e a elite deve receber uma educação de elite a fim de garantir a justiça distributiva da sociedade. Essas não podem ser as noções de Justiça ou Educação aceitáveis no Brasil após 1988. Muito menos pode ser uma posição defendida pelo governo Brasileiro nos espaços regionais nos quais se faz presente.

O princípio do padrão mínimo de qualidade, apontado no inciso VII do citado dispositivo (atenção que o caput do artigo dispõe que *o ensino será ministrado...*) é analisado pelo Professor Edivaldo Boaventura como **qualidade interna**, *afetada pelos processos de avaliação, como também pela qualidade externa pela qual o ensino corresponde aos padrões e necessidades da comunidade*<sup>9</sup> (grifos não constantes no original).

Outro posicionamento é do Professor Pedro Demo, que também divide a noção de qualidade em duas, mas classifica-as como forma e política. Qualidade formal diz respeito à habilidade de manejar as coisas do mundo diante dos desafios do desenvolvimento, enquanto a qualidade política relaciona-se à competência do sujeito em fazer história, sendo condição básica de participação<sup>10</sup>. Não se pode ter educação sem que ambas as dimensões sejam atingidas. Note-se que a noção de ensino passa a ser componente de qualidade, e esta, por sua vez, passa a ser pré-requisito para a compreensão de educação. Completa o autor em outra passagem:

Usa-se muitas vezes o conceito de “educação de qualidade” para acentuar seu compromisso construtivo de conhecimento. Pode ser tomado como pleonástico, já que os dois termos se implicam intrinsecamente. Não há como chegar à qualidade sem educação, bem como não será educação aquela que não se destinar a formar o sujeito histórico crítico e criativo.<sup>11</sup>

Os dois posicionamentos apresentados não são completamente incompatíveis entre si, visto que debruçam-se sobre perspectivas diferentes da mesma realidade. Enquanto o primeiro autor manifesta-se através de um viés predominantemente institucional, ao referir-se às noções de qualidade interna e externa (está utilizando simbolicamente os muros da instituição para definir dois conceitos de qualidade na relação educacional com seu

9. BOAVENTURA, Edivaldo. Ensaio sobre a sistematização do direito educacional. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996 p. 34

10. DEMO, Pedro. **Educação e qualidade** – Campinas : Papirus, 1994.,p.14.

11. Idem, p. 16.

público interno e com a comunidade), o segundo autor observa o fenômeno a partir do sujeito dentro da instituição (qualidade formal enquanto saber como fazer e qualidade política enquanto saber para que fazer). Contudo, se tomados isoladamente, encerram interpretações jurídicas diversas que podem resultar em diferentes normas atribuídas ao dispositivo do art. 206 da Constituição Federal.<sup>12</sup>

### 3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO PARADIGMA DA QUALIDADE NOS ATOS DO GOVERNO BRASILEIRO

O conceito de paradigma no pensamento moderno é trabalhado por Ludwig Wittgenstein e Thomas Kuhn<sup>13</sup>. Wittgenstein utiliza o termo paradigma para *“designar porções ou recortes do mundo empírico que têm a função de fundamentar ou justificar outras proposições empíricas, unidades discretas que servem como modelo fixo com o qual comparações possam ser estabelecidas”*.<sup>14</sup> Já na obra de Kuhn o conceito de paradigma assume dois sentidos, um geral, *“como relações de crenças, valores, técnicas, familiaridades etc, compartilhadas pelos membros de uma comunidade científica”*<sup>15</sup>; e um sentido particular, como um conjunto de soluções de problemas concretos.<sup>16</sup>

- 
12. Observe-se que pelo entendimento do Professor Edivaldo Boaventura, a qualidade seria um direito difuso acessório à educação, de forma que a falta de qualidade na escola pública importaria apenas em uma necessidade de reforma e adequação. Enquanto que, dentro do paradigma do Professor Pedro Demo, ainda que houver na localidade escola em funcionamento, sem o critério da qualidade – que como componente necessário da educação, também é um direito subjetivo - não há de se falar em fornecimento do direito à educação básica, incidindo no §2º do art. 208 da CF/88, que prevê responsabilidade ao administrador que falta com a prestação educacional adequada.
  13. “en este ensayo, 'ciencia normal' significa investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior [...]Voy a llamar, de ahora en adelante, a las realizacionesvque comparten esas dos características, 'paradigmas', término que se relaciona estrechamente con 'ciencia normal'.” Kuhn, Thomas **Las estructuras de las revoluciones científicas** – Fundo Cultural Económica: Argentina, 2004
  14. ALMEIDA, João **José Kuhn, Wittgenstain e os paradigmas**. Documento eletrônico. Disponível em: < <http://www.unicamp.br/~joaojose/KuhnWittgensteinParadigmas.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2012, p
  15. Idem, p 1
  16. MARQUES, Alexandre **AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS DE THOMAS KUHN** (1922-1996), Documento eletrônico. Disponível em: < <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/kuhn1.htm>>. Acesso em 15 de junho de 2012.

Diversas correntes teóricas preocupam-se em explicar o fenômeno educacional, com base em diversas escolas do conhecimento. Miuzukami<sup>17</sup> discorre sobre uma série de abordagens do processo ensino-aprendizagem. Tendo como base três grandes ramos das Escolas do Pensamento, a saber: Empirista (primado do objeto); Apriorística (primado do sujeito); e Interacionista (conhecimento como fruto da interação entre sujeito-objeto).

O Direito, contudo, senão a ciência jurídica, mas a jurisprudência, muitas vezes não tem espaços para conjecturas filosóficas profundas quando muitas vezes a vida, a o patrimônio e a própria existência das pessoas encontra-se nas mãos, ou nas cabeças de juízes, administradores e chefes de estados. Daí a importância do maior debate possível a cerca da interpretação das normas, das decisões judiciais e das teorias que concebem a Democracia como um espaço de comunicação, e construção do consenso e controle social através do amplo debate.

No centro deste debate encontra-se a Carta Constitucional de 1988, enquanto produto histórico da sociedade brasileira, revela uma intrigante trajetória jurídica de afirmação do Direito à Educação. De um ofuscado inciso na Constituição Imperial, ganhou o status de microsistema de princípios, regras e garantias. Antes de ser fruto de um debate jurídico promovido entre doutrinadores eleitos pela classe dominante como sacerdotes que revelam suas verdades a partir da mente virtual de um mítico legislador, o Direito da Educação presente na Constituição de 1988, e em Leis que dela diretamente descendem, mostra-se como uma construção histórico-dialética: um intenso trabalho de interpretação e reinterpretação entre atores sociais em busca da efetivação de seus interesses.

Pode-se dizer, portanto, que, no que tange ao aspecto jurídico normativo, a Constituição deve colocar-se como parâmetro balizador, através de uma interpretação sistêmica, a fim de verificar dentre as diversas interpretações possíveis dos temas relacionados à direitos fundamentais e às políticas públicas, quais persistem como interpretações válidas pelos agentes governamentais, e quais devem ser descartadas.

Conceituar o padrão de qualidade de ensino como um paradigma a ser observado na atividade educacional parece a interpretação mais razoável do dispositivo. Esse pensamento segue o contexto de mudança de paradigmas trazido pelo neoconstitucionalismo, compatível com

---

17. Idem, p. 3.

a própria ideia de revolução científica apresentada por Kuhn<sup>18</sup>. Dentro dessa perspectiva o padrão de qualidade deve ser observado a partir do paradigma do máximo existencial<sup>19</sup>, sobretudo na educação, onde a garantia de qualidade deixa de ser uma pretensa mediocridade fornecida pelo Estado para garantir a reprodução do sistema de privilégio de classes através da escola<sup>20</sup>, e passa a significar uma máxima potencialidade de realização da competência humana através da educação – independente da origem social ou da instituição qual se frequenta.

A noção de qualidade enquanto um elemento constitutivo do Direito à Educação, portanto, nas duas dimensões apresentadas pelo Professor Pedro Demo (política e formal), parece ser adequada à uma abordagem jurídica e política do tema. A prestação educacional, enquanto Direito Fundamental e enquanto Política (*policy*) prevista constitucionalmente, coloca-se como meta e prioridade do estado. Além, disso, a atividade educacional enquanto formadora de cidadãos (lembrando-se do conceitos da *Humanitas* romana, da *Paideia* grega e da *Bildung* alemã). Parece razoável pensar, pois, em um conceito de qualidade na educação dentro de um estado que se proclama Republicano e social-democrático o entendimento que a principal qualidade da atividade educacional, a fim de efetivar-se enquanto Direito à Educação, seja a própria realização de seus ideias, tais como construir uma sociedade livre, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>21</sup>

18. “el historiador de la ciencia puede sentirse tentado a proclamar que cuando cambian los paradigmas, el mundo mismo cambia con ellos. Guiados por un nuevo paradigma, los científicos adoptan nuevos instrumentos y buscan en lugares nuevos. Lo que es todavía más importante, durante las revoluciones los científicos ven cosas nuevas y diferentes al mirar con instrumentos conocidos y en lugares en los que ya habían buscado antes. Es algo así como si la comunidad profesional fuera transportada repentinamente a outro planeta, donde los objetos familiares se ven bajo una luz diferente y, además, se les unen otros objetos desconocidos.” Kuhn, T. S. op. cit., p. 176.

19. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Direito à educação de qualidade**. Teses da Faculdade Baiana de Direito. 1 ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1, p. 129-182.

20. O que se esconde por trás do sistema meritocrático é uma instituição escolar que reproduz o privilégio social, através dos currículos impostos aos alunos e modos de avaliação apresentam uma cultura constituída pelos produtos simbólicos socialmente valorizados que emanam dos grupos dominantes, através de uma violência simbólica. Zanten, Agnés van, v. **Elites (formação das)** in Dicionário de Educação. P 304.

21. Estes são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, descritos no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Perceba-se que enquanto o conceito de qualidade formal, ou seja o saber fazer, liga-se ao desenvolvimento da economia nacional e à construção de uma sociedade livre, a ideia de qualidade política (saber para que fazer) é o caminho para a construção de uma sociedade menos desigual e livre da pobreza e da miséria.

#### **4. EDUCAÇÃO E QUALIDADE NO PROTOCOLO DE BRASÍLIA E SEUS POSSÍVEIS EFEITOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

O Setor Educacional do MERCOSUL foi instituído a partir de um protocolo de intenções firmado entre os países membros em 13 de dezembro de 1991, na cidade de Brasília.

O documento tem sua importância intrínseca por representar uma iniciativa inédita no âmbito das relações internacionais na América do Sul. Dentre as premissas adotadas pela carta, é possível notar-se importantes avanços políticos e sociais, consoantes com o período de abertura democrática vivido pelos países protagonistas.

Dentre os diversos pontos colocados nas considerações iniciais estão o reconhecimento da importância da Educação para a integração do bloco, a necessidade de reconhecer a herança cultural e histórica compartilhada pelos povos latino-americanos e, igualmente, de integrar as nações no sentido de uma busca conjunta por solucionar seus problemas, frutos desta mesma herança comum. Em poucas palavras o protocolo de Brasília introduziu no âmbito da Educação à nível regional os conceitos supracitados de qualidade política<sup>22</sup>.

Por outro viés também reconheceu à Educação o condão de promover desenvolvimento econômico e social, buscando a melhoria da qualidade de vida da população através da transformação, da inovação e da produção econômica<sup>23</sup>. Aí encontram-se presentes os elementos de uma qualidade formal, reconhecendo à Educação o papel de formar o ser humano e o cidadão para a excelência em suas relações sociais.

---

22. Que estes povos comprometeram-se ante a História a empreender esforço conjunto que os conduza à prosperidade, ao progresso e ao bem-estar, com justiça social. MERCOSUL. Protocolo de Brasília. 13 de dezembro de 1991. Considerações iniciais

23. Que a Educação, como processo gerador e transmissor de valores e conhecimentos científicos e tecnológicos, além de sua finalidade formadora e produtiva, pode constituir-se em meio eficaz de modernização para os Estados Membros. . MERCOSUL. Protocolo de Brasília. 13 de dezembro de 1991. Considerações iniciais



O protocolo de intenções delimita três áreas de desenvolvimento do projeto do Mercosul Educacional, a saber: formação de consciência social favorável ao processo de integração, capacitação de recursos humanos que contribuam para o desenvolvimento econômico, e integração dos sistemas educacionais. Assim, além de determinarem um microsistema de valores e princípios ao Direito à Educação no âmbito comunitário, também instituem propostas de políticas públicas que, integradas aos sistemas constitucionais dos países membros, podem desenvolver-se como normas de políticas públicas (*policy*) a orientar as políticas internas dos países no campo da Educação.

O Protocolo de Brasília portanto inova no âmbito das relações regionais enquanto um documento que, mesmo não tendo força de tratado, propõe-se a constituir uma densidade jurídica ao Direito à Educação no plano comunitário. Este, ainda que em parco desenvolvimento no MERCOSUL – tanto à época da assinatura do protocolo quanto nos dias atuais – tem o condão de, mesmo não obrigando e vinculando diretamente a atuação dos administradores públicos, servir de marco hermenêutico para a interpretação das normas constitucionais dos países membros.

Outra observação interessante sobre o texto do protocolo diz respeito ao uso do termo *qualidade*. As três vezes que a palavra é citada, é utilizada para referir-se à qualidade de vida, ou à qualidade dos recursos humanos. Neste aspecto, diga-se, não apenas encontra-se o conceito de qualidade da educação colocado por Pedro Demo, como o extrapola. Considerando a qualidade de vida e a qualidade de recursos humanos como alguns dos pré-requisitos para o sucesso da integração – e até mesmo sua própria razão de ser – o documento vê a educação conjunta como caminho para alcançá-la. Falar nestes termos significa elevar o patamar da discussão de um Direito à Educação de qualidade para um Direito de Educação para a qualidade.

Sobre o significado do termo *qualidade de vida*, escreve o Professor Pedro Demo que este se manifesta em dois desafios: a) *manejar a quantidade necessária, como base e condição da qualidade; essa não pode existir com pobreza, carência, fome;* b) *construir a qualidade possível dentro das condições dadas como obra humana comum.*<sup>24</sup> Ou seja, uma vida sem

---

24. Demo, op. cit. p.21

qualidade é uma existência de *pobreza política, entendida como destruição/repressão da capacidade de saber-se injustamente pobre*.<sup>25</sup>

Neste tema é possível falar, portanto, que o Protocolo de Brasília se coloca como um importante marco da construção do Direito Comunitário do MERCOSUL, trazendo em si inúmeros avanços no sentido não só de reconhecer o Direito à Educação, mas conceder-lhe densidade jurídica.

A partir dos conceitos de Educação como a formação de qualidade e sua densificação<sup>26</sup>, fica aberto um caminho para sua judicialização<sup>27</sup>, seja pela população, pelos órgãos públicos de controle social, seja por outros autores sociais.<sup>28</sup> Isso é importante porque a partir desta possibilidade, o Direito se torna efetivamente em um instrumento de luta e de participação democrática, legitimando a ação judicial como força libertadora, colocando o Direito para além da opressão.

Tal discussão coloca-se então a partir de um plano da democratização da integração através do controle social dos atos de governo que ensejam a construção de uma comunidade de nações. Se é meta do MERCOSUL promover uma cidadania regional, é essencial permitir, ainda que paulatinamente, que a população tenha acesso à construção das instituições do bloco. Seja através do poder legislativo, seja através das audiências públicas promovidas pelo poder executivo. E falar em uma república verdadeiramente democrática significa admitir a possibilidade de controle dos atos de governo pela via judicial.

Se o MERCOSUL ainda não dispõe de mecanismos de judicialização de políticas regionais ou comunitários, ao menos que permita-se este

25. Idem, p. 22

26. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis, *Direito à educação de qualidade* **Direito à educação de qualidade**. Teses da Faculdade Baiana de Direito. 1 ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1, p. 129-182.

27. O termo judicialização é um conceito importado dos Estados Unidos e consiste em estrangeirismo do termo inglês *judicialization*, podendo ser traduzido, no caso específico, com trazer ao sistema judicial algo que tradicionalmente não costuma ser apreciado pelo direito, como as políticas públicas: "judicialize, vb. 1. To pattern (procedures, etc.) after a court of law <these administrative hearings have been judicialized>. 2. To bring (something not traditionally within the judicial system) into the judicial system <political questions are gradually becoming judicialized>. **judicialization, n.**" in **Black's Law Dictionary 9<sup>th</sup> ed. - St. Paul, Minnesota : Thomson Reuters, 2009**

28. VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. - São Paulo : Saraiva, 2011, p.11.

controle por via indireta através da prestação de contas entre os agentes políticos e as populações que eles representam.

Falar em uma qualidade de Educação, ou Educação de qualidade, no âmbito do Direito Brasileiro, consideradas suas dimensões formal e política encontra correspondente nos mandamentos dos arts. 1 a 4 da Constituição Federal. Ou seja, uma Educação que visa buscar a construção de uma cidadania deve formar o cidadão brasileiro para compreender os fundamentos do art. 1, quais sejam construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e combater o preconceito sob todos seus aspectos

A consequência de tal pensamento leva a uma percepção mais ampla do próprio direito comunitário, dito entre duas correntes, *a que considera o direito comunitário como sendo apenas um conjunto de acordos entre Estados e a que o vê como parte ou apêndice dos sistemas jurídicos nacionais*<sup>29</sup>. Essa visão pode assumir novo patamar de relação com os direitos nacionais. Ao invés de colocarem-se como uma nova ordem que se sobrepõe ao direito nacional, passam a ser mais que “soma” ou uma mera agregação dos interesses nacionais em torno de um bloco, mas como uma emergência<sup>30</sup> política dos anseios de cada estado politicamente considerados em seus textos constitucionais e nos documentos comunitário.

## 5. CONCLUSÃO

A relação travada entre os ordenamentos constitucionais e o direito comunitário, e até mesmo entre os ordenamentos dos países dos blocos entre si assume nova posição, não mais de hierarquia, mas de sistematidade. Supremacia e hierarquia deixam de ser categorias aplicadas ao Direito Comunitário e, aos poucos, até mesmo ao Direito Constitucional dos países integrantes do Mercosul. Pois o que diferencia uma sociedade

29. BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do direito comunitário**. - Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000

30. Emergência aqui utilizada dentro do primeiro princípio do Pensamento Complexo, proposto por Edgar Morin: “Do átomo à estrela, da bactéria ao homem e à sociedade, a organização de um todo produz qualidades ou propriedades novas, em relação às partes consideradas isoladamente: as emergências.” Assim o todo, ao mesmo tempo é mais que a soma das partes, também é menos que a soma das partes, cujas qualidades são inibidas pela organização do conjunto. MORIN, E. *A Cabeça Bem Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento* – 18 ed. -Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2010, p. 81.

de uma comunidade é que, enquanto naquela seus componentes em geral apresentam interesses conflitantes que precisam ser conciliados, na segunda seus integrantes partilham de interesses e objetivos comuns. Enquanto os membros de uma sociedade somam seus esforços, os membros de uma comunidade *transformam* seus esforços em algo compensatório para todos. Assim o Direito Comunitário do MERCOSUL, tomando como exemplo o Direito à Educação, pode resultar em um novo paradigma interpretativo, onde o Direito Comunitário não é apenas fruto das negociações de estados que abrem mão da parte de sua soberania, mas de nações que constroem um novo conceito de soberania a partir da democracia e da participação popular.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João José Kuhn, Wittgenstein e os paradigmas. Documento eletrônico. Disponível em: < <http://www.unicamp.br/~joaojose/KuhnWittgensteinParadigmas.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2012.
- BARRETO, Raquel Goulart; LEHER, Roberto. Do discurso e das condicionalidades do Banco Mundial, a educação superior “emerge” terciária. Rev. Bras. Educ., Rio de Janeiro, v. 13, n. 39, Dec. 2008. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-24782008000300002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782008000300002&lng=en&nrm=iso)>. access on 12 Sept. 2012.
- Black’s Law Dictionary 9<sup>th</sup> ed. – St. Paul, Minesota : Thomson Reuters, 2009.
- BOAVENTURA, Edivaldo. Ensaio sobre a sistematização do direito educacional. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 33 n. 131 jul./set. 1996.
- BORCHARDT, Klaus-Dieter. O ABC do direito comunitário. - Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000
- DEMO, Pedro. Educação e qualidade – Campinas : Papirus, 1994.
- DUARTE, Fagundes Clotildes. Relações de Ensino e o Código do Consumidor - Leme: Albulquerque Editores Associados, 2003.
- HESPAHHA, Antônio Manuel. O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias de hoje. – 2<sup>a</sup> ed. – Coimbra : Almedina, 2012.
- KUHN, Thomas Las estructuras de las revoluciones científicas – Fondo Cultural Económica: Argentina, 2004.
- MARQUES, Alexandre AS REVOLUÇÕES CIENTÍFICAS DE THOMAS KUHN (1922-1996), Documento eletrônico. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/kuhn1.htm>>. Acesso em 15 de junho de 2012.
- MARQUES, Carlos Alberto; PEREIRA, Júlio Emílio Diniz. Fóruns das licenciaturas em universidades brasileiras: Construindo alternativas para a

formação inicial de professores. Educ. Soc., Campinas, v. 23, n. 78, Apr. 2002. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-73302002000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302002000200010&lng=en&nrm=iso)>. access on 12 Sept. 2012.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Direito à educação de qualidade. Teses da Faculdade Baiana de Direito. 1 ed. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, v. 1, p. 129-182.

MERCOSUL. Protocolo de Brasília. 13 de dezembro de 1991.

MORIN, E. A Cabeça Bem Feita: repensar a reforma, reformar o pensamento – 18 ed. -Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2010.

PORTELA, Romualdo. A transformação da educação em mercadoria no Brasil. Revista Educação e Sociedade, Campinas, vol 30, n. 108, p.739-760, out 2009.

VAN ZANTEN, Agnés Dicionário de Educação. – Petrópolis : Vozes, 2011.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. – São Paulo : Saraiva, 2011.



# 17

## Ausências do sistema de solução de controvérsias no Mercosul quanto aos particulares

*Hugo Vasconcelos Loula*

Membro do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa sobre Integração Regional/PPGD-UFBA.

**Resumo:** O presente artigo observa aspectos do sistema de solução de controvérsias no Mercosul. Depois de expor fundamentos da história e dos sistemas arbitrais deste bloco econômico, são feitas análises críticas dos principais e mais evidentes problemas nos atuais procedimentos internacionais, principalmente, quanto às pessoas físicas e empresas.

**Palavras-chave:** Mercosul. Tribunal Permanente de Revisão. Solução de controvérsias. Particulares.

**Abstract:** This article points issues of the system of dispute settlements in Mercosur. After exposing history foundations of this economic bloc and their arbitration systems, are made some critical analysis about the more evident troubles in the international procedures nowadays, especially, with regard to individuals and corporations.

**Key words:** Mercosur. Permanent Tribunal of Review. Dispute settlements. Individuals.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O Mercosul a partir da redemocratização e os modelos de solução de controvérsias – 3. O Direito Internacional americano e as particularidades do modelo Mercosul: 3.1. A solução de controvérsias segundo o Protocolo de Olivos e a estrutura do Tribunal Permanente de Revisão; 3.2. Execução de sentenças e laudos arbitrais no Mercosul e matéria dos processos – 4. O Mercosul invisível como um problema de inserção constitucional – 5. Conclusão. A ineficácia do sistema de solução de controvérsias quanto aos particulares – Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

A mudança promovida pelo fenômeno da globalização econômica é notória sobre a maneira de a humanidade criar o seu espaço social<sup>1</sup>.

---

1. SANTOS, Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal, 2003, p. 160. Ainda há por muitos pensadores uma visão negativista – como a traçada

Entre as grandes tensões resultantes deste fenômeno estão as noções (associadas ou não) de Estado-nação<sup>2</sup> e Regionalismo estatal. O paradoxo gerado entre a criação de uma aldeia global – que visa o esmaecimento de fronteiras em seu sentido lato – e a formação de nichos regionais entre os Países – voltados para si em detrimento do resto – é talvez (numa perspectiva geopolítica) o aspecto mais intrigante de todo este fenômeno.

Desde o surgimento da Benelux<sup>3</sup>, até a consolidação da União Europeia como bloco econômico, com moeda única e parlamento, em muito evoluiu o processo de integração dos países europeus<sup>4</sup>. O Mercosul, em outro contexto mundial, apesar de possuir um amplo histórico de aproximações entre suas nações, é um produto mais tímido deste movimento de aproximação regional entre seus integrantes.

Os processos de integração, contudo, passam por obstáculos e conflitos quase sempre inevitáveis entre seus membros, independente de onde aconteça. Entre os países sul-americanos, estes descaminhos ocorrem com especial incidência e dificultam em muito o processo de integração<sup>5</sup>: sucedem concomitante com o próprio desenvolvimento social e econômico nos seus sentidos, muitas vezes, bastante elementares. Não é difícil supor que num ambiente com tantas disparidades seja uma tarefa difícil manter uma ordem harmônica e com poucas divergências, entre empresas, entre países, entre cidadãos etc.

- 
- no início da obra citada – sobre a formação da globalização econômica (em todos os seus aspectos) de forma liberal e sem agentes reguladores: “essas técnicas da informação são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades. É desse modo que a periferia do sistema capitalista acaba se tornando ainda mais periférica, seja porque não dispõe totalmente dos novos meios de produção, seja porque escapa a possibilidade de controle” (p. 39).
2. SOUSA SANTOS, *As tensões da modernidade*, 2005, p. 2. Boaventura de Sousa Santos, que sugeriu (e trata neste mesmo texto sobre) a hermenêutica diatópica – esta seria um modo sociológico de promoção do diálogo amplo e permissivo entre topois culturais dos Estados –, vê que a ampliação econômica e informacional do mundo muda a regra “mais ou menos anárquica, regida por uma legalidade muito tênue” dos conceitos e aceitações sobre o Estado em seu sentido moderno.
  3. Área de livre comércio criada em 1958 e formada pelos Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo. É considerado o precursor da União Europeia.
  4. RAMALHO, *Sistema de solução de controvérsias no Mercosul: evolução histórica e perspectivas atuais*, 2010, p. 117.
  5. RODRIGUES, *Anotações sobre o acesso à justiça das demandas individuais e coletivas no Mercosul*, 2010, p. 259.



Os mecanismos de solução de controvérsias seriam talvez os principais regulamentadores destes conflitos e divergências. No Mercosul, porém, restam por muito impedidos de desenvolver-se em suas fundamentais demandas no âmbito jurídico.

No presente estudo, dentro do permitido pelas limitações bibliográficas e de tempo, haverá um mapeamento dos mais importantes instrumentos jurídicos adotados no sistema mercosulino e serão feitas críticas as vantagens e desvantagens do exposto, com foco ao fim de um de seus principais problemas: a inserção de particulares em litígios judiciais e arbitrais.

## **2. O MERCOSUL A PARTIR DA REDEMOCRATIZAÇÃO E OS MODELOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS<sup>6</sup>**

Em 1985, Brasil e Argentina, vivenciavam um processo de redemocratização após ditaduras militares, se aproximaram para a criação de uma integração entre os Estados, situação em que assinaram a Declaração do Iguazu. Ao longo de todo o restante da década de 80, foram criados alguns programas (como o PICE – Programa de Integração e Cooperação Econômica) e assinados alguns tratados que facilitavam o comércio e transporte de riquezas (tal como o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento).

Logo no início da década de 90, foi tomado o passo definitivo para a criação do Mercosul com a relevante “Ata de Buenos Aires” entre Brasil e Argentina, que estipulou o prazo de quatro anos para concretização de um mercado comum bilateral. Contudo, em prazo muito menor, março de 1991, foi consolidado o Tratado de Assunção<sup>7</sup>, que constituía formalmente o Mercosul. Durante todo o período até 1994, porém, os Estados

- 
6. Foram conscientemente suprimidos os relevantes movimentos integradores desde Simón Bolívar, passando necessariamente pelo movimento agregador do início do século XX, até mesmo a Associação Latino Americana de Livre Comércio nos anos 60 ou ainda a Associação Latino Americana de Integração no início da década de 80.
  7. Os dois principais órgãos do Mercosul criados neste período foram o Conselho do Mercado Comum (CMC) e Grupo do Mercado Comum, que são definidos por CLARISSA RAMALHO, *op. cit.*, p. 120, respectivamente, como (CMC) “órgão superior do Mercosul e responsável pela sua condução política e por tomada de decisões” e (GMC) “tem uma competência exclusiva, sendo responsável pela implementação e execução das decisões tomadas pelo Conselho”.

apenas tomaram medidas internas para que a implementação, efetivamente, ocorresse com o Protocolo de Ouro Preto<sup>8</sup>.

O Tratado de Assunção estabeleceu, em seu artigo 3º, que durante o período de transição dos países do Mercosul, que se estenderia pelo citado lapso temporal (1991-1994), os Estados Partes deveriam implementar um sistema de solução de controvérsias para o novo bloco econômico. Tanto assim, que o primeiro instrumento a propor exclusivamente este sistema foi o Anexo III do citado Tratado. Ressalte-se o trecho do anexo que delegava ao Grupo Mercado Comum uma função consultiva de recomendar às partes conflitantes em até 60 (sessenta) dias uma solução para o litígio<sup>9</sup>.

Desde sua gênese, a integração desejada do Mercosul foi quase que essencialmente econômica em prol da aceleração do desenvolvimento das economias participantes com ampliação de mercados, o que mantinha distância da ampliação política. Contudo, ainda que com a finalidade de livre mercado, era necessária uma estrutura segura propícia aos avanços dos negócios. Neste contexto, e cumprindo uma determinação do Tratado de Assunção, em dezembro de 1991, na cidade de Brasília, os representantes de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram o instrumento que ficou conhecido como Protocolo de Brasília.

Este último, que entrou em vigor em abril de 1993, foi responsável pela implementação do modelo de arbitragem para a solução de controvérsias. Tornou-se, então, a arbitragem, através de tribunais arbitrais *ad hoc*, um processo obrigatório após as negociações diretas e a intervenção do Grupo Mercado Comum por meio de suas recomendações.

Apesar de toda estrutura e das aproximações seguintes ao Tratado de Assunção, foi em 1994, com assinatura do Protocolo de Ouro Preto, que foram efetivamente completadas e substancializadas as diretrizes que inauguraram o Mercosul. No Acordo, foram criados quatro novos órgãos<sup>10</sup> e facultada a criação de outros. Quanto aos procedimentos de

---

8. RAMALHO, op. cit., p. 119.

9. Atualmente as partes ainda podem requerer a recomendação do GMC com um período máximo 30 (trinta) dias para opinar sobre o objeto da consulta. Além disso, algum Estado que não faça parte da demanda também pode solicitar a participação consultiva do GMC.

10. Comissão de Comércio do Mercosul (CCM), Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), Foro Consultivo Econômico-Social (FCES) e Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

solução de controvérsias submetidos à arbitragem, não houve relevantes mudanças, exceto que agora os atos normativos das demais instituições também poderiam participar do processo de arbitragem.

No ano de 2002, foi finalizado o principal documento sobre as soluções de controvérsias no Mercosul, o Protocolo de Olivos. Dentre as principais mudanças promovidas por este instrumento multinacional, destacam-se duas: (i) a possibilidade de submissão dos conflitos para o sistema da Organização Mundial do Comércio<sup>11</sup>, neste caso, inviabiliza-se totalmente as partes ingressarem com ação sobre o mesmo objeto no âmbito mercosulino<sup>12</sup>; (ii) a outra (e principal), foi a criação do Tribunal Permanente de Revisão como instância consultiva e recursal dos tribunais arbitrais *ad hoc*.

O Tribunal Permanente de Revisão foi certamente a grande inovação do Protocolo de Olivos e é o primeiro tribunal de caráter permanente do Mercosul. WELBER BARRAL, sem diminuir as críticas sobre as insuficiências do modelo, aponta que um dos principais objetivos desta nova corte seria “obter maior coerência entre as decisões adotadas pelos tribunais *ad hoc* que já adotaram interpretações divergentes nos casos que até agora lhes foram submetidos”. Assim, “é previsível que a jurisprudência do TPR será algo a ser considerado pelos tribunais *ad hoc* posteriores, a exemplo do que ocorre em relação às decisões do Órgão de Apelação da OMC”<sup>13</sup>.

Apesar da breve explanação sobre os modelos adotados pelo Mercosul (continuamente modificados pela não abrangência da demanda e pela insegurança), já se pode acatar sobre o apresentado uma das merecidas crítica feitas por LUIZ OTÁVIO PIMENTEL e ADRIANA KLOR:

Não se modificou substancialmente o âmbito de aplicação. Foram agregadas diretrizes incorporadas pelo Anexo ao Protocolo de Ouro Preto. Manteve-se a primeira fase consistente em levar

11. Mais detalhes, vide: BARRAL, Welber. 2004. O Sistema de Controvérsias na OMC. In: Solução de controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 12-68.
12. Necessária se faz esta ressalva porque o Brasil não foi parte em qualquer ação no âmbito da OMC iniciada após 2005, contudo, esteve presente em algumas querelas no âmbito interno do Mercosul e se submeteu ao modelo do Protocolo de Olivos. Um forte indicativo de que o atual modelo constituído pode ser eficaz.
13. BARRAL, O novo sistema de solução de controvérsias, 2005. Disponível em: [http://www.camarb.com.br/areas/subareas\\_conteudo.aspx?subareano=2](http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=2).

a cabo negociações diretas entre as partes (etapa diplomática) e a instância jurisdicional, ainda que de modo incipiente, ao estabelecer tribunais *ad hoc* dando lugar a que se afirme a existência de um germe de supranacionalidade<sup>14</sup>.

### 3. O DIREITO INTERNACIONAL AMERICANO E AS PARTICULARIDADES DO MODELO MERCOSUL

O Direito Internacional destaca-se ao longo de todo o mundo de maneira muito diversa conforme a peculiaridade dos agentes sociais e as possibilidades de relação<sup>15</sup>. Ao longo da história dos países, algumas regiões e Estados desenvolveram formas de tratamento em seu âmbito externo que resultaram em métodos que indicam um modelo próprio de agir. Assim é caso do continente americano.

A América, por possuir características próprias em relação ao mundo, desenvolveu métodos mais condizentes com o seu processo histórico, rompendo principalmente com o influente modelo europeu. CELSO DE MELLO destaca diversas particularidades do continente dentre os quais merecem destaque:

(a) não conhece a balança do poder; (b) tem um sistema constitucional próprio: presidencialismo e federalismo; (c) o meio social é diferente, havendo uma miscigenação de diferentes raças que criou uma psicologia própria; (d) são países de imigração; (e) as instituições políticas ainda não estão sedimentadas, acarretando diversas revoluções e golpes de Estado; (...) (g) a grande maioria dos países faz parte do “Terceiro Mundo”<sup>16</sup>.

O autor, ainda na mesma linha construtiva sobre o continente americano, destaca que parte relevante das “normas internacionais apareceram para satisfazer as necessidades sociais, políticas e econômicas da

---

14. PIMENTEL; KLOR, O sistema de solução de controvérsias do Mercosul, 2004, pp. 159-160.

15. Pontua-se que algumas relações internacionais apresentam possibilidades de conversação muito mais complexas que outras. A Coreia do Norte é um exemplo de postura introspectiva e belicosa que impede a aproximação com outros Estados, tampouco dispostos a aberturas diplomáticas desraigadas de preconceito e imposições *prima facie*.

16. MELLO, Curso de Direito Internacional Público, 2004, p. 189. Com a ressalva de que parte destas constatações carece de uma melhor apuração quanto ao tempo em que foram formuladas.

América”<sup>17</sup>. E arremata com uma constatação que ajuda a entender a relativa aversão à judicialização do Mercosul, qual seja: “O regionalismo foi estimulado devido à crise de segurança coletiva. Para a solução dos litígios o regionalismo criou procedimentos não jurisdicionais e nada contribuindo no tocante aos modos judiciais”<sup>18</sup>.

CLÁUDIO AZEVÊDO DA CRUZ OLIVEIRA, ao discutir o Direito Internacional americano, apesar de concordar com a ainda tímida judicialização e positividade normativa do Mercosul, não se priva de reconhecer nuances particulares do sistema mercosulino, que indicam as bases sobre as quais estão sendo construídas o futuro do judiciário comum de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai:

Apesar de não ter um corpo normativo sistematizado, o processo internacional mercosulino conta, indiscutivelmente, com princípios próprios e oriundos de enunciados normativos fixados no marco do ordenamento jurídico do bloco, provenientes, entre outras fontes, de tratados, de decisões, resoluções, laudos arbitrais e opiniões consultivas<sup>19</sup>.

### **3.1. A solução de controvérsias segundo o Protocolo de Olivos e a estrutura do Tribunal Permanente de Revisão**

As fases do processo seguem necessariamente um roteiro que pode ser resumido pelo seguinte modelo:

- a) negociações diretas entre os Estados Partes;
- b) intervenção do Grupo Mercado Comum, não obrigatória e dependente da solicitação de um Estado Parte;
- c) arbitragem *ad hoc*, por três árbitros;
- d) recurso, não obrigatório, perante o Tribunal Permanente de Revisão;
- e) recurso de esclarecimento, visando a elucidar eventual ponto obscuro do laudo;
- f) cumprimento do laudo pelo Estado obrigado;

17. Idem, *Ibidem*.

18. Idem, p. 190.

19. CRUZ OLIVEIRA, O papel do juiz para a efetivação da integração sul-americana: a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul pelo Supremo Tribunal Federal, 2010, p. 145.

- g) revisão do cumprimento, a pedido do Estado beneficiado;
- h) adoção de medidas compensatórias pelo Estado beneficiado, em caso de não-cumprimento do laudo;
- i) recurso, pelo Estado obrigado, das medidas compensatórias aplicadas<sup>20</sup>.

A instância diplomática de negociação direta entre os Estados Partes é requisito obrigatório para a existência do processo em sede judicial no Mercosul. O intuito de tal determinação é reforçar o escopo não jurisdicional para a realidade externa aos países. Contudo, esta prática afasta, desde o início, os particulares que, por diversas vezes, observam uma violação aos seus direitos ou interesses por Estado estrangeiro e possuem como opção inicial apenas formular uma reclamação para a Seção Nacional do Grupo Mercado Comum no seu país sede. Desta forma, permanecem dependentes dos servidores do Estado como intermediadores da sua demanda sem garantias efetivas de celeridade, igualdade ou interesse em demonstrar a violação a direito ou o prejuízo do particular.

A segunda fase, após esta negociação direta, pode ocorrer tanto no GMC, em que ficam dependentes da expedição das solicitações do Estado Parte e ainda da opinião meramente recomendativa deste órgão, quanto nos tribunais *ad hoc*. A composição destes tribunais ocorrerá com a indicação de três árbitros, sendo um de cada país sede da demanda e outro de nacionalidade neutra. A decisão dos árbitros é vinculante e deve ser submetida ao direito interno do Estado da parte que foi derrotada na demanda. A necessidade de aplicação no direito interno representa ainda um empecilho à celeridade nas demandas: depende desta anuência para o cumprimento dos tribunais responsáveis internamente aos países<sup>21</sup>. Contudo, parece ser muito projetar um modelo de supranacionalidade que suplante este caráter interestatal para o Mercosul hoje.

De qualquer decisão dos tribunais *ad hoc* pode ser possível recurso ao Tribunal Permanente de Revisão (TPR), com a limitação de matéria à questões de direito e interpretação jurídica do laudo. Esta corte atualmente representa o maior órgão jurisdicional do Mercosul e é composta

---

20. BARRAL, Welber, O novo sistema de solução de controvérsias. Disponível em: [http://www.camarb.com.br/areas/subareas\\_conteudo.aspx?subareano=2](http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=2).

21. Ainda que o artigo 26 do muito citado Protocolo tenha feito a ressalva de que os laudos dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc possuem a força de coisa julgada, a eficácia desta decisão permanece dependente da estrutura coativa do direito interno e do reconhecimento pelos julgadores responsáveis nesta seara.

por cinco representantes, um de cada país membro do Mercosul com mandato de dois anos e no máximo duas reconduções. O quinto representante é escolhido por processo próprio de revezamento ou sorteio numa lista que envolve dois candidatos por Estado. O mandato deste quinto árbitro é de três anos não renováveis.

O TPR deve preocupar-se em uniformizar as decisões dos tribunais *ad hoc* após os recursos de revisão. Para demandas que envolvam apenas dois países, a configuração do TPR para julgamento será de três julgadores (um de cada Estado Parte e um terceiro de nacionalidade neutra)<sup>22</sup>. Em casos que envolvam mais Estados, a última instância se reunirá com sua composição plena.

O prazo para interposição do recurso de revisão encaminhado ao TPR é de quinze dias após a decisão do tribunal arbitral *ad hoc*<sup>23</sup>. O período para contrarrazões também é de quinze dias<sup>24</sup>. As custas de todo o processo são divididas igualmente entre os Estados Partes, exceto decisão contrária do TPR.

Caberá ainda recurso ao TPR para esclarecimento sobre pontos obscuros quanto ao cumprimento do laudo arbitral<sup>25</sup>. Após o prazo de quinze dias do recurso de esclarecimento, o TPR deverá manifestar-se sobre as formas de execução da demanda. No caso desta etapa, a instância de elucidação poderá acrescer o prazo para realização da ordem arbitral.

O artigo 27 do Protocolo de Olivos alerta para a obrigatoriedade do Estado parte de cumprir o laudo “na forma e com o alcance com que foram emitidos”. Apesar de ser incisivo na redação, a coercitividade deste instrumento é praticamente nula: exceto pelas medidas compensatórias a serem tomadas pelo Estado que deveria ter sido beneficiado em caso de não cumprimento do laudo arbitral pelo lado que foi obrigado, não há outras sanções jurídicas possíveis. Vale a ressalva de que estas medidas de compensação não desobrigam o Estado Parte do seu dever quanto à primeira ordem direcionada a si pelo(s) tribunal(is).

Como forma de garantir a eficácia do laudo arbitral, o Estado obrigado ao cumprimento da determinação deve comunicar à parte beneficiada, e também ao GMC, através da Secretaria Administrativa do Mercosul,

---

22. Artigo 20 do Protocolo de Olivos.

23. Artigo 17 do Protocolo de Olivos.

24. Artigo 21 do Protocolo de Olivos.

25. Artigo 28 do Protocolo de Olivos.

as suas medidas internas no prazo de 15 (quinze) dias. O Estado beneficiado dispõe do prazo de 30 (trinta) dias, a partir da adoção das medidas, para que comunique ao tribunal *ad hoc* ou ao Tribunal Permanente de Revisão a sua possível insatisfação.

Caso a parte beneficiada, após a resolução da controvérsia, não considerar que esta foi cumprida total ou parcialmente, poderá, no prazo de um ano, a partir do encerramento do tempo proposto para as medidas pelo Estado obrigado, e com a antecedência de 15 (quinze) dias para a execução, iniciar a aplicação do que o texto legal chama de *medidas compensatórias temporárias*. Estas medidas geralmente significam a suspensão de concessões. Sendo estas medidas consideradas abusivas pelo Estado obrigado, este deve apresentar a situação no prazo de 15 (quinze) dias desde quando receber a notificação, ou seja, até o tempo de início da execução, a um tribunal arbitral *ad hoc* ou ao TPR.

### **3.2. Execução de sentenças e laudos arbitrais no Mercosul e matéria dos processos**

YVES WEST BEHRENS, ao analisar o momento de aplicação dos laudos arbitrais e sentenças, destaca que este se torna o mais invasivos aos Estados (pela necessidade constante de observação constitucional) e, principalmente, à esfera pessoal dos cidadãos.

As decisões finais sobre um objeto litigioso são mais invasivas da esfera pessoal do cidadão do que atos meramente introdutórios ou citatórios (embora alguns possam violar proteções constitucionais, como o sigilo de correspondência). Os requisitos são mais significativos, ultrapassando a mera inteligibilidade<sup>26</sup>.

Segundo a tradição do reconhecimento (ou homologação) de decisões estrangeiras, o Estado obrigado ou requerido não deve reexaminar o mérito decisório, se advindo de países signatários de acordos e tratados internacionais sobre a demanda. Um reexame interno sobre a validade do direito certamente tornaria forçoso ao particular ou ao Estado titular da pretensão se submeter novamente ao caminho processual. Assim, “reexame pontual tem o mesmo efeito de insegurança, por trazer igualmente o risco de inutilidade do provimento anterior”<sup>27</sup>.

---

26. BEHRENS, Protocolos de cooperação jurídica no Mercosul, p. 555.

27. *Idem*, p. 556.



As sentenças e laudos arbitrais hoje que utilizam os tratados do Mercosul versam essencialmente sobre direito civil, comercial, trabalhista, administrativo e tributário<sup>28</sup>, além de pleitear a reparação de danos e a restituição de bens na esfera penal (em caráter mais pontual e sobre outros parâmetros que não os aqui discutidos). Certamente, o teor das matérias de direito fornecem um parâmetro para indicar o status ainda preliminar da integração dos Estados no bloco econômico porquanto permanecem quase que exclusivamente sobre questões de mercado.

Atualmente no Brasil, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras é do Superior Tribunal de Justiça. O reconhecimento das decisões internacionais no Brasil referente aos países do Mercosul deve observar o Protocolo de Las Leñas (vide nota 28), especialmente a disposição dos artigos 19 e 20<sup>29</sup>.

Dentre os critérios elencados pelo instrumento multilateral de regulação para “eficácia extraterritorial”, destacam-se (i) a necessidade de adequação às formalidades externas para ser considerado autêntico no Estado de origem e (ii) a conformidade com as regras de jurisdição internacional do Estado de destino.

---

28. O principal procedimento para todas estas disciplinas, de forma geral, é disciplinado pelo instrumento conhecido como Protocolo de Las Leñas assinado em março de 1991 por todos os signatários do Mercosul. O principal objeto deste texto trata sobre é a forma da cooperação em “atividades de simples” trâmite e igualdade no acesso à justiça para os cidadãos desses países.

29. Artigo 19. O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central.

Artigo 20. As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições:

(a) que venham revestidos das formalidade externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem;

(b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;

(c) que emanem de órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;

(d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;

(e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;

(f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.

Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral.

No caso de adequação às formalidades externas (i), é importante notar que esta deve ocorrer primordialmente no âmbito do Estado de origem, pois não são exigidos os procedimentos formais do Estado de destino. No mesmo sentido também se dispensa a legalização de documentos, através do artigo 25 do Protocolo de Las Leñas<sup>30</sup>.

Quanto as regras de jurisdição internacional do Estado de destino (ii), trata-se de respeito as regras do ordenamento jurídico de cada Estado parte que, por vezes, opta por resguardar fragmentos específicos de sua soberania.

#### **4. O MERCOSUL INVISÍVEL COMO UM PROBLEMA DE INSERÇÃO CONSTITUCIONAL**

A harmonização legislativa, ainda inteiramente dependente do esforço individual de cada Estado membro, evoluiu muito pouco. O fato da institucionalização do Mercosul haver ocorrido apenas no plano intergovernamental e não supranacional faz do Mercosul um ente de existência meramente diplomática<sup>31</sup>.

A observação de SAULO JOSÉ CASALI BAHIA consegue atingir o principal problema do Mercosul no aspecto de integração entre os particulares e as instituições políticas pertencentes aos países deste bloco econômico, a ausência de um órgão capaz de entificar o interesse integrativo dos países através de iniciativas das populações. O produto do modelo atual são, conforme indicado pelo autor, um corpo disforme de instituições que não pode ser sentida ou definida pelos seus participantes enquanto tais, o “Mercosul invisível”.

O modelo jurisdicional derivado desta instituição ainda assim possui alguma aparência de funcionalidade, segundo o que foi apresentado até aqui e com a observação da convivência pacífica entre os países integrantes do Mercosul. O grande desafio para o bloco econômico está, então, na integração dos cidadãos internos deste sistema para uma participação regional plena, conforme a própria globalização pode providenciar<sup>32</sup>.

---

30. Os instrumentos públicos emanados de um Estado Parte terão no outro a mesma força probatória que seus próprios instrumentos públicos.

31. CASALI BAHIA, O Mercosul e seus projetos institucionais, p. 537.

32. Neste mesmo sentido, GEISA DE ASSIS RODRIGUES quando afirma que “mais desafiante se revela o exercício pleno da cidadania pelos nacionais dos países cooperados no âmbito regional. Como é cediço, toda a concepção da participação política dos cidadãos foi estruturada para os limites do Estado Nacional, a exemplo das instituições que

MARCELO NEVES ressalta, ao discutir o proceder da política a partir de sociedades constitucionais nas especificações do modelo luhmanniano<sup>33</sup>, a importância da anuência e participação dos cidadãos na maior parte das decisões sociais.

A democracia como racionalidade do sistema político importa uma legitimação por *input*: cadeia ou rede de procedimentos circularmente conectados, que vincula as decisões políticas ao apoio e ao controle do povo constitucional como instância procedimental que fecha o sistema político<sup>34</sup>.

Na própria teoria dos sistemas, a Constituição representa o entrelaçamento necessário entre a política e o direito. Aquela (a política) impossibilitada de formar um código binário pela necessidade constante e dinâmica da absorção e transfiguração dos discursos vindos dos mais diversos sub-sistemas<sup>35</sup>, científicos ou não. Enquanto que este (o direito) é submetido ao código do lícito/ilícito<sup>36</sup>, mas sem poder se desprender dos paradigmas de justiça constitucional sob pena de não ser mais necessário socialmente<sup>37</sup>, assim, permanece entre o paradoxo de ser adequado socialmente ou consistente e hermético demais.

---

caracterizam a democracia representativa e dos mecanismos que ensejam a participação direta dos eleitores” (grifo meu). RODRIGUES, Anotações sobre o acesso a justiça das demandas individuais e coletivas no Mercosul, pp. 254-255.

33. LUHMANN, La sociedad de la sociedad, p.620, apud Neves, op. cit., p. 37.

34. NEVES, Transconstitucionalismo, p. 71. Repare que o autor não busca burocratizar ou desfuncionalizar o sistema, pois logo em seguida faz a ressalva da importância essencial do modelo de governo output, ou seja, liderado para o povo por aqueles que foram eleitos como responsáveis para tal.

35. LYOTARD, La condition postmoderne: Rapport sur le savoir, p. 200, apud NEVES, op. cit., p.25. O autor francês dirige sua crítica sobre o sistema político exatamente neste sentido: “la politique est la menace du différend. Elle n’est pas un genre, elle est la multiplicité des genres, la diversité des fins, et par excellence la question de l’enchaînement (...) Elle est, si l’on veut, l’état du langage, mais il n’y a pas un langage” ou, em tradução livre, “a política é a ameaça da diferença, ela não é um gênero, ela é a multiplicidade dos gêneros, a diversidade dos fins e, por excelência, a questão de encadeamento. [...] Ela é, se desejarmos, o estado da linguagem, mas não tem uma linguagem”.

36. Neste sentido, essencialmente, TEUBNER, Gunther. 1989. O Direito como Sistema Autopoietico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

37. Assim, NEVES, Transconstitucionalismo, p. 66. O autor insiste na tese de justiça constitucional, seja no âmbito interno (consistência jurídica), seja no âmbito externo (adequação social do direito), quando afirma que “embora sempre defeituoso, pois nunca é alcançado plenamente e depende da experiência de cada caso, o equilíbrio entre justiça constitucional interna e externa serve como orientação para os envolvidos na rede de comunicação do sistema jurídico estatal. Trata-se de um paradoxo funcional do direito, pois o aumento da consistência jurídica implica, em regra, a redução da adequação social do direito e vice-versa”.

O problema da integração do Mercosul, conforme apontado, apresenta-se, segundo a observação de um modelo luhmanniano, como essencialmente político de *output*, pois as decisões ocorrem quase que exclusivamente entre os governos e excluem aqueles que seriam os principais interessados na inserção regional pelo bloco econômico, os particulares, que constituem o corpo democrático<sup>38</sup>.

## **5. CONCLUSÃO. A INEFICÁCIA DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS QUANTO AOS PARTICULARES**

O sistema de solução de controvérsias até aqui descrito só permite concluir que é amplamente excludente da participação dos particulares. Essa percepção surge por conta das decisões serem tomadas apenas no âmbito governamental e excluindo os cidadãos da finalidade nas decisões e procedimentos do bloco econômico Mercosul.

As reclamações à Seção Nacional dos países sede das querelas comerciais enchem-se de um procedimento que é essencialmente diplomático e, portanto, não submetido aos parâmetros de igualdade do direito, mas principalmente sobre as regras econômicas e consequencialista de benefícios para o Estado Parte. Esta primeira etapa dos processos certamente representa a principal problemática para a ação dos particulares, pois, apesar de encontrarem seus direitos sendo aviltados em determinado aspecto por algum país signatário do Mercosul, os cidadãos e as empresas não conseguem encontrar, por diversas vezes, meios probatórios para demonstrar a relevância do seu problema no universo de interesse nacional ou ainda acolhida no meio daqueles que primeiro devem defender suas demandas comerciais.

O custo de um processo também pode representar um fato problemático, porquanto o alto valor de reunião de árbitros em âmbito internacional, às vezes até em duas instâncias, representa um empecilho ao particular da requisição para reparação de dano. Certamente, o Estado que o representa nas instâncias superiores, apesar de possuir interesse

---

38. NEVES, op. cit., p. 72 sobre a função do povo na consolidação de Estados constitucionais esclarece que "Embora o povo constitucional, como instância procedimental de fechamento, tenha uma forte função seletiva em face da pluralidade complexa de valores, interesses, expectativas e discursos que se relacionam dissensualmente na esfera pública, os procedimentos político-constitucionais só encontram sua heterolegitimação se permanecem abertos ao dissenso presente na esfera pública".

na defesa daquela demanda não pretende arcar inteiramente com os valores de um processo (ou de metade deste, como é de praxe).

Além, obviamente, do pouco ativo e oficioso Tribunal Permanente de Revisão. Embora este represente um avanço rumo à judicialização e uniformização dos procedimentos na realidade mercosulina, não há aquisições suficientes tanto para laudos consultivos quanto decisórios. Ora, o TPR até 2012, apesar dos dez anos de atividade, apresentou a inexpressiva média de seis laudos arbitrais e três opiniões consultivas.

Por fim, é possível apontar que a falta de acesso de pessoas físicas ou sociedades empresárias às instâncias existentes repercute diretamente na falta de harmonia na jurisprudência dos países membros do Mercosul<sup>39</sup>: poucos são os julgadores que julgam conflitos em cortes arbitrais ou judiciais com fundamentos em orientações ou laudos do Tribunal Permanente de Revisão.

## REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber. 2004. O Sistema de Controvérsias na OMC. In: *Solução de controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 12-68.
- \_\_\_\_\_. 2005. *O novo sistema de solução de controvérsias*. Disponível em: [http://www.camarb.com.br/areas/subareas\\_conteudo.aspx?subarea-no=2](http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subarea-no=2).
- BEHRENS, Yves West. 2010. Protocolos de cooperação jurídica no Mercosul. In: *Saulo José CASALI BAHIA* (coordenador), *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*. Salvador: Paginae, pp. 547-591.
- CASALI BAHIA, Saulo José. 2010. O Mercosul e seus projetos institucionais. In: *Saulo José CASALI BAHIA* (coordenador), *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*. Salvador: Paginae, pp. 529-538.
- CRUZ OLIVEIRA, Cláudio Azevedo da. 2010. O papel do juiz para a efetivação da integração sul-americana: a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul pelo Supremo Tribunal Federal. In: *Saulo José CASALI BAHIA* (coordenador), *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*. Salvador: Paginae, pp. 141-163.
- LUHMANN, Niklas. 2007. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder.

39. CRUZ OLIVEIRA, op. cit., p. 143.

- LYOTARD, Jean-François. 1979. *La Condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Editions de minuit.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. 2004. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar.
- NEVES, Marcelo. 2009. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- PIMENTEL, Luiz Otávio; KLOR, Adriana Dreyzin de. 2004. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul. In: *Solução de controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 141-234.
- RAMALHO, Clarissa. 2010. Sistema de Solução de controvérsias no Mercosul: evolução histórica e perspectivas atuais. In: *Saulo José CASALI BAHIA* (coordenador), *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*. Salvador: Paginae, pp. 117-139.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. 2010. Anotações sobre o acesso à justiça das demandas individuais e coletivas no Mercosul. In: *Saulo José CASALI BAHIA* (coordenador), *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na União Europeia*. Salvador: Paginae, pp. 253-280.
- SANTOS, Milton. 2003. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. 2005. As tensões da modernidade. *Revista Z do Programa Avançado de Cultura Contemporânea – UFRJ*. **Ensaio**. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura\\_tensoes\\_modernidade.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_tensoes_modernidade.pdf).
- TEUBNER, Gunther. 1989. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

## La responsabilité culturelle européenne

*Isabelle Hannequart*

Professora de Direito Público, Universidade François Rabelais (Tours, França). Membro do GERCIE (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia - Groupe d'étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne (GERCIE) de l'Unité de Formation et de Recherche (UFR) Droit, Economie et Sciences sociales de l'Université François-Rabelais de Tours)

**Sommaire: I - L'apport de la Convention de Faro au modèle culturel européen. A - Le droit au patrimoine.** 1 - La vision citoyenne du patrimoine. 2 - Le droit au patrimoine comme un droit de l'homme. **B - La responsabilité culturelle patrimoniale.** 1 - L'enjeu du patrimoine commun de l'Europe. 2 - La portée juridique de la responsabilité culturelle. **II- La Convention de Faro face aux limites du droit de l'EU. A - Droit au patrimoine et droit de l'EU.** 1 - Le patrimoine commun comme objectif de l'EU. 2 - La compétence de l'UE pour un nouveau droit de l'homme? **B - Responsabilité culturelle et droit de l'EU.** 1 - De la responsabilité environnementale à la responsabilité culturelle? 2 - De la «responsabilité dure» à la «responsabilité douce».

Lors de notre précédent colloque de 2008 au Brésil, nous avons présenté la politique européenne de la culture en termes de droits fondamentaux et d'action culturelle et nous avons vu dans l'Union européenne un laboratoire de mondialisation culturelle entre la globalisation du marché de la culture et les excès de la diversité culturelle (article publié dans les actes du colloque, *A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na Uniao Europeia*, Ed. Paginae, Brésil, 2010, p. 311, puis dans l'ouvrage *Jeux et enjeu de la planétisation. Patrimoine, culture, Monde*, Isabelle Hannequart, L'Harmattan, Paris, 2011, p. 241).

L'UE défend en effet, un modèle culturel original, qui l'a menée de l'exception culturelle à la diversité culturelle, et qui fait émerger, en même temps, une notion de cohésion culturelle (*Jeux et enjeu de la planétisation*, op. cit., p. 253). Depuis le Traité de Lisbonne, la cohésion

économique et sociale est devenue également « territoriale », pas encore culturelle, mais la dimension culturelle y est de plus en plus présente et visible. La politique régionale soutient effectivement le patrimoine local dans le cadre des fonds structurels ; toute politique de l'UE doit prendre en compte de façon transversale la politique culturelle européenne.

La notion de cohésion culturelle va plus loin et signifie que le lien interculturel et une conscience culturelle commune sont au cœur d'une société européenne solidaire et unie. Le sixième rapport d'étape sur la cohésion de la Commission européenne du 25 juin 2009 (Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil, COM (2009) 295 final) s'approche de cette idée en soulignant que « La créativité et l'innovation prospèrent dans un environnement où les idées et les approches nouvelles sont acceptées et encouragées » et que, donc, « toutes les régions devraient s'efforcer de réduire la discrimination et de promouvoir le dialogue interculturel et une plus grande ouverture à l'égard des personnes ayant une origine ou un mode de vie différent ».

Mais nous avons aussi critiqué le déséquilibre du droit de l'UE, qui a introduit la diversité culturelle dans la Charte des droits fondamentaux et négligé le patrimoine commun des Européens, comme si ce patrimoine commun n'était fait que de la richesse de la diversité culturelle en Europe. Ce qui reviendrait à fonder l'intégration ce qui nous sépare culturellement et à ne pas voir ce qui nous est véritablement commun.

Comme nous l'avons écrit (Jeux et enjeu de la planétisation, op. cit., p. 275), « Nous sommes dans l'ère de la diversité, sans doute parce que le premier réflexe dans la mondialisation est un réflexe défensif, un réflexe de peur. Or, la diversité par nature n'a pas de limites... Le droit de participer à la vie culturelle européenne, ce doit être aussi le droit de connaître et valoriser le patrimoine commun, les grands courants artistiques, la pensée de l'universel et du lien entre l'universel et le particulier, le patrimoine juridique... ».

Un nouvel instrument juridique pourrait combler ce déficit de l'Union européenne. Il s'agit d'une convention du Conseil de l'Europe, la Convention-cadre sur la valeur du patrimoine culturel pour la société ou Convention de Faro. Celui-ci, qui vise aussi une union plus étroite entre ses membres, a développé très tôt une action culturelle et garde la main sur les conventions en matière culturelle. Il a parcouru beaucoup de chemin depuis sa Convention culturelle européenne de 1954 jusqu'à cette convention de 2005, entrée en vigueur en 2011. Le cheminement



est d'ordre conceptuel et reflète la prise de conscience de l'enjeu culturel dans la mondialisation. La Convention propose une nouvelle conception qui s'appuie sur le couple Patrimoine-Responsabilité comme deux des deux facettes d'une même notion.

Avec le patrimoine, on touche du doigt bien plus que des productions remarquables et dignes d'être conservées et valorisées ; on touche le noyau dur, la clé et l'indicateur, de la cohésion sociale, dans sa dimension nationale, européenne ou mondiale. Dans le premier cas, une politique culturelle est accessoire par rapport à la politique économique ou la politique sociale ou même la politique environnementale. Dans le second, la politique culturelle devient essentielle. Cela suppose que l'on ait une autre vision du patrimoine. Sans renier la démarche qui consiste à faire des listes d'éléments du patrimoine, on peut s'autoriser à voir le patrimoine dans tout ce qui nous entoure - dans l'environnement culturel - et dans tout ce qui nous constitue - dans ce qui résonne avec notre identité culturelle. Les deux démarches peuvent très bien se superposer dans la mise en œuvre d'une politique culturelle.

L'idée de responsabilité est consubstantielle de celle de patrimoine. La Convention s'appuie sur un raisonnement qui lie patrimoine et responsabilité et elle est porteuse de développements importants dans le domaine de la responsabilité, non seulement politique, mais surtout juridique.

Cette convention est ouverte à l'adhésion de tous les Etats membres de l'UE (qui sont aussi tous membres du Conseil de l'Europe) mais aussi à l'adhésion de l'UE qui détient une compétence culturelle. De même que celle-ci prépare son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui représente une priorité pour les deux organisations, elle pourrait s'intégrer dans le réseau juridique paneuropéen relatif à la culture et adhérer tout spécialement à cette Convention de Faro. Cela lui permettrait de renforcer son modèle culturel au bénéfice de l'intégration juridique et politique, dans un contexte international où se confrontent commerce et culture, ou encore - et de plus en plus - conflit armé et patrimoine - Elle pourrait, réciproquement, participer elle-même aux travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine de la culture. Faire société pour elle-même et au sein du Monde.

Mais si la convention est bien ouverte à l'adhésion de l'UE, il faut vérifier si le droit de l'Union permet juridiquement l'adhésion aux dispositions de la convention avec leurs pleins juridiques. L'UE est-elle

juridiquement et politiquement prête à adhérer à la nouvelle conception du patrimoine ? L'Union dispose d'une compétence culturelle, mais cela n'est pas une référence suffisante. D'une part, l'approche du patrimoine selon la Convention de Faro s'inscrit aussi dans la lignée des droits fondamentaux. D'autre part, si le domaine de l'environnement peut nous servir de point de repère pour apprécier les évolutions possibles en matière de responsabilité, l'analogie risque d'être trompeuse. Il faudra donc confronter juridiquement les dispositions de la Convention de Faro au droit de l'Union.

Après avoir défendu l'apport de la Convention de Faro au modèle culturel européen (première partie), il conviendra de ramener les potentialités de la convention dans les limites du droit de l'UE (deuxième partie).

## **I – L'APPORT DE LA CONVENTION DE FARO AU MODÈLE CULTUREL EUROPÉEN**

L'apport de la Convention est d'ordre matériel ; par son contenu, la convention témoigne d'une évolution conceptuelle quant à la relation entre l'homme et le patrimoine, entre la société et le patrimoine. La Convention de Faro repose sur deux concepts forts, le droit au patrimoine, qui vient donner une nouvelle dimension à ces « pauvres droits » culturels, et la responsabilité qui offre des possibilités de développement juridique.

### **A – Le droit au patrimoine**

La convention de Faro marque l'aboutissement d'une réflexion jalonnée par plusieurs conventions du Conseil de l'Europe relatives au patrimoine. C'est une vision citoyenne du patrimoine qui se dégage des nouvelles tendances, et qui fait du droit au patrimoine un nouveau droit de l'homme.

#### **1.1. La vision citoyenne du patrimoine**

Cette nouvelle conception se distingue de toutes les conventions antérieures du Conseil de l'Europe : Convention culturelle européenne (1954), Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de

l'Europe (1985), Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique (1992, révisée), Convention européenne du paysage (2000). Dans son approche du patrimoine, elle dépasse l'approche sectorielle et même l'approche doublement intégrée de la convention sur le paysage (le paysage comme rencontre du naturel et du culturel, le paysage comme facteur d'identité autant que source d'emplois économiques).

Le Conseil de l'Europe ramène l'homme au centre du patrimoine : « reconnaissant la nécessité de placer la personne et les valeurs humaines au centre d'un concept élargi et transversal du patrimoine culturel » (alinéa 2 du préambule). Le patrimoine n'est plus le patrimoine exceptionnel, institutionnellement reconnu. Il est le « patrimoine quotidien des citoyens » (rapport explicatif de la convention), le patrimoine qui naît de ce droit de chacun au patrimoine formulé dans l'article 1 de la convention, du droit de chacun à son patrimoine.

Par conséquent, la notion de patrimoine ne se définit plus en fonction des éléments matériels ou immatériels qui le composent et « toute référence à des cultures ou à des patrimoines matériellement référencés est évitée » (rapport explicatif). Elle se définit, d'une part, de façon globale et non pas sectorielle, et surtout, d'autre part, en fonction des valeurs attribuées par les individus. Le patrimoine n'existe pas par lui-même avec sa propre intelligence, mais n'a de sens qu'en relation avec les individus. La notion devient clairement globale, ethnocentrée et autoréférencée. Voici la définition donnée à l'article 2 de la convention : « le patrimoine culturel constitue un ensemble de ressources héritées du passé que des personnes considèrent, par-delà le régime de propriété des biens, comme un reflet et une expression de leurs valeurs, croyances, savoirs et traditions en continuelle évolution. Cela inclut tous les aspects de l'environnement résultant de l'interaction dans le temps entre les personnes et les lieux ».

La notion de patrimoine glisse vers la notion d'« environnement culturel » : « La définition porte une attention particulière à la dimension environnementale, reconnaissant la nature indissociable des influences culturelles et naturelles pour ce qui est du paysage et de l'environnement culturel hérité du passé » (rapport explicatif). Autrement dit, le naturel fait partie du culturel dans une approche intégrée et ouverte. (globale et non sélective). L'article 8 de la convention s'intitule « Environnement, patrimoine et qualité de vie » ; les Etats parties « s'engagent à utiliser tous les aspects patrimoniaux de l'environnement culturel » et, dans cet

article, la diversité est tant culturelle que biologique, géologique et paysagère.

La démarche suivie par la Convention tranche même avec celle de l'Unesco, qui consiste à reconnaître des biens ayant une valeur universelle exceptionnelle. Ce caractère exceptionnel peut ressortir de l'histoire d'une seule civilisation ou culture ou de croisements culturels de dimension mondiale. Mais le classement par l'Unesco consacre un mode de patrimonialisation sélectif à l'échelle internationale.

Il est vrai que la démarche de l'Unesco a déjà beaucoup évolué, ce qui relativise cette démarche sélective.

D'une part, l'Unesco a su faire évoluer la définition du concept de patrimoine mondial. Le patrimoine mondial peut être culturel ou naturel, puis les interactions entre le culturel et le naturel peuvent être reconnues comme des « paysages culturels ». On s'éloigne donc d'une liste de « zones réservées » qui tenteraient d'échapper aux pressions du monde, pour envisager une démarche intégrée de développement durable. Dans ce cas, on ne redoutera pas de voir la liste s'accroître toujours et encore, qu'il s'agisse de la Liste des biens du patrimoine matériel ou de celle des biens du patrimoine immatériel.

D'autre part, le corpus juridique de l'Unesco montre que l'organisation ne prend pas seulement en compte le noyau dur des biens du patrimoine mondial. Plusieurs conventions visent l'ensemble des biens du patrimoine culturel des Etats, la Convention de La Haye sur la protection des biens culturels en temps de conflit armé de 1954, la Convention de 1970 sur la lutte contre l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, la Convention sur la patrimoine culturel subaquatique de 2001. Par ailleurs, le statut de la Cour pénale internationale reconnaît la dimension culturelle de certains crimes de guerre, lorsque des attaques sont dirigées intentionnellement contre des monuments historiques.

La démarche n'est plus sélective et rejoint la notion de Bien public mondial. Ces biens ne sont pas nécessairement soustraits à la souveraineté des Etats, mais ils échappent ou méritent d'échapper (puisqu'un tel bien est un construit historique et que l'environnement juridique est un paramètre de l'identification de ces biens) aux « rivalités de consommation », comme disent les économistes. Ces biens doivent profiter à tous quelles que soient les frontières. L'homme est donc au cœur de la définition de ces biens.

La Convention de Faro emprunte cette logique (qui mène du patrimoine exceptionnel à tous les patrimoines ordinaires des Etats) et l'étire jusqu'à la personne humaine, jusqu'au droit de l'homme à son propre patrimoine.

### **1.2. Le droit au patrimoine comme un droit de l'homme**

De même qu'il existe un droit à l'environnement ou droit à un environnement sain en droit international, en droit européen et en droit national, pourquoi n'existerait-il pas un droit au patrimoine culturel ? Après les intérêts politique, économique, social, environnemental, l'intérêt culturel émerge. « La convention transcrit les tendances émergentes que souligne l'importance croissante des valeurs culturelles de l'environnement, de l'identité territoriale, des caractères du paysage et des dimensions environnementales du patrimoine » (rapport explicatif).

Le raisonnement de la Convention se situe dans la lignée des droits de l'homme, dans celle plus spécifique des droits culturels. « La convention traite du patrimoine comme d'un objet des droits individuels, ce qui lui donne du sens. On évite ainsi le flou de définitions – toujours changeantes – du patrimoine pour se référer au socle des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

Le droit au patrimoine vient enrichir les droits culturels, ces « oubliés des droits », qui sommeillaient dans l'ombre des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux, aujourd'hui réveillés par la globalisation (Isabelle Hannequart, *Jeux et enjeu de la planétisation*, op. cit., p. 47). Selon l'article 27 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (1948), « toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté... » ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) reprend ce droit dans son article 15 avec le « droit de participer à la vie culturelle » (aujourd'hui, la communauté – homogène – laisse une place aux minorités).

La Convention de Faro fait le lien avec ce droit spécifiquement culturel (par rapport à d'autres droits comme le droit à l'éducation). Son préambule reconnaît que toute personne a le droit « de s'impliquer dans le patrimoine culturel de son choix comme un aspect du droit de prendre librement part à la vie culturelle ». Dans l'article 1, les Etats parties conviennent de reconnaître que « le droit au patrimoine culturel est inhérent au droit de participer à la vie culturelle ». Le rapport explicatif

nous livre trois éclairages. Le droit au patrimoine culturel est explicité par la convention comme un aspect contenu dans le droit de participer à la vie culturelle de la communauté et du droit à l'éducation. L'origine et les conséquences de ce droit constituent en grande partie le point de départ du contenu innovant de la convention. L'existence des droits relatifs au patrimoine culturel découlent, comme une conséquence inéluctable, du droit internationalement reconnu de participer à la vie culturelle.

Ces formules explicatives nous semblent faibles par rapport à l'enjeu. Nous percevons que le droit au patrimoine fondamentalise en réalité les droits culturels. Le droit de participer à la vie culturelle est un droit d'expression. Le droit au patrimoine culturel est un droit à l'identité. Avec ce droit, il est question d'identité et de dignité humaine. Le socle est effectivement solide ; il n'est pas seulement global, il est fondamental.

Comment apprécier le droit au patrimoine culturel au sein des droits de l'homme ?

Ce droit est d'abord un droit individuel. La convention en son article un relie en effet ce droit au droit de participer à la vie culturelle, « tel que défini dans la Déclaration universelle des droits de l'homme », un texte qui exprime la vision individualiste des droits. Selon le préambule, les Etats reconnaissent que « toute personne a le droit, tout en respectant les droits d'autrui, se d'impliquer dans le patrimoine de son choix comme un aspect du droit de prendre part à la vie culturelle ... ». L'article 4 reprend la clause de la Convention européenne des droits de l'homme qui autorise les seules restrictions nécessaires dans une société démocratique à la protection de l'intérêt public, des droits et des libertés d'autrui.

En même temps, l'article 2 définit la notion de « communauté patrimoniale » : elle « se compose de personnes qui attachent de la valeur à des aspects spécifiques du patrimoine culturel qu'elles souhaitent, dans le cadre de l'action publique, maintenir et transmettre aux générations futures ». La communauté se définit donc par elle-même, en autoréférence, comme le patrimoine. Selon le rapport explicatif, une communauté pourra avoir un fondement géographique en lien avec la pratique d'une langue ou d'une religion, ou résulter de valeurs humanistes ou d'un passé assumé ensemble, ou encore simplement résulter d'un intérêt commun tel que la prédilection pour l'archéologie. Ce texte ajoute que « la définition ne requiert pas l'action », ce qui confirme que le droit au patrimoine n'est pas une simple conséquence du droit de participer à la vie culturelle.

L'article 4 – droits et responsabilités concernant le patrimoine culturel – tire les conséquences de la notion de communauté et énonce que « toute personne, seule ou en commun, a le droit de bénéficier du patrimoine culturel et de contribuer à son enrichissement ». Seule ou en commun...le droit au patrimoine s'exerce aussi collectivement. Mais l'article 4 ne pousse pas la notion de communauté au terme de sa logique ; il n'utilise pas le terme de communauté patrimoniale, ni l'article 11 sur l'organisation des responsabilités publiques en matière de patrimoine culturel. La communauté patrimoniale sert à identifier le patrimoine, et peut faire l'objet de recherches interdisciplinaires ; l'action publique fait intervenir les acteurs juridiquement institutionnalisés tels que les propriétaires ou les ONG/organisations non gouvernementales.

Droit à exercice individuel ou collectif, le droit au patrimoine serait-il un droit de synthèse ou de solidarité ? On trouve dans cette catégorie doctrinale le droit au respect du patrimoine commun de l'humanité, à côté du droit à la paix, du droit au développement ou du droit à l'environnement, qui visent des valeurs universelles et qui tendent à assurer les conditions mêmes d'exercice des droits. La convention de Faro présente effectivement le droit au patrimoine comme une condition même de l'édification d'une société pacifique et démocratique et une condition du processus de développement durable.

L'admission de cette troisième génération se heurte à des réticences tenant aux incertitudes quant à l'objet et au titulaire de ces droits.

Ici, l'objet est le patrimoine. Mais s'agit-il de n'importe quel objet patrimonialisé par les communautés patrimoniales elles-mêmes ou d'un patrimoine dont les pouvoirs publics auront reconnu la valeur selon des procédures définies. L'article renvoie à des mesures législatives relatives aux modalités d'exercice du droit au patrimoine culturel. En tout état de cause, ces mesures ne devront pas être restrictives, puisque les Etats s'engagent, selon l'article 5, « à reconnaître la valeur du patrimoine culturel situé sur les territoires relevant de leur juridiction, quelle que soit son origine ». On comprendra que les Etats ne s'engagent pas facilement dans cette conception extensive.

Quant au titulaire du droit au patrimoine, il semble que les Etats, compte tenu de la place assignée aux communautés culturelles, aient évité que celles-ci revendiquent juridiquement des droits, et ne considèrent comme titulaires que les individus et les ONG. Mais des ONG nationales ou internationales peuvent parler au nom de ces communautés.

Le droit au patrimoine reste plus certainement dans la catégorie classique des droits culturels, mais, de même que le droit à l'environnement a connu ces dernières années une promotion tant en droit international qu'en droit européen (Droit européen des droits de l'homme, Jean-François Renucci, LGDJ, 2<sup>e</sup> édition, 2001, p. 471), le droit au patrimoine, tel qu'il est formulé dans la convention de Faro, témoigne d'une évolution très significative. Le droit européen, avant le droit international, touche du doigt l'enjeu vital du patrimoine dans la société tout entière et sait l'exprimer en termes de droits individuels. La conception ainsi adoptée est lourde de conséquences en termes juridiques. Elle débouche sur la notion de responsabilité, en relation avec une notion très élargie de patrimoine culturel.

## **B – La responsabilité culturelle patrimoniale**

Dès l'article Un, les Etats conviennent de reconnaître a) le droit au patrimoine et b) une responsabilité individuelle et collective envers ce patrimoine culturel. Cette responsabilité est chargée d'un sens qui déborde largement les contours de la responsabilité classique. L'enjeu de cette responsabilité est l'existence même d'un patrimoine commun de l'Europe. Cela justifie que la responsabilité patrimoniale ne soit pas seulement une responsabilité politique mais une véritable responsabilité juridique.

### ***1 – L'enjeu du patrimoine commun de l'Europe***

L'article 4 de la convention de Faro est consacré aux « droits et responsabilités concernant le patrimoine culturel ». Il concerne les seuls individus – leurs droits et obligations - quand l'article 5 (droit et politiques du patrimoine culturel) traite des engagements politiques des Etats nécessaires à l'exercice du droit au patrimoine.

En réalité, droits et responsabilités se lisent au singulier : le droit au patrimoine s'accompagne de la responsabilité de toute personne, le troisième point de l'article correspondant à la clause de restriction. Les deux vont de concert, comme les deux facettes d'un même droit. Pas de droit au patrimoine sans responsabilité ; les deux sont consubstantiels, alors qu'en général, un droit trouve simplement sa limite dans le droit équivalent des autres. La responsabilité représente le pendant nécessaire du droit au patrimoine en terme d'obligation, mais c'est plus qu'une



obligation. Philosophiquement, la responsabilité est sous-tendue par la conscience de la valeur du patrimoine, qui est la source de la convention. Juridiquement, la responsabilité se caractérise par l'obligation de réparation en cas de dommage causé au patrimoine. Le texte ne précise pas cette conséquence, mais les mesures législatives visées par l'article 5 ont pour vocation d'assurer cette réparation.

La formule de la responsabilité nous donne l'explication du couple droit au patrimoine/responsabilité : « il est de la responsabilité de toute personne, seule ou en commun, de respecter aussi bien le patrimoine culturel des autres que son propre patrimoine et en conséquence le patrimoine commun de l'Europe ». Le raisonnement qui associe droit et responsabilité permet de conduire au concept de patrimoine commun. Le rapport explicatif explicite ce raisonnement : « La responsabilité à l'égard du patrimoine d'autrui comme à l'égard de son propre patrimoine suggère que, grâce à une telle interaction, les différents patrimoines se rejoignent en un patrimoine commun ». L'interdépendance des responsabilités fait le patrimoine commun des Européens ; la responsabilité est le maillon nécessaire à l'émergence de cette notion.

La convention consacre un article, l'article 3, au patrimoine commun de l'Europe, avant même les droits et responsabilités, et juste après les objectifs et les définitions. Il ne s'agit pas d'un objectif de la convention au sens de l'article 1, pourtant la promotion de la reconnaissance de ce patrimoine commun est une volonté des parties qui découle, comme le dit le rapport explicatif, de l'objectif « de considérer le patrimoine culturel de l'Europe dans un contexte social plus large ».

Le droit au patrimoine, c'est donc aussi le droit au patrimoine commun. Mais ce patrimoine commun n'est-il composé que de l'addition des différents patrimoines, n'est-il fait que de la diversité, chère aux Européens ? Ou ce patrimoine est-il véritablement commun, fait des grands courants culturels qui ont traversé l'Europe et des mêmes valeurs communes ? Autrement dit, un patrimoine commun transnational, « métanational ».

L'article 3 nous dit ce que recouvre le patrimoine commun. Ce sont « tous les patrimoines culturels en Europe constituant dans leur ensemble une source partagée de mémoire, de compréhension, d'identité, de cohésion et de créativité ». Ce sont aussi « les idéaux, les principes et les valeurs, issus de l'expérience des progrès et des conflits passés, qui favorisent le développement d'une société de paix et de stabilité

fondée sur le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'état de droit ». Le rapport explicatif qualifie ces deux éléments inséparables de « patrimoine culturel » et de « patrimoine intellectuel ». Le premier représente « une ressource et une source de la mémoire collective pour les populations en Europe ; le second « un ensemble de valeurs consensuelles, issues de l'histoire et constituant « l'idéal européen » en matière d'organisation de la société ». Le patrimoine culturel peut recouvrir des éléments nationaux en interrelation comme des éléments transnationaux de patrimoine ; le patrimoine intellectuel est un patrimoine nécessairement immatériel et véritablement commun à tous les Européens.

Le patrimoine européen est toujours fait de la richesse de sa diversité : « les patrimoines culturels constituent une ressource pour la protection de la diversité culturelle et le besoin d'ancrage territorial face à la standardisation grandissante ». Il est aussi, et enfin, constitué de l'en-commun des Européens. Il représente donc aussi une ressource pour la solidarité et l'unité dans l'intégration.

Le raisonnement du Conseil de l'Europe – valeur du patrimoine pour chaque individu, droit au patrimoine, responsabilité, patrimoine commun – est analogue à celui conduit, en des termes plus philosophiques, par Jean-Michel Lucas lors de la Rencontre artistes, territoires, habitants, le 24 juin 2011 (Comment placer l'enjeu culturel au centre de la responsabilité publique et non plus dans l'exception du système marchand ?, Encausses, [www.culturedepartements.org](http://www.culturedepartements.org)).

Il mène une réflexion sur l'enjeu des actions culturelles. Il part de l'idée que la responsabilité première de la politique publique est de garantir la liberté mais aussi le respect de la dignité des personnes conformément à la DUDH. Or, c'est par son identité que la personne exprime sa dignité, l'identité culturelle étant comprise comme « l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité ». Si la personne est respectée dans son identité culturelle, elle doit aussi respecter les autres cultures. Mais cela ne donne pas un droit de cité à n'importe quelle culture ; l'entrée par la dignité impose une forte exigence collective. L'identité culturelle n'est légitime à réclamer le respect de sa dignité que si elle fait Humanité avec les autres. Et de conclure : « L'enjeu culturel conçu ainsi devient central pour la politique publique puisque l'hétérogénéité des identités culturelles doit, malgré cela, conduire à dégager ensemble quelque chose qui fasse unité du genre

humain... La culture « est une nécessité de survie de l'humanité comme volonté politique de parvenir à l'unité dans la diversité des cultures ».

Si l'on met le patrimoine au cœur de ces références culturelles, on peut dire que l'identité patrimoniale (le droit au patrimoine qui nous constitue) associée à la dignité humaine (la responsabilité) dépasse l'adjonction des patrimoines et la diversité et conduit à l'unité (au patrimoine commun). Ce droit au patrimoine commun, qualifié de « droit de faire humanité » (I. Hannequart, op. cit., p. 295) est, à son tour, aussi une responsabilité de faire humanité !

La notion de patrimoine commun conduit à son tour à l'idée de responsabilité partagée entre les Etats (titre III de la convention). Les parties s'engagent à coopérer « dans la poursuite des objectifs et des principes de la convention, particulièrement dans la promotion de la reconnaissance du patrimoine commun de l'Europe » (article 17). La responsabilité internationale se traduit de façon classique par la coopération entre Etats, mais vient aussi renforcer la stratégie de coopération transfrontalière et interrégionale prônée par le Conseil de l'Europe et soutenue par l'UE. Cette responsabilité à l'égard du patrimoine peut être considérée comme une forme de responsabilité à l'égard des générations futures puisqu'elle doit permettre de transmettre le patrimoine.

## **2 – La portée juridique de la responsabilité culturelle**

La responsabilité culturelle patrimoniale peut-elle se traduire par une véritable responsabilité en droit ? Le Conseil de l'Europe, qui n'est pas une organisation d'intégration, n'a pas vocation à organiser sa propre responsabilité, mais prépare des conventions à destination de ses membres (Etats ou UE), invités à mettre en place des systèmes de responsabilité (nationaux ou européen).

La Convention de Faro envisage deux niveaux de responsabilité. La responsabilité des individus, responsabilité « de toute personne, seule ou en commun », et la responsabilité des Etats, « responsabilité partagée envers le patrimoine culturel » ou responsabilité commune européenne.

Tout d'abord, la responsabilité publique étatique est d'ordre politique. Même si elle est organisée par la convention, qui fixe les engagements des Etats, cette convention n'impose pas aux Etats une responsabilité avec obligation de réparation ; elle impose aux Etats de mettre en place des politiques du patrimoine culturel et de prendre des mesures

nationales pour atteindre les objectifs de la convention. Et elle organise un suivi des législations, politiques et pratiques en matière de patrimoine culturel, conformément à la méthode incitative du Conseil de l'Europe. Le rapport explicatif tient à souligner que la Convention « ne crée pas de droits exécutoires au regard d'aucun sujet dont elle traite » et que « les droits de ce type peuvent être créés seulement à travers l'action législative des Etats ».

Malgré tout, l'article 11 de la Convention « expose l'esprit dans lequel les Parties exercent leur responsabilité en matière d'initiative des dispositions nationales relatives au patrimoine culturel » (rapport explicatif). Selon le rapport explicatif, « le rôle des pouvoirs publics ne devrait pas être d'assumer la responsabilité du patrimoine culturel à la place du public, mais de piloter les actions de partenariat » ; en même temps, le rôle dévolu à la société civile ne doit pas « déplacer les responsabilités qui relèvent complètement de l'Etat ». L'Etat et ses régions doivent piloter le processus de gouvernance démocratique du patrimoine.

L'article 17 invite les Etats à développer leur coopération transfrontalière et dépasser les frontières de leur action législative. Un Etat peut être dépositaire d'un patrimoine ayant une valeur importante pour une communauté résidant à l'extérieur de ses frontières ; l'Etat « hôte » sera alors « tenu de traiter ce patrimoine aussi soigneusement que s'il présentait un intérêt national » (rapport explicatif).

Concernant la responsabilité individuelle, il n'est pas écrit formellement que les Etats s'engagent à mettre en place un système de responsabilité individuelle à l'égard du patrimoine, mais cela résulte des différentes formules de la convention :

- les Parties s'engagent à assurer l'existence de mesures législatives relatives aux modalités d'exercice du droit au patrimoine culturel défini à l'article 4 (article 5c.) ; or, droit et responsabilité sont indissociables,
- les parties s'engagent à favoriser un environnement économique et social propice à la participation aux activités relatives au patrimoine culturel (article 5d.),
- les Parties s'engagent à développer une fonction de suivi portant sur les législations, les politiques et les pratiques en matière de patrimoine culturel, conformément aux principes énoncés par la présente Convention (article 15 a) ; or, la responsabilité individuelle est un principe-clé de la Convention.

D'autre part, les Parties s'engagent à « encourager les organisations non gouvernementales concernées par la conservation du patrimoine à intervenir dans l'intérêt public ». Cela signifie, selon le rapport explicatif, que ces ONG doivent pouvoir participer et même représenter les intérêts du patrimoine culturel « dans les procédures administratives et juridiques ». Une équivalence est ainsi établie avec les droits accordés (sous réserve de mesures législatives) aux ONG en matière environnementale par la Convention d'Aarhus de 1998, Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

Les développements juridiques potentiels de la Convention de Faro sont donc importants. Certains Etats peuvent avoir des dispositions aussi favorables ou plus favorables « concernant le patrimoine culturel et l'environnement », mais les Etats sont invités à une évaluation systématique de leur situation actuelle et beaucoup d'Etats membres du Conseil de l'Europe sont encore éloignés, dans leurs législations ou leurs pratiques, des standards de la convention.

La pertinence de la Convention est démontrée par un cas d'actualité qui a suivi de près l'entrée en vigueur de la Convention (pour une minorité d'Etats membres). Il s'agit des dommages subis par les lieux d'enterrement juifs en Europe, dommages qui résultant des profanations de tombes mais aussi de différentes causes impliquant différents acteurs, telles qu'une mauvaise gestion ou des règles d'urbanisme inadaptées. La Commission permanente de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté, le 25 mai 2012, une proposition de Résolution 1883 sur Les cimetières juifs. Ce texte s'appuie sur la « responsabilité de protéger la dignité humaine au sens large en préservant les défunts dans leur sépulture d'une manière compatible avec leur pratique religieuse », considère que les lieux d'enterrement juifs font partie du patrimoine culturel européen, et recommande aux Etats membres du Conseil de l'Europe de ratifier et mettre en œuvre la Convention de Faro, convention qui, selon l'exposé des motifs, « établit un lien important entre la protection des droits fondamentaux et celle du patrimoine et affirme l'existence d'une « responsabilité européenne commune » vis-à-vis du patrimoine culturel, qui embrasse non seulement les éléments exceptionnels mais aussi ordinaires du patrimoine et les valeurs qui y sont attachées ». La Commission de la culture, de la science, de l'éducation et des médias, qui a préparé le texte, a précisé que les propositions pourraient s'appliquer à d'autres communautés religieuses.

Cette proposition de résolution renvoie donc à la Convention de Faro et soulève aussi la question de la responsabilité pénale, en lien avec la multiplication des agressions contre les patrimoines culturels devenus des cibles dans les conflits. « Avec l'essor de la mondialisation, les peuples ressentent le besoin de repères. Ils cherchent à protéger leurs identités, ils se tournent vers les monuments porteurs de valeurs et de sens. Ce phénomène se vérifie partout dans le monde. Les fanatiques le savent et prennent la culture pour cible afin d'attiser les haines. Tel est leur but véritable, loin des faux prétextes religieux. Ils attaquent le patrimoine parce qu'ils savent que sa destruction marque une escalade dans le conflit, qui compromet durablement les efforts de réconciliation » (les crimes contre la culture sont des crimes contre la civilisation, *Le Figaro*, 6 juillet 2012).

La Convention de Faro n'attache expressément aucune conséquence pénale à la responsabilité individuelle, mais la responsabilité pénale pour atteinte au patrimoine culturel fait aussi partie des développements potentiels de la convention, comme il existe une Convention de Strasbourg de 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal.

Certaines législations nationales ont déjà introduit des éléments en ce sens. La France par exemple punit les profanations des cimetières, qu'ils soient juifs ou non (article 225-17 du Code pénal) et traite comme circonstance aggravante le fait (doublement culturel) de commettre cette infraction « à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, des personnes décédées à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » (article 225-18). Mais un rapport du Groupe d'étude parlementaire sur la politique de prévention et de lutte contre les profanations dans les lieux de culte et les cimetières de l'Assemblée nationale, présenté le 29 novembre 2011 ([www.jpmaurer.info](http://www.jpmaurer.info)), prône une réponse pénale mieux adaptée.

Les législations peuvent être enrichies, dans un contexte où le droit international public, pour sa part, ne reconnaît pas le génocide culturel ou ethnocide parmi les crimes contre l'humanité. Le crime contre la culture ou crime culturel pourrait légitimement trouver sa place à côté du crime contre l'environnement. Celui-ci n'est pas non plus consacré comme crime contre l'humanité mais le statut de la Cour pénale internationale de 1998 retient les crimes de guerre à dimension environnementale comme culturelle. La jurisprudence internationale pourrait faire advenir le concept de crime international à dimension patrimoniale. En 2001, le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a retenu la destruction

des monuments historiques comme chef d'accusation dans son action concernant l'attaque de 1991 contre le port historique de Dubrovnik en Croatie. A cette époque, le Directeur général de l'Unesco s'est félicité de ce précédent historique fondé sur la Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. (www.unesco.org, 13 mars 2001). Parmi les douze ratifications de la Convention de Faro, il est notable qu'on trouve les six Etats issus de l'ex-Yougoslavie, dont le patrimoine culturel a beaucoup souffert pendant le conflit des années 1990, et on pense à la reconstruction hautement symbolique du Pont de Mostar en Bosnie-Herzégovine en 2004.

A l'opposé du caractère punitif de la responsabilité pénale, la Convention de Faro permet d'envisager une responsabilité culturelle des entreprises. La RSE/responsabilité sociale ou sociétale des entreprises, qui relève du droit doux, s'appuie sur des références internationales en matière sociale et environnementale, mais vise aussi l'engagement sociétal et les droits de l'homme. Le respect du droit au patrimoine pourrait entrer par ce biais dans le champ des initiatives de RSE. L'éthique de la RSE ne peut méconnaître la valeur du patrimoine pour la société.

Certaines entreprises ont introduit des tests qui sont à la croisée du social et du culturel, « en inscrivant leur démarche RSE autour de la non-discrimination et de la gestion de la diversité sur le lieu de travail » (Gestion de la diversité en entreprise et RSE : sensibiliser aux risques discriminatoires par la démarche du « testing sollicité », Fabrice Foroni, www.irfam.org). A travers l'influence du critère discriminatoire de l'origine, c'est indirectement l'influence du critère culturel qui est testée. L'évaluation éthique réalisée par l'agence de notation Oekom research, spécialisée dans le domaine de l'investissement socialement responsable, se base officiellement sur la responsabilité sociale (envers les personnes concernées par les activités de l'entreprise), sur la responsabilité environnementale (envers l'environnement naturel) et sur la « responsabilité culturelle » (envers la société et la culture) (La Société générale a obtenu le statut « Prime » pour sa démarche de responsabilité Sociale des Entreprises (mars 2012), <http://rse.societegenerale.com>). La dimension culturelle commence à ressortir de la RSE de même qu'elle tend à s'inscrire comme un quatrième pilier du développement durable.

L'Union européenne qui a défini sa propre stratégie européenne de RSE a-t-elle poussé la logique de RSE jusqu'à la culture et au patrimoine ? D'une façon plus générale, l'UE est-elle prête à adhérer à la vision du Conseil de l'Europe ?

## II – LA CONVENTION DE FARO FACE AUX LIMITES DU DROIT DE L’UNION EUROPÉENNE

L’UE, qui détient une compétence culturelle et a proclamé des droits culturels fondamentaux à l’échelle européenne, pourrait envisager son adhésion à la Convention de Faro. Pourtant, « le niveau de participation de l’UE aux conventions du Conseil de l’Europe est aujourd’hui plutôt faible », comme le montre le récent Rapport du Secrétaire général du Conseil de l’Europe sur le passage en revue des conventions du Conseil de l’Europe (Document d’information SG/Inf(2012)12, 11 mai 2012) et l’UE n’a pas ratifié la Convention de Faro, comme 23 de ses Etats membres sur 27 (Ont ratifié la Lettonie, le Luxembourg, le Portugal et la Slovénie ; ni la France ni l’Allemagne n’ont signé la Convention, situation au 29 juin 2012. La France étudie la possibilité et l’intérêt de ratifier la convention au regard de ses objectifs, du suivi et des moyens de mise en œuvre qu’elle nécessite, et se basera sur son application par les autres Etats pour mieux évaluer son coût et les besoins nécessaires à son suivi, Réponse du Ministère chargé des affaires européennes à la Question écrite de M. Serge Lagauche, JO Sénat du 7 juillet 2011, p. 1774).

Sur les 37 conventions ouvertes à l’UE, 11 ont été ratifiées, dans les domaines suivants : santé et médecine, bien-être animal et vie sauvage, services de la société de l’information. Une seule de ces conventions ratifiées figure parmi les conventions-clés du Conseil de l’Europe, la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l’Europe. L’UE s’est donc engagée pour l’environnement naturel... pourquoi pas pour l’environnement culturel ?

Droit au patrimoine et responsabilité sont-ils des engagements trop ambitieux par rapport au droit de l’UE ?

### A – Droit au patrimoine et droit de l’UE

Le Patrimoine culturel européen apparaît bien dans les objectifs de l’UE, mais cela suffit-il à donner compétence à l’UE pour s’engager en faveur de ce nouveau droit ?

#### 1 – *Le patrimoine culturel européen comme objectif de l’UE*

Le Traité de Lisbonne fait de la compétence de l’UE une compétence d’appui. Selon l’article 6 du TFUE/Traité sur le fonctionnement de l’UE,



« l'UE dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres ». Elle mène ainsi une politique culturelle, qui se traduit par le programme Culture et une action dans le domaine de l'audiovisuel.

Le programme Culture, qui sera renouvelé en 2014, prévoit trois niveaux d'intervention : un soutien à des actions culturelles, un soutien à des organismes actifs dans le domaine culturel, un soutien à des travaux d'analyse, à la collecte et à la diffusion de l'information ainsi qu'à l'optimisation de l'impact de projets dans le domaine de la coopération culturelle et du développement politique. A l'instar du Conseil de l'Europe, l'UE a pris conscience de l'importance de la culture dans la mondialisation. Le programme Culture doit contribuer aux priorités de l'Agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation : favoriser la diversité culturelle et le dialogue interculturel, dynamiser la créativité dans le cadre de la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi, faire de la culture un élément indispensable des relations internationales.

On remarque toutefois que le citoyen et son patrimoine ne sont pas au cœur de ces priorités culturelles, alors que l'UE développe par ailleurs une politique en matière de citoyenneté. Il s'agit plus d'une politique Culture que d'une politique Patrimoine. La prise de conscience de l'enjeu de la culture dans la mondialisation n'est pas équivalente à celle du Conseil de l'Europe. Ce sont les différents Etats membres qui s'occupent du patrimoine et l'Europe est plus préoccupée par la croissance et l'emploi qui relèvent de sa mission socio-économique.

Pour cette raison économique, l'UE développe une politique de l'audiovisuel, dont les deux pierres angulaires sont la directive TSF/Télévision sans frontières et le programme Media. La directive crée un cadre juridique pour la libre-circulation des programmes télévisés européens dans le marché intérieur et pour la protection du cinéma européen grâce au système des quotas. Le programme Media soutient le secteur audiovisuel européen. Cette politique de l'audiovisuel a une dimension patrimoniale plus directe ; elle vise à encourager le processus créatif et la connaissance du patrimoine cinématographique et audiovisuel européen (I. Hannequart, op. cit., p. 272).

L'UE est également compétente pour négocier dès lors que la culture touche le commerce international. Depuis le Traité de Lisbonne, tous les accords commerciaux en matière de services relèvent désormais de la compétence exclusive de l'UE (et non plus mixte), y compris les accords

dans le domaine des services culturels et audiovisuels. Quant aux règles de vote, le Traité restreint la règle de l'unanimité aux accords portant sur les services culturels et audiovisuels « lorsque ceux-ci risquent de porter atteinte à la diversité culturelle et linguistique de l'Union » et fait des Etats les garants à l'international de la diversité culturelle. On voit bien ici la place accordée à la défense prioritaire de la diversité... Les Etats ne sont-ils pas aussi garants de leur patrimoine commun, fondé sur autre chose que sur ce qui les sépare ?

La Charte des droits fondamentaux confirme cette critique. L'article 22 proclame que « L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique », mais la Charte ne proclame pas que tout citoyen a droit de participer à la vie culturelle de l'Union ! Pourtant, l'article 10 du TUE/Traité d'UE déclare que « tout citoyen a le droit de participer à la vie démocratique de l'Union ». L'article 25 de la Charte, pour sa part, reconnaît le droit des personnes âgées à participer à la vie sociale et culturelle, mais cet article est inspiré par un intérêt social (il est inspiré par la Charte sociale européenne et par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs).

C'est dans les objectifs de l'UE que l'on trouve la référence au patrimoine culturel européen, dans la continuité de la formule sur la diversité : « Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ». Mais le patrimoine culturel européen est-il autre chose que la diversité ? La formule pourrait ne viser que la richesse de la diversité, dans les deux aspects, de respect d'une part, et de promotion d'autre part. Il est quand même possible d'y lire la notion de patrimoine commun de l'Europe dans sa dimension transnationale.

Si la volonté politique existe en faveur de cette vision, le Traité de Lisbonne permet aux Etats membres de mener des actions pour mettre en valeur le patrimoine commun. On doit saluer la décision prise le 16 novembre 2011 en co-décision établissant une action de l'UE pour le label du patrimoine européen (Décision n°1194/2011/UE du Parlement européen et du Conseil, JOUE L303/1, 22/11/2011). Conformément au principe de subsidiarité, l'initiative intergouvernementale lancée à Grenade en 2006 devient une action de l'UE.

L'UE a compris qu'une « plus grande compréhension et reconnaissance, notamment parmi les jeunes, de leur héritage commun- et pourtant diversifié – contribuerait à renforcer le sentiment d'appartenance à

l'Union et le dialogue interculturel ». Nul doute que le patrimoine commun dépasse la diversité. Les critères retenus dans l'article 7 de la Décision pour l'attribution du label le prouvent : « les sites candidats au label doivent revêtir une valeur européenne symbolique et doivent avoir joué un rôle significatif dans l'histoire et la culture de l'Europe et/ou la construction de l'Union ». Cette condition générale est explicitée par trois conditions alternatives imposées aux sites candidats :

- leur caractère transnational ou paneuropéen en montrant de quelle manière leur influence et leur attractivité passées et présentes dépassent les frontières nationales d'un Etat membre,
- leur place et leur rôle dans l'histoire et l'intégration européennes, et leur rapport avec des événements, des personnalités ou des mouvements européens clés,
- leur place et leur rôle dans le développement et la promotion des valeurs communes qui sous-tendent l'intégration européenne.

La première sélection de sites pour les Etats membres n'ayant pas participé à l'initiative intergouvernementale aura lieu en 2013. Au titre de l'initiative intergouvernementale, on peut citer comme site labellisé la Maison de Jean Monnet, l'un des fondateurs de l'intégration européenne, un site emblématique dans l'histoire de la construction européenne

L'argumentation de la Décision rejoint celle du Conseil de l'Europe : « ...l'action pourrait aussi contribuer à mettre en valeur le patrimoine culturel et à souligner son intérêt, à accroître le rôle du patrimoine dans le développement économique et durable des régions, ...et, plus généralement, à promouvoir les valeurs démocratiques et les droits de l'homme qui sous-tendent l'intégration européenne ».

L'UE reconnaît même qu'il importe « de faciliter l'accès au patrimoine culturel ». Ce n'est pas encore un « droit » d'accès au patrimoine culturel, ni a fortiori un droit au patrimoine culturel tel que conçu par le Conseil de l'Europe, mais cela s'en rapproche beaucoup.

Le droit d'accéder au patrimoine correspond au droit de bénéficier du patrimoine culturel, premier élément du droit au patrimoine, mais ne s'étend pas au droit de contribuer à son enrichissement, second élément du droit au patrimoine, selon l'article 4 de la Convention de Faro. Ce second élément est ambitieux en terme de démocratie : droit de participer au processus d'identification, d'étude, d'interprétation, de protection, de conservation et de présentation du patrimoine culturel, droit de

participer à la réflexion et au débat publics sur les chances et les enjeux que le patrimoine culturel représente (article 12 de la Convention de Faro). Mais l'article 12 s'intitule « Accès au patrimoine et participation démocratique » et le droit européen reconnaît le droit de tout citoyen de participer à la vie démocratique de l'Union.

L'UE pourrait donc, dans la continuité logique de son droit, adhérer à la Convention de Faro et reconnaître ainsi, au niveau européen, le droit au patrimoine culturel européen et s'engager à promouvoir une reconnaissance du patrimoine commun de l'Europe. Cette Convention n'est pas considérée comme une convention clé par le Conseil de l'Europe. Les conventions clés sont les conventions fondamentales du Conseil de l'Europe, à travers lesquelles s'incarnent les idéaux et les principes communs aux Etats membres ; la participation à ces conventions fonde l'appartenance au Conseil de l'Europe. La Convention de Faro fait partie de la catégorie des « autres conventions actives ». Elle pourrait toutefois, compte tenu de la procédure suivie, changer de catégorie si les Etats et l'UE lui donnaient un grand rayonnement à l'avenir (La Convention culturelle européenne de 1954 n'a pas pu être ouverte à l'adhésion de l'UE créée en 57, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe de 1985, la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique de 1969 révisée en 1992, la Convention européenne du paysage de 2000 ou encore la Convention européenne relative à la protection du patrimoine audiovisuel ont été ouvertes à l'adhésion de l'UE mais celle-ci ne les a pas ratifiées).

Le fait de sélectionner, comme le fait l'Unesco, des éléments, plus ou moins exceptionnels, d'un patrimoine commun européen par son label - donc une approche sélective - pourrait paraître incompatible avec la vision citoyenne de la Convention de Faro et nous conduire à un raisonnement paradoxal. Mais l'action européenne n'empêche pas d'adhérer à la conception citoyenne et démocratique du patrimoine. Bien au contraire, cela permettrait de mieux faire accepter la pratique du label qui pourrait se révéler élitiste. La jonction des deux démarches formerait un ensemble conceptuel équilibré. Il semble, en effet, que les critères méthodologiques imposés par la Décision européenne aux projets de candidature (notamment sensibiliser les citoyens à la dimension européenne du site) ne garantissent pas actuellement une participation démocratique des citoyens dans l'élaboration et la conduite du projet de site... Sélectionner des sites emblématiques et pédagogiques et veiller à

la participation des citoyens à l'identification et à la vie de ces sites devraient être deux actions complémentaires.

L'UE devrait comprendre son intérêt à s'ouvrir à cette nouvelle conception du patrimoine en voyant son intérêt d'ordre stratégique, car la participation à cette convention viendrait fondamentalement renforcer l'argumentation de l'Union européenne face aux forces du marché global. Dans le contexte international, de nombreux Etats font pression pour renforcer la libéralisation dans le secteur des services culturels, et l'OMC/Organisation mondiale du commerce a laissé les Etats libres de souscrire ou ne pas souscrire des engagements de libéralisation (I. Hannequart, op. cit., p. 254). La Convention internationale de l'Unesco sur la diversité culturelle était censée renforcer la position de l'UE en faveur de l'exception culturelle. Mais la dilution de l'exception culturelle dans la diversité culturelle à tous niveaux pourrait aussi affaiblir les Etats au bénéfice de la globalisation économique (op. cit., p. 258). La conception d'un patrimoine culturel européen commun fondé sur un droit de tout citoyen au patrimoine éviterait ce danger et donnerait une base solide à la position européenne à l'OMC. La culture ne serait même plus traitée comme une exception au système marchand ; elle serait admise comme un autre système possible. Comme l'écrit Jean-Michel Lucas (op. cit.), « la référence à l'enjeu de dignité » place l'enjeu culturel « au centre de la responsabilité publique et non plus dans l'exception du système marchand ».

## **2 – La compétence de l'UE pour un nouveau droit de l'homme ?**

Il reste toutefois un obstacle juridique de taille pour l'adhésion à la Convention de Faro. Celle-ci a choisi une démarche résolument « droits de l'homme » ; or, l'UE ne semble pas compétente pour introduire un nouveau droit de l'homme comme le droit au patrimoine dans le droit européen, un nouveau droit opposable à l'Union européenne elle-même. On peut d'ailleurs remarquer que la Charte des Droits fondamentaux ne proclame pas un droit à l'environnement, mais se contente d'un article 37 sur « La protection de l'environnement ».

Il est bien précisé dans le Traité de Lisbonne (article 6 du TUE) que ni la Charte des droits fondamentaux ni l'adhésion prévue à la CEDH ne viennent étendre ou modifier « les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ». Et la Cour de Justice des Communautés européennes avait, dans son avis 2/94 du 28 mars 1996, conclu que la

Communauté européenne ne pouvait pas adhérer à la CEDH notamment car aucune disposition du traité applicable à l'époque ne lui donnait compétence pour édicter des règles ou conclure des conventions internationales en matière de droits de l'homme. Le 23 décembre 2010, l'UE a pourtant achevé le processus de conclusion de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (ratification présentée comme historique par le Conseil français des personnes handicapées pour les questions européennes, <http://www.cfhe.org>), mais l'UE avait, avant même l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, compétence en matière de non-discrimination à raison du handicap.

Or, la Cour est compétente pour donner son avis préalablement à la conclusion d'une convention sur la compatibilité de cette convention avec les traités, sur saisine d'un Etat membre, du Parlement européen, du Conseil ou de la Commission. Pourrait-elle considérer, en cas de saisine, que le droit au patrimoine (droit aux divers patrimoines et droit au patrimoine commun, indissociablement) est, non pas un nouveau droit de l'homme, mais un développement de l'article 10 TUE et de l'article 167 TFUE, selon lequel l'UE « contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun » ?

## **B – Responsabilité et droit de l'UE**

A priori, l'UE pourrait jouer un rôle en matière de responsabilité juridique comme elle le fait dans le secteur de l'environnement. La législation de l'UE sur la responsabilité environnementale se doublerait alors d'une législation sur la responsabilité culturelle patrimoniale. Mais l'UE dispose-t-elle du titre de compétence nécessaire ? A défaut d'un tel titre, l'UE peut tenter d'introduire de nouvelles normes de références culturelles dans ses interventions en matière de RSE.

### ***1 – De la responsabilité environnementale à la responsabilité culturelle?***

Dans le domaine de l'environnement, l'UE dispose d'une compétence partagée avec les Etats membres, selon l'article 4 du TFUE. Sur ce fondement, elle peut prendre des mesures d'harmonisation des législations des Etats membres. Une directive établit ainsi un cadre commun de responsabilité en vue de prévenir et de réparer les dommages causés aux animaux, aux plantes, aux habitats naturels et aux ressources en eau,

ainsi que les dommages affectant les sols (cf. infra, Damien Thierry, La responsabilité environnementale européenne). Il s'agit de la Directive 2004/35/CE du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (JO L 143 du 30 avril 2004).

Ce régime de responsabilité met en œuvre le principe international du pollueur-payeur et s'applique aux dommages environnementaux et aux menaces imminentes de tels dommages lorsqu'ils résultent d'activités professionnelles, dès lors qu'il est possible d'établir un lien entre de causalité entre le dommage et l'activité en question. Les dommages sont définis comme étant de trois types :

- les dommages, directs ou indirects, causés au milieu aquatique couvert par la législation communautaire en matière de gestion des eaux,
- les dommages, directs ou indirects, causés aux espèces et habitats naturels protégés au niveau communautaire par la directive « oiseaux sauvages » et par la directive « habitats »,
- la contamination, directe ou indirecte, des sols qui entraîne un risque important pour la santé humaine.

On notera que les dommages sont définis en relation avec des instruments juridiques de l'UE, des directives ou, pour les sols, une stratégie thématique (puisque la proposition de directive a été bloquée). En cas de dommage, la responsabilité se traduit par une véritable réparation, qui prend différentes formes selon le type de dommage. Notamment, pour les dommages affectant les eaux ou les espèces ou habitats naturels protégés, la directive vise à la remise de l'environnement en l'état antérieur au dommage et les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés doivent être restaurés ou remplacés par des éléments naturels identiques, similaires ou équivalents, soit sur le lieu de l'incident, soit, si besoin est, sur un site alternatif ([http://europa.eu/legislation\\_sommaries](http://europa.eu/legislation_sommaries)).

De plus, la Directive introduit un droit à la « demande d'action ». Les personnes physiques ou morales qui pourraient être affectées négativement par un dommage environnemental ainsi que les organisations dont le but est la protection de l'environnement peuvent, sous certaines conditions, demander aux autorités compétentes d'agir face à un dommage. Ce droit se prolonge en un droit d'ester en justice à l'encontre des

autorités compétentes : les personnes et organisations ayant introduit une demande d'action peuvent entamer un recours auprès d'un tribunal ou d'un organisme ad hoc en vue de faire apprécier la légalité des décisions, actions ou inactions de l'autorité compétente.

Les Etats peuvent donc aussi être mis en cause pour les normes ou les comportements qu'ils ont adoptés, y compris pour défaut de coopération, puisque, les dommages pouvant avoir un effet transnational, il est prévu que les Etats coopèrent lorsqu'un dommage ou une menace de dommage peut avoir des conséquences affectant plus d'un Etat membre.

On peut imaginer qu'un tel régime de responsabilité harmonisé à l'échelle de l'UE soit transposé en matière d'environnement culturel. Les particuliers et les ONG pourraient invoquer devant le juge national la responsabilité pour un dommage direct ou indirect en vertu du droit européen et selon des conditions harmonisées à l'échelle des 27 Etats membres. Cela renforcerait la protection du patrimoine (par rapport aux Etats membres qui n'ont pas des législations suffisantes pour assurer des réparations effectives et qui devraient mettre en œuvre la directive) et donnerait une vision solidaire du patrimoine culturel européen.

Toutefois l'analogie n'est pas complète du point de vue juridique entre l'environnemental et le culturel. Les compétences de l'UE en matière culturelle ne sont que des compétences d'appui et non des compétences partagées. Le rapport final du groupe de travail de la Convention consacré aux compétences complémentaires (CONV 375/02) a estimé que « les mesures d'appui couvrent les dispositions des traités autorisant l'Union à adopter certaines mesures discrètes dans le cadre de politiques continuant de relever des Etats membres et pour lesquelles ils n'ont pas transféré leur compétence législative à l'Union ». Le Traité de Lisbonne « reflète la palette des instruments juridiques, contraignants ou non, dont les institutions pourront faire usage puisque la seule limite fixée à l'intervention de l'Union concerne l'interdiction d'adopter des actes juridiques prévoyant l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres (François-Xavier Priollaud et David Siritzky, *Le Traité de Lisbonne*, La Documentation française, 2008, p.163) La compétence culturelle de l'UE, comme le précise l'article 167§5 TFUE, ne donne pas le droit de prendre des mesures d'harmonisation.

Or, une directive-cadre sur un régime de responsabilité est bien une directive qui harmonise les législations nationales en supprimant ou atténuant les différences entre les législations des Etats membres pouvant



entraver la réalisation des objectifs du traité et obligeant au moins un Etat membre à modifier sa propre législation.

Dans le domaine de la responsabilité environnementale, ce n'est pas seulement un Etat qui a dû adapter notablement sa législation, mais beaucoup d'Etats membres. Le processus de transposition, qui devait s'achever le 30 avril 2007, s'est poursuivi jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2010, ponctué par des procédures d'infraction contre 23 Etats membres et la condamnation de 7 d'entre eux par la Cour de Justice de l'UE. Compte tenu du retard de trois années, l'expérience acquise concernant sa mise en œuvre reste limitée (Rapport de la Commission du 12 octobre 2010 conformément à l'article 14, §2, de la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, COM(2010) 581 final).

On mesure ainsi les difficultés pour les Etats de mettre en œuvre cette harmonisation et d'en assurer ensuite l'effectivité. On peut penser que, même si l'UE avait un titre de compétence équivalent en matière de patrimoine, le processus de transposition d'une directive-cadre serait long et difficile. Si l'on suit le raisonnement de la directive sur l'environnement, il faudrait préalablement que l'UE adopte une législation sur la protection du patrimoine (de tous les patrimoines ou du patrimoine labellisé), donc que les Etats acceptent de transférer cette compétence à l'UE... La Décision relative au nouveau label du patrimoine européen considère que « L'action devrait mettre l'accent principalement sur la promotion et l'accessibilité des sites,..., plutôt que sur la sauvegarde des sites, qui devrait relever des dispositifs de préservation existants (op. cit.). Alors que le TFUE régleme les aides accordées par les Etats, l'article 108 estime que peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

La compétence de l'UE est aussi un obstacle pour une harmonisation dans le domaine de la responsabilité pénale. La coopération judiciaire en matière pénale permet le rapprochement des législations en droit pénal matériel (une harmonisation limitée à des règles minimales) pour ce qui concerne la définition des infractions pénales et des sanctions. Cela est possible, en dehors des infractions particulièrement graves et de dimension transfrontière (comme la traite d'êtres humains), lorsque l'infraction porte atteinte à un intérêt commun faisant

lui-même l'objet d'une politique commune de l'Union comportant des mesures d'harmonisation... « ce qui permettra à l'Union d'intervenir, par exemple, en matière de... crimes contre l'environnement » (Le Traité de Lisbonne, François-Xavier Priollaud et David Sirtzky, La documentation Française, Paris, 2008), mais pas en matière de crimes contre l'environnement culturel.

On peut penser que l'harmonisation serait ici encore plus délicate en matière de patrimoine car elle viendrait toucher des pratiques culturelles intouchables dans certains Etats et très contestables dans d'autres. Actuellement, le Traité de Lisbonne, en son nouvel article 13 du TFUE, s'intéresse aux « exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles », mais « tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des Etats membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux ».

L'UE doit trouver d'autres voies pour hisser l'intérêt culturel commun au niveau de son enjeu mondial.

## **2 – De la « responsabilité dure » à la « responsabilité douce »**

L'UE pourrait utiliser son pouvoir incitatif et non normatif pour introduire la dimension culturelle dans son action. Il a déjà été relevé que la culture a fait son entrée dans la politique de cohésion économique, sociale et territoriale. L'UE a introduit le dialogue interculturel dans son argumentation en faveur de la cohésion et l'UE soutient des projets de développement régional culturel. Le tourisme durable est une préoccupation de l'Union. Un tourisme durable « qui veille à la préservation et à la valorisation du patrimoine culturel et naturel de l'Europe » (Politique régionale, [http://ec.europa.eu/régional\\_policy](http://ec.europa.eu/régional_policy)).

Au titre de la période 2007-2013, l'UE offre une aide ciblant directement le secteur du tourisme avec trois axes, services touristiques, promotion et valorisation du patrimoine naturel et promotion de ce patrimoine. « Le pouvoir de dépenser qui est celui de l'Union dans le cadre de la gestion des fonds culturels peut affecter la manière dont les Etats exercent leur compétence. En pratique, les compétences d'appui pourraient être utilisées par l'Union pour centraliser le pouvoir en liant l'attribution des fonds européens à des conditions qui, sans être formellement de nature normative, produisent en réalité des effets équivalents » (Le Traité de Lisbonne, op. cit., p. 163). L'UE pourrait ainsi

introduire la vision citoyenne du droit au patrimoine en ne finançant des projets culturels que s'ils sont définis et conduits d'une certaine façon, de façon démocratique. Quant à la responsabilité patrimoniale, elle pourrait être introduite indirectement lorsque les collectivités locales font appel à des entreprises pour des projets de développement, c'est-à-dire par le biais de la RSE.

L'UE, dans le sillage de l'OCDE/Organisation de coopération et de développement économique, de l'OIT/Organisation internationale du travail et des Nations Unies, a adopté sa propre stratégie de RSE. Elle a fait la synthèse de deux approches, mises en débat depuis 2001, l'une volontaire défendue par les entreprises, l'autre juridiquement contraignante prônée par les syndicats et les ONG et elle a présenté en octobre 2011 une « nouvelle stratégie sur la responsabilité européenne des entreprises ». En réalité, la synthèse est un constat de désaccord entre les entreprises et les défenseurs d'une réglementation européenne sur la RSE. L'enjeu d'une telle réglementation est d'instaurer une obligation juridiquement contraignante de « reporting » des entreprises, l'obligation de communiquer et de rendre des comptes sur le comportement de l'entreprise.

La nouvelle stratégie qui définit un programme d'action pour 2011-2014 a notamment pour objectif d'améliorer « la communication par les entreprises d'informations sociales en environnementales » et confirme l'intention de la Commission de présenter une nouvelle proposition législative sur cette question » (<http://ec.europa.eu/entreprise/policies>). En mai 2002, déjà, le Parlement européen a voté en faveur d'une nouvelle législation « qui exigerait des sociétés qu'elles publient annuellement un rapport sur leurs performances sociales et environnementales, que les membres du Conseil d'administration soient personnellement responsables de ces pratiques et en vue d'établir une juridiction légale contre les sociétés européennes ayant des pratiques abusives dans les pays en développement » (SEnews, <http://www.rsenews.com>). « L'idée d'une réglementation commune est loin de faire consensus et prendra encore du temps au regard des tensions politiques sur le sujet d'une part, et de l'hétérogénéité des démarches initiées par les Etats membres, d'autre part. Malgré tout, l'UE se distingue par une approche « plutôt latine » qui « met en valeur la démarche contraignante induite par le concept » de responsabilité sociale, par rapport à une démarche anglo-saxonne selon laquelle la RSE est « perçue comme un engagement éthique, transparent

et volontaire « (La responsabilité sociale de l'entreprise : origines, concepts, acteurs, instruments, Pascale Charhon ([www.irfam.org](http://www.irfam.org))).

Les motivations européennes sont de plus nécessairement liées au projet d'intégration politique et juridique ; elles reflètent « la nécessité de défendre des valeurs communes et d'accroître le sens de la solidarité et de la cohésion » (op. cit.), mais l'UE, en son sein, doit aussi forcément rechercher des compromis entre les visions des acteurs concernés. L'enjeu porte donc aussi sur les normes elles-mêmes sur lesquelles les entreprises devraient communiquer. La nouvelle stratégie européenne vise à rapprocher les conceptions européenne et mondiale et met l'accent sur les références adoptées par les Institutions internationales, principes directeurs de l'OCDE, principes du Pacte mondial et autres principes directeurs des Nations unies, déclaration de principes tripartite de l'OIT et norme ISO 26000 publiée par l'Organisation internationale de standardisation.

Cette norme d'orientation sur la RSE cherche « à satisfaire les Etats-Unis et l'Europe » (bien que les délégations américaine en indienne dans le groupe de travail de l'ISO aient voté contre cette norme, Normes RH et RSE, Olivier Charpateau et Thierry Wiedermann-Goiran, Encyclopédie des ressources humaines (2012) 18, <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/>) par la « responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et de ses activités sur la société et l'environnement, par un comportement transparent et éthique qui... respecte les lois en vigueur et est compatible avec les normes internationales de comportement » (op. cit.).

Or, en 2001, la Commission européenne a adopté elle-même une définition qui vise à « faire coexister » les deux approches : « être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables mais aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et le relations avec les parties prenantes » (op. cit.). La RSE fait appel à des normes juridiques issues du droit international public et à des référentiels qui dépassent ces obligations minimales ; autrement dit, elle inclut des normes juridiques et des normes de RH/rerelations humaines.

La responsabilité patrimoniale pourrait donc être introduite, au-delà des droits de l'homme consacrés au niveau européen et au-delà de l'actuelle responsabilité environnementale européenne, via les droits de l'homme et l'engagement sociétal (questions centrales de la norme

ISO 26000) ou via les droits de l'homme et l'éthique (termes de la nouvelle stratégie européenne). Déjà, des entreprises ont fait le lien entre RSE et patrimoine culturel. Le groupe HSBC mène depuis 2002 une collaboration avec l'ONG Earthwatch sur des actions pour préserver les ressources naturelles et le patrimoine culturel ([www.hsbc.fr](http://www.hsbc.fr)). La Lyonnaise des eaux, filiale de Suez environnement, a adopté une Charte éthique qui vise le respect de l'environnement et des cultures et développe un axe, dans sa politique de partenariat au service de la RSE, qui vise la valorisation du patrimoine culturel ([www.lyonnaise-des-eaux.fr](http://www.lyonnaise-des-eaux.fr)).

Dans son programme d'action en 8 points, l'UE souhaite « poursuivre l'intégration de la RSE dans les domaines de l'éducation, de la formation et de la recherche ». « La Commission continuera à accorder un soutien financier aux projets d'enseignement et de formation dans le domaine de la RSE, et à étudier les possibilités de financer davantage la recherche ». La RSE rejoint le pouvoir de soutien financier de l'UE.

Dans sa politique de cohésion comme dans sa politique de RSE, elle peut conditionner son soutien à des programmes qui feront une place à la dimension culturelle dans la RSE (cf. infra, la Responsabilité sociétale des entreprises). Et ainsi faire progresser, sans avoir de compétence explicitement reconnue en matière de droit au patrimoine ni en matière de responsabilité patrimoniale, la prise de conscience des entreprises en faveur de leur responsabilité concrète (en termes de valorisation et de réparation des atteintes) vis-à-vis du patrimoine des citoyens européens.



## La responsabilité sociale des entreprises

*Isabelle Hannequart*

Professora de Direito Público, Universidade François Rabelais (Tours, França). Membro do GERCIE (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Cooperação Internacional e Européia - Groupe d'étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne (GERCIE) de l'Unité de Formation et de Recherche (UFR) Droit, Economie et Sciences sociales de l'Université François-Rabelais de Tours)

**Sommaire: I – Le rôle de l'UE face à l'enjeu de la RSE.** A – La base juridique de l'action européenne. Article 3 TUE. Stratégie en faveur du DD, 2001. Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi, 2000. B – Les documents de la Commission européenne. Livre vert sur la RSE, 2001. Communication concernant la RSE : une contribution des entreprises au DD, 2002. Communication Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de RSE, 2006. Communication RSE : une nouvelle stratégie de l'UE, 2011. **II – La spécificité européenne.** A – La définition de la RSE. B – La compatibilité de la RSE avec le cadre international. C – La référence à l'économie sociale de marché européenne. D – La projection de la RSE à l'international. E – La perspective de mesures de réglementation. F – Les parties prenantes. G – Droits de l'homme... et culture.

Historiquement, le concept est associé aux périodes de crise. Michel Capron (Michel Capron, professeur émérite des universités en Sciences de gestion, <http://www.novethic.fr>) le montre en distinguant quatre périodes. Juste après la crise de 1929, dès 1930, apparaît une première formulation de cette nouvelle idée : on parle d'entreprise « redevable envers la société ». Après la Seconde Guerre mondiale, apparaît le concept de « Corporate social responsibility » ; « dans un contexte de crise morale et idéologique, émerge une vague éthique, particulièrement aux Etats-Unis où beaucoup d'entreprises se sont enrichies grâce à la guerre ». Au milieu des années 70, le concept ressurgit sous un angle « utilitariste » comme « une solution possible à la crise de

profitabilité des entreprises ». Puis, après s'être répandue en Europe, la RSE va se diffuser dans le monde entier avec la crise multidimensionnelle des années 2000.

Le concept est donc aussi associé à la pensée nord-américaine. Il a été forgé par des auteurs américains dans les années 50 et il est marqué par des considérations éthiques et religieuses. A cette époque, le concept reste inconnu du continent européen, qui a déjà sa propre vision sociale de l'entreprise. En effet, la révolution industrielle s'y est accompagnée « d'un mode paternaliste de la gestion de la main d'œuvre qui confiait au patronat la responsabilité de la prise en charge de la naissance à la mort des salariés et de leur famille » (Pascale Charhon, *La RSE : origines, concepts, acteurs, instruments*, [www.irfam.org](http://www.irfam.org)).

Pourtant, l'Europe accueille la notion dans les années 90 sous le vocable d'entreprise socialement responsable ou d'entreprise citoyenne. Pascale Charhon avance plusieurs facteurs explicatifs : délitement progressif de l'Etat-providence, émergence d'une société du risque (les sociétés ont conscience de la menace de périls majeurs qui menacent la cohésion sociale, atteintes à la biosphère, accentuation des inégalités), dégradation de l'image des sociétés multinationales (contraste entre l'insécurité sociale et la précarité croissante, d'un côté, et les comportements condamnables des entreprises, scandales financiers et compromissions avec des régimes dictatoriaux), puis l'insécurité sociale elle-même, les restructurations à répétition et les suppressions d'emplois.

A la fin des années 90, ce sont les institutions internationales qui inscrivent la RSE dans leur programme de travail, OCDE/Organisation de coopération et de développement économique, OIT/Organisation internationale du travail, ONU/Organisation des Nations Unies. L'Union européenne/UE lance le débat à partir de 2001. Face à ce nouvel enjeu, l'UE a évidemment un rôle à jouer ; elle dispose d'une base juridique pour intervenir en matière de RSE et participer ainsi à la gouvernance mondiale en produisant des normes de référence sur la question... éventuellement avec un rôle de leader si elle sait défendre une conception spécifique face aux autres leaders de gouvernance (sur ce point, voir les Actes du colloque UE-Mercosul 2010). Effectivement, après s'être glissée dans le processus international, l'UE commence à marquer ce processus de sa spécificité européenne. L'UE met l'accent sur le grand marché et la libre-circulation des entreprises, mais les entreprises peuvent aussi avoir des droits à l'égard de la société.



## I – LE RÔLE DE L'UE FACE À L'ENJEU DE RSE

Sur le fondement du Traité européen, la Commission européenne a adopté un ensemble de documents relatifs à la RSE.

### A – La base juridique de l'action européenne

La RSE se situe dans la continuité de la notion de développement durable/DD. Celle-ci s'est forgée dans les années 80 comme un renouvellement de la notion d' « écodéveloppement » proposée au début des années 70 par le pionnier Ignacy Sachs en référence aux projets de développement rural dans le Tiers Monde (proposée à la Conférence de Stockholm, mais pas retenue). Puis elle s'est exprimée à l'échelle internationale, dans la décennie 90, marquée par la Conférence de Rio sur l'environnement et le développement de 1992. Désormais, dans un contexte international nouveau (critique des stratégies de développement, prise de conscience des risques planétaires), le lien est réalisé entre environnement et développement.

La notion naît sans nul doute d'une certaine confusion, autorisant des interprétations divergentes, entre le Nord et le Sud, entre les environnementalistes et les développementalistes. La protection de l'environnement n'est plus une limite à poser au développement, mais devient une simple dimension de la politique de développement. Le DD donne à l'ensemble du système économique libéral une nouvelle légitimité. La politique de l'environnement risque d'être subordonnée aux politiques économiques et commerciales. On s'interroge sur l'avenir du droit international de l'environnement. Mais on peut tout aussi bien s'inquiéter du sort du droit international du développement...

Il est vrai que la Déclaration de Rio issue de la Conférence, Déclaration sur l'environnement et le développement, traite de façon séparée le droit à l'environnement (dans la continuité de la Conférence de Stockholm) - principe un : Les êtres humains « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature » - et le droit au développement - principe trois : il « doit être réalisé de façon à satisfaire équitablement les besoins relatifs au développement et à l'environnement des générations présentes et futures ». Tout en mêlant dans chaque principe l'environnement et le développement... On voit que la synthèse a été difficile à formuler juridiquement malgré le contexte politique particulièrement

favorable (fin de la Guerre Froide, prise de conscience de la « Maison commune »).

Pourtant, la notion de développement durable va s'imposer du niveau mondial au niveau local par le biais des Agendas 21 et autres programmes de travail. La dernière Conférence des Nations Unies, Rio + 20, de juin 2012 (de même que Rio + 10), s'intitule Conférence des Nations Unies pour le développement durable. Après Rio, la notion est rapidement décrite comme comportant trois dimensions, les trois E, pour Économie, Environnement et Équité sociale, et devant concilier l'efficacité économique, la préservation de l'environnement et le bien-être social. Trois notions évidemment en tension et faisant l'objet d'approches juridiques distinctes avec leurs institutions internationales respectives, sans parler de la dimension culturelle isolée à l'Unesco qui développe sa propre vision de l'intégration des quatre composantes. La Convention de 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles voit dans la diversité culturelle « un ressort fondamental du développement durable des communautés, des peuples et des nations ».

La notion de RSE est une réponse de l'entreprise aux sollicitations du DD. Le DD « est un concept macro-économique et macro-social et il se conçoit en lien avec l'intervention de la sphère politique » ; on attend des pouvoirs publics qu'ils arbitrent entre les différents impératifs du DD. La RSE, quant à elle, « interpelle, au niveau micro-économique, les entreprises en fournissant des principes qui encadrent les activités économiques » (Pascale Charhon, *op. cit.*). A l'expression des trois E correspond celle des trois P pour « people, planet, profit » et aux politiques publiques correspondent des stratégies et conduites d'entreprise. Si la définition du développement durable est ambiguë, celle de la RSE pourrait l'être moins en soumettant les entreprises à une série de normes précises...

Mais si on peut considérer que l'Etat a pour mission-même de codifier des compromis entre des intérêts différents, il est plus difficile d'exiger de l'entreprise, acteur économique à l'origine, qu'elle devienne aussi acteur du social et de l'environnement. Pourtant, les entreprises peuvent comprendre leur intérêt à se rallier à la RSE : elle est une source de légitimité et l'opportunité d'une bonne image dans le contexte de concurrence mondiale et de pression de la société civile, elle est – pourquoi pas – la chance d'une participation stratégique voire éthique à la société mondiale.

Or, le DD est inscrit dans le Traité de Maastricht de 1992 (article 2 du TUE/Traité d'Union européenne). Dans le nouveau TUE issu du Traité de Lisbonne, le DD figure dans l'article 3 : l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ». La nouvelle version a ajouté la référence à l'économie sociale de marché hautement compétitive. Si elle ne se réfère pas à un modèle social européen, elle en a toutefois exposé les éléments (Le Traité de Lisbonne, F-X. Priollaud et D. Siritzky, La documentation Française, 2008, p. 35) : lutte contre l'exclusion sociale et les discriminations, promotion de la justice et de la protection sociales, égalité entre les femmes et les hommes, solidarité entre les générations et protection des droits de l'enfant. L'objectif de développement durable est de nature transversale et s'applique donc à toutes les politiques de l'Union. Notamment à la politique de concurrence et à la politique commerciale commune (domaines de compétence exclusive) ; au marché intérieur, à la politique sociale et à l'environnement (domaines de compétence partagée).

L'UE a établi une Stratégie en faveur du développement durable (Communication de la Commission du 15 mai 2001 développement durable en Europe pour un monde meilleur : COM(2001)264 final), selon laquelle « les conséquences économiques, sociales et environnementales de toutes les politiques doivent ainsi être examinées de manière coordonnée et prises en compte au moment de leur élaboration et de leur adoption ». Cette stratégie est elle-même le complément d'une autre stratégie, la Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi (2000-2010) visant à faire de l'Europe l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique au Monde, et inscrite dans une perspective environnementale en décembre 2001.

Ces deux stratégies, DD, croissance et emploi, forment le cadre conceptuel de la RSE. La référence au DD dans le traité date de 1992 ; en 1995, s'ouvre le débat sur la RSE et les droits de l'homme, « lorsqu'un groupe de sociétés (menées par Jacques Delors, alors président de la Commission européenne), a lancé le Manifeste des entreprises contre l'exclusion sociale » ([www.rsenews.com](http://www.rsenews.com)). Ce Manifeste a provoqué la création d'un réseau européen d'entreprises « European Business Network » pour promouvoir le dialogue et l'échange de bonnes pratiques entre les différents secteurs d'activité. Le Sommet européen de Lisbonne a lieu en mars 2000 ; la RSE y devient une priorité pour l'UE ; « pour la

première fois, les chefs d'Etat européens ont fait appel au sens des responsabilités des entreprises pour qu'elles aident à atteindre le nouveau but stratégique de l'Union » (op. cit.).

## **B – Les documents de la Commission européenne**

Plusieurs documents vont alors suivre :

- Livre vert sur la RSE du 18 juillet 2001 (COM(2001) 366 final) : il embrasse plusieurs sujets tels que les restructurations d'entreprise, l'équilibre entre vie professionnelle et vie personnelle, les droits sociaux au sein de l'entreprise, et vise la RSE en interne (vis-à-vis des employés) comme la RSE en externe (vis-à-vis de toutes les parties prenantes, collectivités locales, communauté internationale, partenaires commerciaux, individus).
- Communication de la Commission du 2 juillet 2002 concernant la responsabilité sociale des entreprises : une contribution des entreprises au développement durable (COM(2002)347 final). La Commission présente une stratégie européenne en faveur de la RSE, pour le DD de l'UE et aussi pour une meilleure gestion et compétitivité des entreprises, sur la base d'une série de principes et d'actions-clés, et propose d'intégrer les objectifs de la RSE dans l'ensemble des politiques européennes (emploi et affaires sociales, environnement, consommateurs, marchés publics, commerce extérieur, relations extérieures et développement, administration publique) et établit un forum plurilatéral européen pour l'ensemble des parties impliquées.
- Communication du 22 mars 2006 Mise en oeuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de RSE (COM52006) 136 final). La Commission resserre le lien entre la RSE et la Stratégie de Lisbonne pour la croissance durable et l'emploi (avec des enjeux tels que l'inclusion des groupes défavorisés dans le marché du travail ou l'accroissement des investissements dans la formation tout au long de la vie) et soutient l'établissement d'une Alliance européenne ouverte à toutes les entreprises européennes complémentaire au partenariat plus large du forum.
- Communication du 25 octobre 2011 RSE : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 (COM(2011) 681 final). La Commission présente une nouvelle stratégie sur la RSE qui s'inscrit

désormais dans le cadre de la Stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive, qui fait suite à la Stratégie de Lisbonne et où figure l'engagement de renouveler la stratégie RSE (COM(2010) 2020 final) ; elle définit un programme d'action pour la période 2011-2014 contenant huit objectifs, tout en invitant les Etats membres à établir ou mettre à jour pour mi-2012 leurs plans nationaux de RSE. Un rapport sur la mise en œuvre du programme d'action devra être préparé pour la réunion de réexamen prévue pour mi-2014.

Un Livre vert et trois communications qui font de la RSE un concept transversal, arrimé à ce qu'on peut appeler deux grandes « stratégies-cadres » et doté d'objectifs précis et opérationnels en direction des entreprises et des Etats. En revanche, l'UE n'a pas exercé sa capacité législative, contraignante, dans les domaines de compétence en relation avec la RSE. L'un des principes de la stratégie européenne reste la nature volontaire des activités de RSE, dans l'esprit de la soft law (voir la Communication de 2002). L'UE s'aligne donc sur ce point sur la conception anglo-saxonne. Alors, y a-t-il une spécificité européenne en matière de RSE ?

## II - LA SPÉCIFICITÉ EUROPÉENNE

L'UE a reproduit en son sein le débat entre une conception anglo-saxonne de Common Law, défendue par les entreprises, celle d'un engagement éthique, transparent et volontaire, et une conception latine ou romano-germanique, portée par les syndicats et les ONG, en faveur d'une démarche contraignante à l'égard des entreprises.

La Commission européenne semble s'aligner sur la première conception, celle des Etats-Unis, mais elle tente en réalité de faire coexister les deux approches dans une synthèse qui peut évoluer vers une démarche contraignante. La portée de la RSE occupe le centre du débat international, mais il n'est pas le seul sujet de discussion. La spécificité européenne tente de s'exprimer à travers plusieurs points sensibles de la RSE.

### **A - La définition de la RSE pour une « Une conception moderne de la RSE »**

La Commission propose une nouvelle définition de la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur

la société ». Cela signifie tout d'abord que les entreprises « respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux », ce qui correspond aux normes en vigueur, mais aussi que les entreprises aient engagé un processus « destiné à intégrer le pré-occupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base ». Ce processus vise deux objectifs : « optimiser la création d'une communauté de valeurs » pour toutes les parties prenantes et la société, « recenser, prévenir et atténuer les effets négatifs potentiels que les entreprises peuvent exercer ». On voit que la définition se juridicise en faisant référence à des effets identifiables et mesurables qui pourraient conduire à une obligation de réparer et à des sanctions pénales donc à une conception contraignante de la RSE, et que la définition se fondamentalise en visant une communauté de valeurs (on a dépassé la simple éthique d'entreprise pour aller vers une vision de la société tout entière) où les entreprises peuvent avoir des effets positifs, par la création de nouveaux produits, services et modèles d'entreprise, qui « contribuent au bien-être de la société ».

## **B - La compatibilité de la RSE avec le cadre international**

L'UE intervient dans un cadre international déjà bien balisé :

- Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, de 2000, qui font suite aux Lignes directrices de 1976
- Pacte mondial ou Global Compact des Nations Unies de 2000, qui est basé sur dix principes articulés autour de quatre axes, droits de l'homme, travail, environnement, lutte contre la corruption, et qui est accompagné d'un mécanisme de suivi des indicateurs de performance des entreprises
- Les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme
- La Déclaration de principes tripartite de l'OIT sur les principes concernant les entreprises multinationales et la politique sociale
- La norme d'orientation sur la RSE ISO 26000 issue de l'Organisation internationale de la standardisation

L'UE reconnaît qu'elle doit se mettre en accord avec un cadre mondial évolutif qui se renforce sans cesse, et, d'après Michel Capron (Quelle

stratégie européenne pour la RSE ? Compte-rendu du débat « Réalités européennes », [www.touteleurope.eu](http://www.touteleurope.eu)), la Commission rattrape son retard en s'appuyant désormais sur les normes internationales en vigueur. Mais la compatibilité signifie aussi que l'UE a une marge de manœuvre par rapport à ces références internationales. Le texte de 2011 « s'efforce de réaffirmer l'influence de l'UE au niveau mondial dans ce domaine, en lui donnant la possibilité de défendre plus efficacement ses intérêts et ses valeurs dans les relations qu'elle entretient avec les autres régions et pays ».

Un intérêt de l'UE est de « coordonner les politiques des Etats membres » et de « réduire le risque que des approches divergentes n'occasionnent des coûts supplémentaires aux entreprises qui exercent leurs activités dans plus d'un Etat membre ». L'UE a donc intérêt, en s'appuyant sur le principe de subsidiarité, à produire des orientations voire des réglementations au niveau européen. Quant aux valeurs, la spécificité de l'UE tient moins aux valeurs elles-mêmes (si l'Europe les a portées, elles sont aujourd'hui universalisées) qu'au souci d'une approche intégrée de toutes ces valeurs, d'une cohésion entre toutes, que ce soit dans ses relations avec les Etats tiers ou avec les entreprises. Intégration juridique et cohésion des valeurs (voir la synthèse des Actes du colloque UE-Mercosul de 2010).

L'UE a aussi la possibilité de voir plus loin que les normes internationales et de développer et compléter ces normes. Celles-ci couvrent en effet les quatre domaines classiques de la RSE, à savoir droits de l'homme, travail et emploi, environnement, lutte contre la fraude et la corruption. La Commission inclut dans la conception moderne de la RSE sa « nature multidimensionnelle ». Selon la Commission, la RSE s'étend aux autres domaines suivants : participation et développement au niveau local, intérêt des consommateurs - on trouve ces éléments dans la norme ISO 26000 -, et, de façon plus spécifique, intégration des personnes handicapées (l'UE a ratifié la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006, mais c'est une autre chose de l'inclure dans la RSE), auxquels s'ajoutent les principes de bonne gouvernance dans le domaine fiscal (transparence, échange d'informations, concurrence fiscale loyale), qui s'adressent aux Etats dans leurs relations mutuelles, mais qui concernent aussi les entreprises, encouragées à œuvrer en faveur de l'application de ces principes. L'UE accorde par ailleurs de l'importance à la chaîne d'approvisionnement, à la divulgation d'informations non financières et au volontariat comme expression de la RSE.

## **C - La référence à l'économie sociale de marché européenne**

La RSE s'applique à toutes les entreprises. Certains textes internationaux visent les sociétés transnationales (comme celui de l'OCDE), mais d'autres visent l'ensemble du monde des affaires (c'est le cas du Pacte mondial). La RSE européenne vise aussi bien les transnationales que les PME/Petites et Moyennes entreprises auxquelles l'Europe est très attachée. Cependant, l'UE, qui a pour objectif, depuis le Traité de Lisbonne, une économie sociale de marché, souhaite, dans sa nouvelle stratégie, soutenir une catégorie spécifique d'entreprises, « celles dont la finalité première est explicitement sociale et/ou environnementale, qui réinvestissent leurs bénéfices à cet effet, et dont l'organisation interne prend en compte les objectifs sociétaux ». Ces entreprises contribuent spécialement aux éléments exposés dans l'article 3 du TUE convergeant vers le modèle social européen (cf. supra).

## **D - La projection de la RSE à l'international**

La RSE a vocation à s'appliquer aux relations de l'UE avec les Etats tiers. L'UE aborde déjà cette question dans le cadre du processus d'adhésion et consolidera sa démarche de RSE dans ses politiques extérieures : commerce extérieur, politique étrangère et de sécurité, coopération au développement, aide humanitaire. Le Consensus européen pour le développement (Déclaration conjointe du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres réunis au sein du Conseil, du Parlement européen et de la Commission sur la politique de développement de l'UE intitulée « Le consensus européen », JO C46 du 24 février 2006) reconnaît la nécessité de promouvoir la RSE. Le poids et l'influence spécifiques de l'UE en matière de développement - l'UE représente plus de 50% de l'aide au développement mondiale et impose ses critères de « bonne gouvernance » - donnent à l'UE un levier particulier pour la diffusion internationale de la RSE... et la lutte contre les « paradis normatifs ».

A titre d'illustration, la Commission a élaboré des lignes directrices présentant des exemples de bonnes pratiques à appliquer pour exploiter les ressources forestières tout en garantissant une gestion durable des forêts (« Good practice guidance on the sustainable mobilisation of wood in Europe, Commission européenne, Forest Europe, FAO, 2010). Autre exemple, qui illustre la responsabilité sociétale des entreprises - contribuer à la paix -, la réglementation de l'UE pour la mise en œuvre du système de certification du Processus de Kimberley pour le commerce



de diamants bruts (règlement n°2368/2002 du 20 décembre 2002, JO L 358 du 31 décembre 2002). Pour participer à ce processus qui implique directement les entreprises du secteur et vise à faire barrage aux « diamants de la guerre », l'UE mobilise deux politiques, la Politique commerciale et les Relations extérieures et utilise sa capacité normative.

## **E - La perspective de mesures de réglementation**

Dans l'introduction de sa nouvelle stratégie, la Commission rappelle sa définition de la RSE de 2001 comme « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties ». Mais elle ajoute que « la RSE concerne les actions de celles-ci qui vont au-delà des obligations juridiques qui leur incombent au regard de la société et de l'environnement » ; la formule fait écho à des normes juridiques et à un engagement au-delà des normes, donc encore plus exigeant (sinon contraignant).

Ici, l'enjeu juridique de la RSE est double : il s'agit, d'une part, de faire respecter par les entreprises le droit existant, quand celles-ci n'appliquent pas effectivement les normes qui leur sont destinées ou quand ces normes sont destinées aux Etats et ne sont pas forcément directement applicables aux entreprises, et, d'autre part, d'entraîner les entreprises dans un processus normatif qui les conduit au-delà du droit existant.

L'introduction de la stratégie est complétée par la perspective de nature tout-à-fait contraignante de mesures réglementaires : « Certaines mesures réglementaires peuvent créer des conditions plus propices à inciter les entreprises à s'acquitter volontairement de leurs responsabilités sociales ». Cette formule ne vise pas directement les normes de fond à respecter mais des normes nouvelles, « secondaires », propres à faire respecter les précédentes ; on pense notamment à l'obligation de rendre des comptes sur le respect (volontaire) des normes de fond.

Actuellement, c'est un juge qui peut décider de la place des normes de RSE dans la hiérarchie des normes. La valeur juridique des codes de conduite est floue, mais pas totalement inexistante. Il peut se référer aux chartes et usages professionnels à l'égard des clients, ou encore considérer le code comme une adjonction au règlement intérieur de l'entreprise avec l'accord des instances représentatives du personnel, vis-à-vis

des salariés (Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social, Centre d'études économiques et sociales du groupe Alpha, mars 2004, [www.groupe-alpha.com](http://www.groupe-alpha.com) ).

Dans son programme, la Commission envisage des mesures de réglementation sur trois points :

- Critères des marchés publics

Le cadre juridique de l'UE permet de tenir compte des spécifications techniques, c'est-à-dire des caractéristiques des matériaux, des fournitures ou des services pour que ceux-ci répondent à l'usage auquel ils sont destinés ; la performance environnementale en est une et un règlement européen du 25 novembre 2009 (règlement 66/2010) a créé le label écologique européen (les critères sont établis par groupe de produits ; une décision de la Commission du 16 août 2012 établit les critères écologiques pour l'attribution du label écologique de l'UE au papier imprimé, C(2012)5364). La Commission envisage une meilleure prise en compte des considérations environnementales et sociales et prévoit pour 2012 une révision des directives concernant les marchés publics en tenant compte de « l'achat vert, social et innovant » dans le cadre de la stratégie Europe 2020.

- Information des clients par les fonds d'investissement et les institutions financières

La Banque européenne d'investissement elle-même doit prendre en compte, selon la Stratégie de DD, la dimension de durabilité dans ses décisions d'investissement. Le Livre vert de la Commission du 2 juin 2010 propose d'améliorer la surveillance des agences de notation de crédit à l'échelle de l'UE et lance le débat sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers. Le Comité économique et social européen a rendu un avis le 21 janvier 2011 sur les « Produits financiers socialement responsables ». Dans sa nouvelle Stratégie sur la RSE, la Commission se focalise sur la possibilité d'imposer à tous les fonds d'investissement et institutions financières l'obligation d'informer tous leurs clients de tous les critères qu'ils appliquent en matière d'investissement éthique ou responsable et de toutes les normes et tous les codes auxquels ils adhèrent.

- Transparence des entreprises sur le plan social et environnemental

L'UE a déjà adopté, dans le cadre du marché intérieur, une Directive sur le reporting environnemental et social, Directive 2003/51/CE

du 18 juin 2003 (ou quatrième directive sur les comptes annuels). Ce texte impose aux entreprises de faire figurer dans leurs rapports de gestion annuels des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de la société. Tous les Etats membres ont exempté les PME de cette obligation ; en revanche, plusieurs Etats membres ont imposé des obligations en matière de communication de nature non financière qui vont au-delà du droit européen et la Commission s'inquiète de l'existence d'obligations nationales différentes qui entraîneraient des coûts supplémentaires pour les entreprises actives dans plusieurs Etats membres. La Commission prépare une proposition législative sur la transparence des informations sociales et environnementales fournies par les sociétés de tous les secteurs.

## **F - Les parties prenantes**

La théorie des parties prenantes a remis en cause la primauté des actionnaires dans la gouvernance de l'entreprise. Elle tient compte de l'ensemble des relations de l'entreprise, non plus seulement des relations avec les actionnaires mais aussi avec les acteurs intéressés par les activités et les décisions de l'entreprise. Ainsi, les parties prenantes primaires ont un contrat explicite avec l'entreprise et les parties prenantes secondaires ont un contrat plutôt implicite ou moral, associations de riverains, collectivités territoriales, ou encore ONG. Or, la question de reconnaître les ONG comme parties prenantes est en débat. La place des ONG n'est pas une idée spécifiquement européenne, les ONG adhèrent au Pacte mondial des Nations Unies et font évoluer les exigences du Pacte.

Mais la nouvelle stratégie a été saluée pour sa définition de la RSE, qui « consacre la reconnaissance du dialogue social et le rôle des parties prenantes » (Michel Laviale, membre du bureau de l'Observatoire de la RSE, *op. cit.*, [www.touteleurope.eu](http://www.touteleurope.eu)). Cette notion de parties prenantes inclut les ONG ; deux éléments le signalent :

- Dans la nouvelle définition, le processus de RSE vise en premier lieu à « optimiser la création d'une communauté de valeurs pour leurs propriétaires/actionnaires, ainsi que pour les autres parties prenantes et l'ensemble de la société » ; le champ des acteurs est donc le plus large possible.
- Dans les développements de la Stratégie concernant « le rôle des pouvoirs publics et des autres parties prenantes », la Commission

reconnaît le rôle des ONG : « Les syndicats et les organisations de la société civile recensent les problèmes, exercent des pressions en faveur d'améliorations et peuvent oeuvrer dans un esprit constructif avec les entreprises pour élaborer ensemble des solutions ».

Or, ce faisant, la Commission adopte une position audacieuse : les ONG sont vues comme des partenaires des entreprises à l'égal des syndicats, partenaires sociaux. Pour Michel Capron (Professeur émérite à l'Université Paris VIII et membre du Forum citoyen pour la RSE, op. cit.), « la Commission prend conscience qu'elle a trop écouté les entreprises » et que, si ce sont bien les entreprises qui font la RSE, elles la font parce que la société les interpelle. De plus, la Commission s'affranchit quelque peu des entreprises quand elle ne cherche plus à les convaincre par l'argument de la rentabilité : la RSE peut leur être profitable...mais ne l'est pas nécessairement ; elle le sera alors pour la société et non pour les entreprises elles-mêmes. Une enquête sur l'application de la RSE en Région Centre (Rémi Bazillier et Leonardo H. Suarez, LEO-CNRS, Université d'Orléans) montre que la dimension éthique reste importante dans les motivations des PME interrogées (32% invoquent l'éthique personnelle et 20% le développement des territoires), même si elle arrive derrière des « motivations clairement instrumentales » (améliorer l'image de l'entreprise, renforcer l'adhésion des salariés).

Ce volet trouve sa spécificité dans l'expérience de l'UE concernant le dialogue social et les ONG. Le dialogue social européen englobe les discussions, consultations, négociations et actions communes entreprises par les organisations de partenaires sociaux (employeurs et salariés). Des financements européens existent pour les projets transnationaux des partenaires sociaux et le Fonds social européen procure une aide pour renforcer les capacités de ces organisations au niveau national. La Commission organise régulièrement des réunions avec la plate-forme des ONG européennes du secteur social. Cette expérience peut être davantage mise au service de la RSE, d'autant mieux que la Commission pointe, dans sa Stratégie, la nécessité d'accorder « une plus grande attention aux droits de l'homme, qui sont devenus une composante beaucoup plus importante de la RSE ». Déjà, « en dix ans, la RSE a renforcé le lien entre ONG, syndicats et entreprises. Au-delà de l'interpellation, les ONG à présent conseillent les entreprises » (les ONG, nouveaux acteurs de la RSE, Clotilde de gastines, 19 avril 2010, citant François Fatoux, délégué général de l'ORSE, [www.metiseurope.eu](http://www.metiseurope.eu)). Mais Pascale Charhon (op. cit.) estime, en conclusion, que « les relations des entreprises avec le secteur associatif sont à développer surtout dans

le cadre du dialogue sociétal » et que les ONG elles-mêmes « doivent aussi mieux appréhender les différents aspects de la RSE et les diverses formes d'engagement et de dialogue ».

### **G - Droits de l'homme et... culture**

Selon elle, également, « si le débat sur l'environnement est un thème important de l'engagement sociétal des entreprises, certains autres thèmes RSE n'ont pas été suffisamment abordés ». « La question des droits de l'homme est un concept nouveau. Et la gestion de la diversité doit encore faire son chemin dans beaucoup d'entreprises ».

Par le programme PROGRESS, la Commission finance des réseaux européens coordonnant des ONG qui travaillent dans trois domaines sociaux. Celles qui représentent et défendent les droits des personnes confrontées à la discrimination, celles qui soutiennent l'inclusion sociale des groupes vulnérables, et celles qui soutiennent l'égalité homme/femme. Des thèmes qui sont au cœur de la RSE.

La question de la discrimination commence à faire son entrée dans les pratiques RSE des entreprises (cf. supra, La responsabilité culturelle en Europe). La discrimination, à la croisée du social et du culturel, peut conduire les entreprises à s'interroger sur leur rôle culturel, alors que certaines d'entre elles mènent déjà des projets dans le secteur de la culture et du patrimoine (cf. supra, La responsabilité culturelle en Europe). L'Unesco noue depuis 2002 des partenariats pour la conservation du patrimoine avec des entreprises, comme AXA qui finance des bourses pour la formation des gestionnaires du patrimoine. La visite du Centre historique de Salvador de Bahia montre aussi des exemples de contribution des entreprises à la promotion de la culture bahianaise.

Cette dimension culturelle est encore le chaînon manquant de la RSE. Elle n'apparaît pas, ni explicitement ni implicitement dans la stratégie européenne, plus tournée vers le social et imprégnée de la Stratégie de Lisbonne. Dans une future stratégie, le culturel devrait venir compléter l'environnemental et le social et donner une vision encore mieux intégrée de la responsabilité des entreprises dans la société.

### **CONCLUSION**

Cela devrait en même temps participer à la clarification de la définition de la RSE. Pour Michel Laviale (op. cit.), « les entreprises attendent

surtout de la Commission un soutien, une impulsion et de la cohérence et, pour le moment, elles ont du mal à s’y retrouver » ! Cela est encore plus délicat pour les PME.

L’enquête sur l’application de la RSE en Région Centre (op. cit.) montre que, pour les PME interrogées, « le terme RSE est confus et rebutant » pour la plupart d’entre elles. Si la grande majorité considèrent mener leurs projets dans une perspective de RSE, elles ont en réalité une faible connaissance des indicateurs, aides, et partenariats institutionnels.

La RSE relève en effet de plusieurs forums internationaux qui développent leurs propres approches ; au sein-même de l’UE, les Etats développent leurs propres plans de RSE. L’Allemagne a publié une stratégie RSE en 2010 comme un engagement à développer un « concept » sur le mode du Made in Germany. Le Danemark a voté en 2008 une loi obligeant les plus grosses entreprises à rendre compte de leurs activités dans leur rapport annuel... Une démarche d’intégration se justifie, orchestrée par la Commission européenne. Pour européeniser un concept emprunté au monde anglo-saxon et défendre une vision spécifiquement européenne dans les enceintes internationales, là où l’Europe peut jouer le rôle de leader.

On sait justement qu’au sein de l’Organisation internationale de la standardisation, organisme normatif à caractère professionnel, l’Europe a un poids important. « D’une part, les membres européens tout compris représentent 44% des financements du secrétariat général de l’ISO, situé à Genève. D’autre part, culturellement, il travaille dans le cadre de la tradition française consistant à faire reconnaître par les autorités publiques des textes établis par des professionnels pour qu’ils deviennent finalement la seule règle commune. Cette conception est totalement différente de l’américaine, où les normes sont quasiment des produits, qui peuvent être divers et entre lesquels les acteurs économiques choisiront » (la gouvernance mondiale a commencé, Claude Revel, Ellipses, 2006, p. 91). L’UE doit aider l’ISO à « se maintenir comme référent en recherchant la « pertinence mondiale » » (op. cit.), c’est-à-dire en faisant d’abord de la RSE un ensemble homogène inspiré par la démarche d’intégration.

# 20

## A responsabilidade em matéria de livre circulação de mercadorias, serviços e de capitais no Mercosul

*João Glicério de Oliveira Filho*

---

Advogado, mestre e doutor em Direito (UFBA). Professor de Direito Empresarial (UFBA). Advogado Sócio Shmm & GLICERIO ADVOGADOS.

*Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira*

---

Advogada e graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

**Resumo:** Houve uma grande transformação nos processos econômicos nas últimas décadas. As economias que antes eram fechadas hoje se tornam associativas. Os blocos econômicos são, entre outros fatores, resultado do processo de globalização, que tornou o mundo menor, sem fronteiras, seja no campo comercial ou cultural. A existência de tratados internacionais que objetivam uma integração comercial, com eliminação de barreiras e entraves econômicos, demonstra o interesse de haver uma integração comercial forte. A União Europeia, mesmo em meio a uma devastadora crise econômica, apresenta-se como o modelo máximo dessa integração, transubstanciado na presente de passaporte único, padronização de regras educacionais no que tange ao nível superior e a presença de moeda única. O Mercosul, no entanto, não atingiu esse grau máximo de especialização. Em verdade, passado quase 20 anos do Tratado de Assunção, o que se observa que a grande parte das normas acordadas ainda não foram integradas aos ordenamentos jurídicos dos países signatários. Há embates comerciais entre os países e a tão sonhada plena integração comercial ainda não aconteceu. Nesse contexto, é preciso saber como se fica a responsabilidade em matéria de livre circulação de mercadorias dentro do bloco. É preciso entender os mecanismos institucionais próprios do bloco e suas consequências jurídicas.

**Palavras-chave:** Bloco Econômico. Integração. Mercosul. Responsabilidade.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O Mercosul e o Tratado de Assunção – 3. Os estágios de Integração Regional: Mercado Comum, União Aduaneira, Zona de Livre Comércio, União Monetária e União Política: 3.1 Tarifa Externa Comum (TEC) – 4. O Protocolo de Ouro Preto e de Olivos e a Responsabilidade pela Circulação de Serviços, Mercadorias e Capitais – 5. Conclusão – Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde o início do século XIX e o desenvolvimento dos séculos XX e XXI registram-se diversas alianças aduaneiras sendo a formação do *Zollverein* em 1833<sup>1</sup>, abrindo as fronteiras entre dezoito Estados alemães e o estabelecimento de uma pauta comum em relação ao comércio exterior, a mais significativa. De lá pra cá muita coisa mudou e embora esta experiência tenha sido bem sucedida, perdendo seu sentido apenas com a unificação alemã em 1871, não era possível antever a dinâmica de integração em curso em que repousa a Europa hoje, influenciando o aparecimento de processos semelhantes em outros continentes.

A experiência devastadora de duas guerras mundiais e o reconhecimento da incapacidade de políticas protecionistas para combater os problemas econômicos que se levantavam, inspiraram o processo de integração que vivemos atualmente. Processo de integração esse que não é unívoco e sim entrecortado pelas peculiaridades que cercam o contexto de cada país.

Em um mundo marcado pelas assimetrias do processo de Globalização, onde se excluem das redes de poder e dos benefícios tecnológicos e científicos, um sem-número de pessoas, nações e Estados convenientemente julgados não interessantes pelos interesses dominantes, afigura-se estritamente necessário estabelecer critérios de inquestionável confiabilidade e segurança jurídica dentro do processo integrativo.

O MERCOSUL, nesse contexto, enfrenta sérios entraves para amadurecer o processo de integração das economias dos Estados signatários do Tratado de Assunção. São dificuldades políticas, desconfianças econômicas, desacertos entre os membros, que emperram significativamente o desenvolvimento sub-regional, mas não é só. O estreitamento das relações políticas e a diminuição das divergências econômicas não trarão,

---

1. PORTOS, Manoel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra: Almedina, 1997. p 231.



por si mesmas, o avanço esperado. Conferir segurança jurídica a um processo de integração é de suma importância para a consecução de ações coerentes, previsíveis e confiáveis. E é nesse sentido que ainda existem muitas falhas: o não aprofundamento institucional do MERCOSUL. A falta de uma ordem jurídica composta por regras uniformes e obrigatórias é um dos principais obstáculos à integração econômica sul-americana.

Passados quase vinte anos desde a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, lançando as bases institucionais do MERCOSUL, nos idos de 1994, os Estados-membros ainda não foram capazes de produzir uma normativa uniforme para vigorar e dar sustentabilidade ao processo de integração. E nesse sentido gera-se a insegurança no tocante à responsabilidade pelo trânsito de mercadorias, serviços, capitais – e também pessoas, dentro do MERCOSUL. No que tange ao Brasil, a dispersão e a morosidade no processo de internalização das normas produzidas no MERCOSUL no ordenamento jurídico brasileiro contribuem, sobremaneira, para a instabilidade e a imprevisibilidade jurídicas no interior do Bloco.

A distinção entre Direito Internacional e Direito Comunitário faz-se necessária para entender a gradação qualitativa das normas em um sistema de integração regional e aprofundar o debate sobre a Responsabilidade no âmbito dos blocos econômicos. Nesse sentido, o direito comunitário - de viés estritamente europeu, seria menos permeável às limitações de soberania, sendo apoiado na ideia de integração e suas normas dispensariam qualquer ato estatal para ter vigência nos Estados Partes. As normas emanadas pelo Direito Internacional, por sua vez, apoiadas na ideia de cooperação, seriam classificadas como fontes do direito internacional público e respeitariam as mesmas disciplinas determinadas por cada país para a inserção do direito internacional no direito interno.<sup>2</sup>

Primeiro, para entender a natureza das normas jurídicas construídas no interior de cada Bloco, segundo, para se proceder a correta aplicabilidade dessas normas. A partir dessa distinção, diversos estudiosos vêm entendendo que as normas do MERCOSUL são fontes (emanadas) do direito internacional público e não do direito comunitário, sendo necessário, portanto, que elas respeitem os trâmites internos de cada país para sua vigência e aplicabilidade.

---

2. TRINDADE, Otávio Cançado. **O Mercosul no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 8.

O Executivo, o Legislativo e o Judiciário de cada país, portanto, devem participar em conjunto para o êxito da integração, promovendo a segurança jurídica através de normas uniformes, notadamente aqui, normas uniformes de responsabilização sobre os atos de cada Estado-membro, sem critérios de diferenciação, de modo a regular a atividade econômica de modo unívoco no Bloco. Diante desse novo contexto, o MERCOSUL representa novo foro para a criação e aplicação do Direito e, apesar da crescente atuação dos seus órgãos e do salto qualitativo que representou para a integração a criação de um órgão permanente de solução de controvérsias, a aplicação das normas emanadas dele, sofrem o mesmo descrédito que acompanha o processo de integração como um todo.

Essas deficiências configuram uma ameaça não só à responsabilização pela circulação de mercadorias, serviços e capitais, mas também ao processo de integração em geral.

A ausência de uma ordem jurídica composta por normas uníssonas e obrigatórias a todos os Estados signatários provoca nos dizeres de Otávio A. D. Cançado Trindade, “o gradual distanciamento pelo MERCOSUL de um modelo de integração orientado por regras.”<sup>3</sup> Ou seja, carece limitar voluntariamente a ação unilateral de cada Estado para que se cumpram regras no foro regional. Essa é um dos principais entraves para o aperfeiçoamento da União Aduaneira no MERCOSUL e para a segurança jurídica do bloco: a pluralidade de regras fitossanitárias, a ausência de normas uniformes sobre controle de fronteiras, a multiplicidade de regras técnicas, oscilações tarifárias e falta de harmonização tributária, gerando a imprevisibilidade que afasta o investimento.

Os processos de integração apresentam diferenciadas formas de expressão, principalmente no que diz respeito a sua intensidade e profundidade. A gradação do processo de integração deve ser considerada não isoladamente, mas levando em consideração desde o mais simples projeto estrutural até os de maior complexidade. A dificuldade para a asunção das decisões (direitos e responsabilidades) surge tanto quanto à natureza das regras que concretizam as decisões adotadas em comum – e que serão obrigatória para todos (*Jus Cogen*), quanto à intensidade das obrigações e a maneira com que entrarão em vigor no âmbito interno.

---

3. TRINDADE, Otávio Cançado. **O Mercosul no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 9.

Levantamentos dos últimos anos demonstram que menos da metade das normas acordadas entre os quatro Estados-membros foram efetivamente incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos. Por conseguinte, menos da metade dessas normas vigoram na ordem jurídica regional.<sup>4</sup>

O aprofundamento desse lamentável quadro de insegurança jurídica, a longo prazo, poderá levar ao rompimento do vínculo associativo que dar suporte ao processo de integração, porquanto as regras pactuadas não obrigarão os Estados, tampouco os particulares e consequentemente não lograrão criar um espaço econômico único. Por tudo o exposto, afigura-se estritamente necessário o debate sobre a responsabilidade de trânsito no MERCOSUL, haja vista a discussão maior por trás desta: o fortalecimento institucional do Bloco e a criação de um parlamento do MERCOSUL para o exercício de controle e fiscalização econômica, abreviando os trâmites legislativos de internalização e com competência consultiva para além do que hoje se esculpe nos órgãos instituídos pelo Protocolo de Ouro Preto.

## 2. O MERCOSUL E O TRATADO DE ASSUNÇÃO

O Tratado de Assunção, como depreende-se de seu acordo constitutivo, objetiva a formação de um mercado comum, o que implica:

- (i) livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre países do bloco;
- (ii) o estabelecimento de uma tarifa externa comum;
- (iii) a adoção de uma política comercial conjunta em relação a terceiros Estados ou agrupamento de Estados;
- (iv) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes;
- (v) o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, a fim de fortalecer o processo de integração.

De acordo com suas principais características, o Tratado de Assunção enquadra-se claramente como um tratado de integração econômica.

---

4. TRINDADE, Otávio Cançado. **O Mercosul no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 10.

O MERCOSUL não é um projeto que se esgota em si mesmo, uma mera aliança comercial, ele foi concebido tendo em vista a necessidade de uma maior distribuição da renda, procurando o mais eficaz aproveitamento dos recursos disponíveis nos Estados Partes.

De forma a alcançar o fim pretendido foi adotado um programa de liberação comercial onde está previsto a adoção de *tarifa zero* no comércio intrazona e a implementação de uma TEC (Tarifa Externa Comum) de modo a estimular o comércio interno entre os países.

Do ponto de vista institucional e político, o projeto integracionista do MERCOSUL é tendenciosamente comunitário e não apenas livre-cambista<sup>5</sup>. O MERCOSUL começou a efetivar-se num momento da economia mundial em que a inovação tecnológica diversificava produções, alterava o ciclo de vida dos produtos, redimensionava a economia de escala, restringia os aportes de mão de obra e das matérias primas no custo final e modificava os pressupostos em que se baseava a teoria clássica das vantagens comparativas. Tratava-se de um momento de crescente abertura externa das economias nacionais e de uma redefinição profunda das regras multilaterais do sistema internacional de comércio de bens, serviços, tecnologia e investimentos.

Neste diapasão, nota-se que a jornada constitutiva do MERCOSUL foi repartida em etapas graduais e evolutivas, mostrando-se mais como um processo do que como um resultado propriamente dito. Da leitura do Tratado de Assunção, evidencia-se diversas etapas e cronogramas de integração que objetivam, ao fim, a criação efetiva de um Mercado Comum do cone sul. Obviamente, há uma necessidade de adaptação e modificação das instituições para acompanhar a evolução das novas formas de relações internacionais, tendo em vista as peculiaridades de cada país membro do bloco. Para alcançar o fim pretendido, todo o processo deve ser tutelado por princípios norteadores de gradualidade, flexibilidade equilíbrio e reciprocidade.

O princípio da gradualidade estabelece que todo o processo deve ocorrer de acordo com etapas previamente estabelecidas, possibilitando uma adaptação dos países, sem grandes impactos.

---

5. PORTOS, Manoel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra: Almedina, 1997. p 186.

A flexibilidade estabelece a relação entre o binômio possibilidade *versus* necessidade de ajustamento de elementos com o objetivo comum do bloco, uma diretiva de procedimentos para a tomada de deliberações necessárias.

No tocante ao princípio do equilíbrio determina-se que um Estado-Membro não poderá ser excessivamente onerado em detrimento de outros, sendo imperioso garantir um equilíbrio entre os mesmos através de um programa de compensações.

Ao final, o princípio da reciprocidade assevera que cada parte assume direitos e obrigações recíprocas, por meio de um sistema de mútuo controle da execução e aplicação do Tratado, onde devem ser consideradas as diferenças existentes entre os Estados-Membros, com objetivo de crescimento conjunto, sem serem desprezadas as diversidades econômicas existentes. A maior consequência do princípio da reciprocidade é de provocar isonomia material sob os aspectos econômicos e tributário. Ademais, o Tratado de Assunção representa uma norma cogente entre os países signatários.

### **3. OS ESTÁGIOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL: MERCADO COMUM, UNIÃO ADUANEIRA, ZONA DE LIVRE COMÉRCIO, UNIÃO MONETÁRIA E UNIÃO POLÍTICA**

Quanto às formas de inter-relacionamento mercantil internacional ou regional, podemos diferenciar: Zona de Livre Comércio, União Aduaneira, Mercado Comum e União Monetária.

Por Zona de Livre comércio (ZLC) devemos entender a extinção de barreiras alfandegárias entre países que buscam encontrar maior competitividade entre os seus produtos, tanto interna como externamente, bem como suprir de modo menos oneroso seu mercado com produtos dos quais sejam insuficientes. Os maiores exemplos são a Associação Latino-americana de Livre Comércio (ALALC), a Área de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) e a Zona de Livre Comércio do Pacífico<sup>6</sup>.

Com a evolução das ZLCs, surgiu a União Aduaneira, que além de não ter barreiras alfandegárias entre os países integrantes, pratica uma

---

6. PORTOS, Manoel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra: Almedina, 1997. p 195.

taxação igual em relação à importação e exportação de produtos, mercadorias e serviços oriundos de ou com destino a Estados que não façam parte da UA. Essa taxaçoão igual denomina-se Tarifa Externa Comum (TEC), aplicada principalmente na fase de formação da União Europeia, bem como no âmbito da ALADI (Associação Latino-americana de Desenvolvimento e Integração). A União Aduaneira, portanto, para a consecução do seu objetivo, pressupõe a adoção pelos Estados-membros de uma Tarifa Externa Comum (TEC)<sup>7</sup>. Essa tarifa pode ser aplicada por todas as mercadorias e todos os serviços ou pode prever uma lista de exceção e/ou uma lista de adequação, quando só depois de cumpridas as condições e os prazos estabelecidos nessas listas se estará diante da União Aduaneira perfeita. Esse é exatamente, o estágio atual do MERCOSUL.

O Próximo passo nessa escala progressista desse caminho integrativo é o Mercado Comum. Nessa fase constatamos a existência de uma prática de livre comércio entre os Estados-membros do MC, a prática de uma tarifa externa única para todos os integrantes em relação às demais economias do planeta e, sobretudo, a busca de uma coordenação econômica conjunta entre os diversos países<sup>8</sup>.

O último estágio, e o mais avançado, é a União Monetária, com a qual a Europa Ocidental se constituiu com a circulação do Euro. Essa forma de integração caracteriza-se pela adoção de um instrumento padrão de troca comum a todos os países-membros, ou seja, pela aplicação de uma moeda comunitária<sup>9</sup>.

Após essa última etapa, tem-se a União Política, o último estágio de integração regional e que não se limita mais às questões comerciais e econômicas, mas se amplia para as formas de tomada e exercício de poder. A integração econômica propiciada pela União Política se dá, necessariamente, por um processo gradual que se inicia pela redução e eliminação de barreiras e obstáculos, sobretudo de natureza tributária e avança pela harmonização da diversidade de critérios técnicos, seja no que concerne à estrutura relativa de preços e custos de bens e serviços, seja em relação à desejada meta de livre circulação de pessoas e capitais<sup>10</sup>.

---

7. PORTOS, Manoel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra: Almedina, 1997. p 198.

8. Idem. p 200.

9. Idem. p 201.

10. Idem. p 202.

### 3.1 Tarifa Externa Comum (TEC)

Tida como obrigação tributária aduaneira, a Tarifa Externa Comum (TEC) configura-se como elemento de fundamental importância na política econômica dos blocos comerciais. Sua adoção implica um posicionamento em relação ao regime de livre comércio ou protecionista entre os países membros do Bloco e os não pertencentes. Tal obrigação tributária foi aprovada por meio de decisão do órgão deliberativo principal do MERCOSUL que tem, dentre outras atribuições, o dever de conduzir politicamente todo o processo integracionista, tomando decisões que visam a alcançar o fim pretendido pela aliança aduaneira. Em que pese, *prima facie*, “minorar” a soberania nacional já que acaba por impor um comportamento comum aos países membros, por força do Tratado por eles assinado, na verdade, o que existe é apenas uma flexibilização com fins a objetivos maiores para a integração econômica em si<sup>11</sup>.

### 4. O PROTOCOLO DE OURO PRETO E DE OLIVOS E A RESPONSABILIDADE PELA CIRCULAÇÃO DE SERVIÇOS, MERCADORIAS E CAPITAIS

O protocolo de Ouro Preto assinado em 17/12/1994 lançou as bases institucionais do MERCOSUL complementando as diretrizes estabelecidas no Tratado de Assunção e regulamentado aquilo que fora acordado no Tratado constitutivo inicial do Bloco, vejamos:

Artigo 18 - Antes do estabelecimento do Mercado Comum, a 31 de dezembro de 1994, os Estados Partes convocarão uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões.

Esse protocolo adicional ao Tratado de Assunção institui seis grandes órgãos dentro do MERCOSUL, seriam eles:

- I. O Conselho do Mercado Comum (CMC);
- II. O Grupo Mercado Comum (GMC);
- III. A Comissão de Comércio do Mercosul (CCM);

---

11. PORTOS, Manoel Carlos Lopes. **Teoria da Integração e Políticas Comunitárias**. Coimbra: Almedina, 1997. p 205.

IV. A Comissão Parlamentar Conjunta (CPC);

V. O Foro Consultivo Econômico-Social (FCES);

VI. A Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

Esses órgãos seriam responsáveis pelo controle e fiscalização de áreas específicas dentro do MERCOSUL. Ao “Conselho do Mercado Comum”, competiria a “condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum”, composto pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia, ou seus equivalentes, dos Estados Partes, ele seria responsável por vigiar o cumprimento do Tratado de Assunção e de seus protocolos, formular políticas e ações necessárias para o estabelecimento do Mercado Comum, negociar e firmar acordos em nome do MERCOSUL, dentre outras atribuições, justamente porque ele detém a titularidade da personalidade jurídica do MERCOSUL.

O chamado “Grupo Mercado Comum” seria o órgão executivo do MERCOSUL incumbido de elaborar medidas concretas no desenvolvimento de seus trabalhos, como propor projetos de decisão ao Conselho do Mercado Comum, ou “fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do mercado comum”. Além disso, caberia a esse órgão adotar resoluções em matéria financeira e orçamentária em consonância com as orientações emanadas do “Conselho do Mercado Comum”, dentre outras.

Afora a “Comissão Parlamentar Comum”, órgão representativo dos Parlamentos dos Estados Partes, o “Foro Consultivo Econômico” representando os setores econômicos e sociais de cada Estado membro e a Secretaria Administrativa do MERCOSUL exercendo atividades operacionais, existe ainda um importante ponto institucional de apoio ao Grupo Mercado Comum que é a chamada “Comissão de Comércio do MERCOSUL”.

Sobre ela, assim dispõe o protocolo de Ouro Preto:

Artigo 16 - À Comissão de Comércio do Mercosul, órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-Mercosul e com terceiros países.



O Art. 19 dispõe ainda:

Artigo 19 - São funções e atribuições da Comissão de Comércio do Mercosul:

I. Velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-Mercosul e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio;

II. Considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum;

III. Acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados Partes;

IV. Analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum;

V. Tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes;

VI. Informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas;

VII. Propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do Mercosul;

VIII. Propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do Mercosul;

IX. Estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos;

X. Desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum;

XI. Adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação.

O art. 21 do referido protocolo, além de elencar as atribuições supracitadas, estabelece que caberá à Comissão de Comércio do MERCOSUL

considerar as reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do MERCOSUL, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares quando estiverem em sua área de competência. Frisa-se, entretanto, que o exame dessas reclamações não obstará a ação do Estado Parte que efetuou a reclamação ao amparo do Protocolo de Olivos para solução de controvérsias.

O Protocolo de Olivos, outro protocolo anexo ao Tratado de Assunção, é o mais bem acabado instrumento voltado à resolução de controvérsias no MERCOSUL e substituiu o escasso Protocolo de Brasília que tratava sobre a matéria outrora.

A principal inovação trazida por esse protocolo foi a possibilidade de submeter determinada resolução de conflitos dentro do Bloco, à apreciação da Organização Mundial do Comércio (OMC) ou a outros sistemas preferenciais de comércio em que sejam partes os membros do MERCOSUL. Além disso, o protocolo criou a possibilidade do Conselho do Mercado Comum solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão.

O Protocolo de Olivos, em consonância com aquilo que fora estabelecido no Protocolo de Brasília, manteve as negociações diretas entre os Estados Partes imersos em uma controvérsia, como premissa a ser esgotada antes do estabelecimento do procedimento arbitral. Logo: as negociações de controvérsias deverão se dar, a princípio, entre os próprios Estados Partes.

Superada as negociações diretas iniciais, sem que tenha havido acordo e independentemente da submissão da controvérsia ao Grupo Mercado Comum, qualquer uma das partes pode remeter a discórdia ao sistema arbitral, inovação criada pelo Protocolo de Olivos.

O Protocolo também inovou ao transferir a competência da arbitragem do Grupo Mercado Comum para a Secretaria Administrativa do MERCOSUL.

Sem prejuízo da possibilidade de recorrer ao Tribunal Arbitral, as partes envolvidas na controvérsia poderão levar, de comum acordo, a questão ao Grupo Mercado Comum que avaliará a questão, possibilitando o contraditório e se necessário, requerendo o assessoramento de especialistas. Após isso, o Grupo Mercado Comum formulará recomendações que serão expressas e detalhadas.

No que tange ao Tribunal Arbitral, persiste a ideia do tribunal *ad hoc*. Os Estados Partes declararão reconhecer sua Jurisdição como obrigatória sem necessidade de acordo especial para tal. Suas determinações serão feitas através de laudos arbitrais e terão força de coisa julgada, devendo ser expressamente cumpridas.

Nesse sentido, dispõe o Art. 23 do Protocolo de Olivos:

Art. 23. Nessas condições, os laudos do Tribunal Permanente de Revisão serão obrigatórios para os Estados Partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação, não estarão sujeitos a recursos de revisão e terão, com relação às partes, força de coisa julgada.

Segue, contudo, nos termos do Protocolo de Brasília, a possibilidade de adoção de medidas compensatórias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes impostas pela outra parte, mas que não eximem o Estado descumpridor da obrigação de seguir aquilo que fora determinado no laudo arbitral.

Diferente do estabelecido outrora, agora há a possibilidade de questionamento das medidas compensatórias pelo Estado obrigado, bem como o questionamento dos laudos arbitrais, antes irrecorríveis e que agora podem ser objeto de recurso de revisão.

Todas essas disposições valem, expressamente, para a responsabilização em controvérsias envolvendo a livre circulação de mercadorias e serviços. Entretanto, no que tange à livre circulação de capitais, os tratados constitutivos em questão são silentes, podendo-se inferir que essa questão encontra-se enquadrada na expressão “livre circulação de fatores produtivos”, onde valem as linhas *supra* delineadas.

## 5. CONCLUSÃO

Embora o Tratado de Assunção e seus protocolos anexos tenham delineado uma estrutura organizacional específica, deliberativa e até mesmo sancionatória, com um sistema detalhado de solução de controvérsias a ser seguido, o clima de insegurança jurídica no tocante à responsabilização pela circulação de mercadorias, serviços e capitais, ainda reina no MERCOSUL.

A incapacidade de unicidade legislativa e jurídica tem sido um dos principais insucessos do Bloco, notadamente ante a falta de previsibilidade e estabilidade de seu ordenamento.

Apesar do visível alargamento das relações econômicas entre os países da América do Sul, ainda existe uma clara ambivalência na postura do Brasil em relação a sua vizinhança: a riqueza dos recursos naturais brasileiros, bem como sua amplitude territorial, sugerem que o Brasil seria uma potência regional típica - já que responde sozinho por mais da metade do território, população e riqueza do continente sul-americano. Contudo, o país não assume a postura de principal agente da ordem regional e hesita em situações que é forçado a assumir liderança e se impor<sup>12</sup>.

A história vem mostrando que sucessivos governos brasileiros têm sido relutantes com a ideia de alavancar a proeminência regional do Brasil. Isso ocorre, principalmente, quando tal fato significa pressionar vizinhos menores em questões financeiras e fazer respeitar os princípios da interdependência, com o intuito de promover normas de cooperação em casos que problemas comuns demandem soluções compartilhadas. Logo, apesar do Brasil ser um entusiasta da institucionalização das relações regionais, a conformação resultante ainda continua sendo frágil, boa parte porque essa é a preferência brasileira.<sup>13</sup>

A falta de eficácia das regras pactuadas e a resistência do Brasil a quaisquer normas de supranacionalidade, impedem a transformação e a integração das cadeias produtivas dos Estados-membros - elemento chave para a formação de um Mercado Comum. São grandes deficiências do MERCOSUL o atual modelo de incorporação das normas pactuadas nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros, além da falta de efetividade das políticas comunitárias, da promoção da livre concorrência, do combate às práticas de *dumping*, da falta de harmonização de normas técnicas e de aplicabilidade das políticas monetárias e setoriais, que acabam por gerar esse sentimento de não-ingerência e de ausência de amparo jurídico.

O movimento de expansão do MERCOSUL convive com uma política externa que enfatiza soluções nacionais mesmo quando os problemas são comuns aos Estados partes e que mantém firmes suspeitas sobre as intenções dos vizinhos. Os vizinhos, em contrapartida, embora não duvidem do desejo de desenvolvimento sul-americano por parte do Brasil,

---

12. SPEKTOR, Matias. Ideias de ativismo regional: a transformação das leituras brasileiras da região. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 53. Brasília. 2010. p. 10.

13. Idem. p. 11.

sentem que o país não responde eficazmente à vasta assimetria de poder presente na região.

De outra banda, pesquisas apontam que as elites brasileiras preferem avançar em negociações comerciais no âmbito da OMC e com o mundo “desenvolvido” antes de aprofundar qualquer integração sul-americana<sup>14</sup>. Nesse sentido, o Brasil encontra – além dos entraves já apontados aqui – frágil apoio doméstico ao projeto expansionista dentro do MERCOSUL. A tônica dessa visão é dada sob o argumento de que os grandes temas nacionais – violência, redução da miséria, entrada das classes mais baixas no mercado consumidor, são vistos como áreas de interesses/soluções exclusivamente internas, dissociados de sua poderosa e visível conexão internacional.

Por tudo o exposto, é preciso criar ferramentas que confirmem maior credibilidade e obrigatoriedade aos atos unilaterais da organização internacional MERCOSUL, porquanto fazem parte de uma ordem jurídica particular de direito internacional público e porque firmadas livremente pelos Estados signatários.

Por conseguinte, recuperar o entusiasmo com o Bloco e amadurecer sua organização institucional, bem como as ferramentas regulatórias e sancionatórias passam pelo tema da Responsabilidade mas passam principalmente pelo cerne de que destino queremos dar à aliança aduaneira firmada em 1991: um projeto de integração menos profundo que aquele vislumbrado outrora, ou a formação de um verdadeiro Mercado Comum.

É preciso que o Brasil tome o acento que lhe cabe nesse processo, sendo um de seus maiores desafios o de gerir a sua própria ascensão.

A política externa brasileira no novo cenário internacional e na nova posição do Brasil no mundo, por tudo que fora traçado brevemente nessas linhas, necessita de novos conceitos.

O êxito dessa política não será medido em ganhos imediatos, soluções prontas e horizontes estritamente visíveis. Ela será medida na capacidade brasileira de moldar uma ordem global que seja adequada aos novos interesses e valores do contexto histórico mundial e de uma sociedade que está a cada dia mais em crescente e inovadora transformação.

---

14. Idem. p. 12.

## REFERÊNCIAS

- ARZUA, Heron. O MERCOSUL e a uniformização dos impostos sobre circulação de mercadorias. Revista Dialética de Direito Tributária, SP, n. 56, p. 60 – 66, maio. 2000.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. O direito do consumidor no Mercosul. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, ano. V, n. 25, p. 52 – 74, fevereiro/março. 2009.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Aspectos da dimensão social do Mercosul. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, ano. 1, n. 4, p. 96 – 110, agosto/setembro. 2005.
- FERNANDES, Edson Carlos. Tratamento do imposto sobre importação nas normas tributárias do Mercado Comum do Sul - Mercosul. Revista Dialética de Direito Tributário, n.70, p. 34 – 41, julho. 2001.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Livre circulação de trabalhadores e harmonização das leis sociais no âmbito do Mercosul. Trabalho e Doutrina, n. 16, p. 93 – 96, março. 1998.
- GARCIA, Maria. A integração dos Estados. O Brasil no Mercosul. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano. 9, n. 35, p. 16 – 23, abril/junho. 2001
- KRONBERG, Helcio. A livre Circulação de capitais no Mercosul. Curitiba: Hemus, 2003.
- LIMA, Jorge de Souza. Livre circulação de trabalhadores no âmbito do Mercosul. Revista LTr - Legislação do Trabalho, ano. 67, n. 3, março. 2003.
- MATTIOLI, Maria Cristina. Circulação de trabalhadores no Mercosul. Trabalho e Doutrina, n. 20, p. 116 – 122, março. 1999.
- PORTOS, Manoel Carlos Lopes. Teoria da Integração e Políticas Comunitárias. Coimbra: Almedina, 1997.
- SPEKTOR, Matias. Ideias de ativismo regional: a transformação das leituras brasileiras da região. Revista Brasileira de Política Internacional. Vol. 53. Brasília. 2010.
- TRINDADE, Otávio Cançado. O Mercosul no Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

# 21

## Os desafios à unificação monetária no Mercosul e a experiência europeia

*Josenil Francisco Batista*

Bacharel em Direito (UFBA). Bacharel em Ciências Econômicas (UCSAL/BA). Técnico Judiciário da Justiça Federal de 1ª Instância/BA-TRF 1ª Região.

**Resumo:** O processo de integração econômica dos países componentes do Mercosul ainda está em andamento, e um dos grandes desafios do bloco é a unificação da moeda como fator de convergência macroeconômica num contexto internacional globalizado, competitivo e seduzido pelas forças do mercado.

**Palavras-chaves:** União monetária; Banco do Sul; Integração econômica; Comércio internacional e Experiência europeia.

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais – 2. A implantação da moeda única – 3. Os fatores peculiares ao Mercosul e adversos ao processo de unificação monetária – 4. O papel do Banco do Sul no processo de unificação monetária – 5. As lições da experiência europeia quanto à adoção de moeda única – 6. Considerações finais – Referências

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Mercosul foi criado em 1991, pelo Tratado de Assunção, sua personalidade jurídica foi instituída a partir da entrada em vigor do Protocolo de Ouro Preto em 1995, constituindo uma Organização Internacional formada de Estados-membros.

Este bloco econômico tinha como membros originais Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, em dezembro de 2005, houve a adesão da Venezuela, cuja efetivação foi formalmente concretizada, dependendo de ratificação do Senado paraguaio<sup>1</sup>. São Estados associados ao Mercosul a Bolívia, Chile, Colômbia, Peru e Equador.

---

1. A Venezuela formalmente é integrante do Mercosul, mas a ratificação do Paraguai ainda não ocorreu em virtude da suspensão deste país do bloco após o Impeachment

A integração regional tem como fundamento o princípio da reciprocidade e incide sobre bens, serviços e capitais, entre os instrumentos para alavancar do processo de integração destacam-se:

- a) o Programa de liberação comercial: com a previsão de reduções progressivas das barreiras alfandegárias e eliminação progressiva das barreiras não-alfandegárias;
- b) Convergência de políticas macroeconômicas;
- c) Tarifa Externa comum;
- d) Adoção de acordos setoriais, com finalidade de utilização e mobilização dos fatores de produção.

Apesar de sua consolidação após vinte e um anos, o Mercosul ainda não cumpriu o objetivo de constituição de um mercado comum com mobilidade de produtos, investimentos, pessoas, fatores de produção e convergência política e jurídica.

Desse processo, a união monetária é um dos principais fatores de consolidação da unificação por representar a necessidade de coordenação macroeconômica e enfrentamento em bloco dos problemas econômicos e sociais que afligem os países pertencentes ao Mercosul.

O presente estudo objetiva estudar e, por conseguinte, divulgar este tema – a unificação monetária – que representa um passo importante, mas complexo, sobretudo após as turbulências decorrentes da experiência europeia.

O Mercosul, ao longo dos seus vinte e um anos, apresenta um saldo positivo nas transações comerciais, e o desejo de implementação da união monetária tornou-se não só uma aspiração, mas uma necessidade de enfrentar o mercado internacional.

Nesse aspecto, Brasil e Argentina colocaram em operação no dia 3 de outubro de 2008, o Sistema de Pagamentos em Moeda Local (SML). Tal mecanismo permite a exportadores e importadores dos dois países reduzirem seus custos nas transações comerciais em suas moedas nacionais, favorecendo a estabilidade cambial nas suas operações.

---

de seu ex-presidente Fernando Lugo, fato político que gerou controvérsias entre os países-membros do Mercosul.



Esta experiência já mostrou que a dispensa dos mecanismos de mercado de câmbio e às operações de divisas reduz os entraves ao comércio por permitir às pequenas e médias empresas participarem deste processo, o que abre perspectiva de que a redução das barreiras monetária e cambial possam proporcionar desenvolvimento aos membros do Mercosul, cumprindo assim, a missão de integração macroeconômica para fins de constituição de um verdadeiro mercado comum.

Para isso, os requisitos estabelecidos pelos analistas, do ponto de vista econômico devem ser estabelecidos e cumpridos, tendo em vista o sucesso da unificação, sem pressa, com a possibilidade de verificar os pontos fortes e problemas da unificação europeia.

Nesse caso, o Mercosul apresenta desafios que precisam ser superados tendo em vista a convergência macroeconômica e institucional, que são requisitos imprescindíveis ao processo de unificação monetária, os quais este trabalho pretende apresentá-los e analisá-los.

Assim, para que o Mercosul seja uma experiência positiva para os países membros, é importante ressaltar que os desafios a ser superados no bloco são: assimetrias fortes, concentração de investimentos, falta de coesão institucional e intervenções políticas isoladas.

Por fim, a criação de mecanismos como o Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), o Parlasul, o Banco do Sul, Fundo da Agricultura Familiar do Mercosul (FAF) e do Instituto Social do Mercosul, apontam para uma maior amadurecimento do processo de integração econômica e social, para fins de cumprimento da missão de estabelecimento de um futuro mercado comum.

## **2. A IMPLANTAÇÃO DA MOEDA ÚNICA**

O processo de integração monetária dos países do Mercosul encontram respaldo na teoria econômica, mediante a chamada “teoria das áreas monetárias ótimas”, desenvolvida a partir das pesquisas de Mundell, McKinnon e Kenen. Esta teoria tem bases firmadas na integração e convergência dos ciclos dos negócios como fatores imprescindíveis ao sucesso de unificação monetária, no caso, quanto maior a interdependência econômica entre os países do bloco maior a possibilidade de sucesso da integração.

Para Gambiagi<sup>2</sup>, quanto ao pensamento da Mundell, as áreas monetárias ótimas representam

Mundell (1961) defende que a **mobilidade de fatores** é o ponto central na definição de que região constitui uma AMO: quanto maior a mobilidade de mão-de-obra internamente a uma região e menor essa mobilidade através das fronteiras dessa mesma região, mais esta se apresenta como uma área monetária ótima. Caso a mobilidade dos fatores seja insuficiente dentro das fronteiras de um país este poderá apresentar focos de desemprego e inflação mesmo com a taxa de câmbio flutuando. Com o mesmo raciocínio, caso haja grande mobilidade de fatores entre as fronteiras de certos países as taxas flexíveis tornam-se desnecessárias. O argumento de Mundell é resumido ao defender que o regime cambial fixo é melhor entre áreas onde há mobilidade de fatores e pior entre áreas onde não há mobilidade de fatores (nesse caso o regime flexível é mais indicado).

Nesse modelo de Mundell, é importante a flexibilização dos salários também, pois este mecanismo permitirá o equilíbrio, em resposta a choques assimétricos entre países que adotam moeda única. Diante do exposto, constata-se a necessidade de o Mercosul avançar o processo de mobilidade de fatores, pauta que já está incluída no processo de integração econômica, e que constitui requisito imprescindível, de acordo com a teoria acima ao processo de unificação monetária. Portanto, para que a unificação monetária seja benéfica, é necessário que a resposta aos choques externos seja simétrica, ou seja, com efeitos homogêneos para os Estados-membros do bloco econômico constituído por moeda única.

Já o pensamento de McKinnon considera em sua teoria o tamanho das economias que constituem a área monetária ótima e o volume de transações intra-bloco, o que se somaria à mobilidade dos fatores.

Por fim, a teoria de Kenen, considera importante verificar o grau de diversificação de uma economia, isto implica em que, quanto mais diversificada uma economia mais propícia estaria ela ao processo de unificação monetária, isto porque essa economia seria pouco influenciada pelas variações cambiais para se proteger de choques.

---

2. CHAGAS, Leonardo Lima. **MOEDA ÚNICA NO MERCOSUL: aspectos fiscais**. <Disponível em [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio\\_TN/IXPremio/mercosul/1mercosulIXPTN](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio_TN/IXPremio/mercosul/1mercosulIXPTN). Acesso em 25/06/2012>, p.4.

Segundo o entendimento de Sarriera, Cunha e Bichara<sup>3</sup>, acerca do processo de unificação monetária no Mercosul:

Esse pequeno histórico dos esforços de se tratar o tema da integração (e cooperação) monetária e financeira revela que apesar das intenções formais de se harmonizar as políticas macroeconômicas e cambiais no Mercosul, nunca se chegou a aplicar, plenamente, as normas sugeridas. Para além das diferenças de concepção e de objetivos de política econômica, que eventualmente podem ser objeto de negociação, os fracassos nas tentativas de se avançar na integração monetária e financeira devem ser buscados nas turbulências macroeconômicas recorrentes e, sobretudo, nas diferenças de regimes monetário e cambial entre Brasil e Argentina – pelo menos até 2002. Esse fato vai ao encontro da percepção de pesquisadores que vêm se debruçando sobre a existência (ou não) de condições de convergência macroeconômica e “vontade política” para o estabelecimento de um efetivo processo de integração monetária no Mercosul.

Tal entendimento atenta para a busca pelos países componentes do Mercosul de estreitamento de políticas econômicas, tendo em vista a maior perspectiva de sucesso do processo de unificação, quanto a isso, o Mercosul ainda é uma incógnita, pois sempre há posicionamentos isolados que refletem no bloco, e conseqüentemente, prejudicam a convergência macroeconômica e o planejamento de uma unificação monetária.

Por isso, a implantação de uma área monetária ótima, bem como o passo de constituição de uma união monetária aponta para benefícios, os ganhos e redução dos custos de transação como um dos principais pontos favoráveis, a eficiência produtiva, e que a unificação de políticas monetárias seria importante para o bloco e para o processo de integração econômica, o que seria um grande passo para a integração comunitária.

O enfrentamento das divergências quanto ao processo de integração chega ao ponto em que, ao se analisar a experiência do Mercosul, constata-se a ausência de bases institucionais sólidas, capazes de proporcionar uma estratégia de integração mais consistente. Por isso, os analistas do processo de integração do Mercosul se mostram inseguros

---

3. BICHARA, Julimar da Silva, SARRIERA, Javier Morales e CUNHA, André Moreira. **Moeda Única no Mercosul: uma análise da simetria a choques para o período 1995-2007.** <Disponível em <http://www.anpec.org.br>, Acesso em 25/06/2012>, p. 8.

quanto à possibilidade dos países do bloco reproduzirem políticas de convergência semelhantes às do tratado de Maastrich (União Europeia).

Portanto, quanto à resposta à implantação de uma área monetária ótima no Mercosul, há sinais de que tal medida é beneficiada pela incorporação da Venezuela ao bloco, a criação da UNASUL, do FOCEM e do Banco do Sul, pois são medidas que, dentre outras geram um novo impulso para ações nas áreas monetária e financeira, que ajudarão a romper a morosidade verificada até o presente momento.

Outro ponto importante a ressaltar na experiência sul-americana é que, desde 2003 as principais economias dos países do bloco apresentam desempenho econômico favorável, com redução da vulnerabilidade externa e fiscal, assim como o comércio intra-bloco aumentou consideravelmente, o que viabiliza a finalidade comercial do bloco e sugere sucesso para uma maior integração econômica.

### **3. OS FATORES PECULIARES AO MERCOSUL E ADVERSOS AO PROCESSO DE UNIFICAÇÃO MONETÁRIA**

O processo de constituição de moeda única numa integração entre diferentes Estados é um desafio que pressupõe ajustes macroeconômicos e estruturais que sejam benéficos para todos os membros. Como visto no item anterior, a determinação de uma área monetária ótima requer medidas tendentes à convergência macroeconômica, além de maior interação do comércio intra-bloco tendentes a flexibilizar a mobilidades de fatores de produção e alinhamento político tendentes ao propósito de realizar a unificação monetária.

A convergência de políticas macroeconômicas conforme entendimento de Marcelo Varella<sup>4</sup> caracteriza-se, na prática pela comunicação prévia entre os Ministérios das Relações Exteriores sobre os planos de governo e pela tentativa de empregar dispositivos para evitar os efeitos negativos ao avanço da integração regional. Tal mecanismo foi bastante prejudicado nos anos noventa, devido aos diversos choques dos planos econômicos de estabilização, o que gerou vários atritos políticos na região.

---

4. VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. São Paulo. Editora Saraiva. 2009. p.346

Para Gambiagi<sup>5</sup>, a unificação monetária apresenta pontos críticos, dentre os quais:

- a) A questão da soberania;
- b) A definição da taxa de câmbio no momento da unificação monetária;
- c) As dificuldades de coordenação entre um grupo numeroso de países;
- d) Os sacrifícios sociais associados às metas macroeconômicas;
- e) As dúvidas acerca da flexibilização da legislação trabalhista;
- f) A questão da reputação do acordo, relacionado com o grau de flexibilidade das metas de convergência a serem atingidas e mantidas a partir da vigência da unificação.

No mesmo trabalho, o autor<sup>6</sup> relaciona as vantagens, que no seu ponto de vista, que a unificação monetária poderia proporcionar aos membros do bloco, são elas:

- a) Os termos da unificação, com os compromissos que isso implicaria, funcionariam como uma garantia de estabilidade maior;
- b) Essa estabilidade como um poderoso fator de estímulo ao investimento, tanto estrangeiro como privado em geral;
- c) A maior estabilidade tenderia a gerar uma redução das taxas de juros, pela queda do risco-país e risco da região;
- d) Haveria uma redução da incerteza cambial;
- e) Os custos de transação no interior da região desapareceriam, favorecendo, entre outros, o comércio regional e o desenvolvimento do turismo.

Assim, o Mercosul apresenta características peculiares que devem ser superadas para proporcionar a criação de uma moeda única com sucesso, lição que pode ser facilitada pela avaliação dos erros e acertos do processo de criação do euro, única experiência planejada e concretizada de unificação monetária, que hoje enfrenta um momento de crise.

---

5. GIAMBIAGI, Fabio. Mercosul: **Por que a unificação monetária faz sentido a longo prazo?** Ensaios BNDES, n. 12, Dezembro de 1999, p. 9/10.

6. GAMBIAIGI, Fábio, op cit, p. 14/15

Entre os desafios que devem ser superados para que haja sucesso na integração econômica proporcionadas por uma união monetária, pode-se mencionar:

a) **A redução das assimetrias estruturais no âmbito do Mercosul**

O Mercosul é um bloco constituído de poucos países, mesmo considerando a recente e polêmica entrada da Venezuela no bloco, porém entre os países integrantes constata-se que há assimetrias estruturais evidentes entre (Brasil e Argentina) X (Paraguai e Uruguai). Tendo o Brasil uma superioridade incontestada quanto à população, produção, mercado consumidor e infra-estrutura, esta assimetria pode ser encarada como um obstáculo ao processo de integração econômica, principalmente à união monetária.

Para Giordano, Moreira e Quevedo citado por Souza, Oliveira e Gonçalves<sup>7</sup>, que:

Os países-membros do Mercosul apresentam profundas e crescentes assimetrias estruturais, que apontam para uma disparidade entre tamanho e riqueza. De acordo com dados do Banco Mundial, Paraguai e Uruguai, juntos, representavam em 2008 menos de 4% da população e menos de 3% do Produto Interno Bruto (PIB) do bloco. Já o Brasil representava cerca de 80% da população e 75% do PIB do Mercosul. Além disso, essas assimetrias não têm sido reduzidas de forma significativa desde o início do processo de integração. Ainda assim, a Argentina e o Uruguai possuem, respectivamente, os dois maiores PIBs *per capita* e Índices de Desenvolvimento Humano (IDHs) do bloco, seguidos de Brasil e Paraguai. Por fim, é significativo que as assimetrias estruturais entre as regiões subnacionais do Mercosul sejam igualmente profundas, sendo o PIB *per capita* do Nordeste brasileiro inferior àquele do Paraguai. Da mesma forma, 16 estados do Norte e Nordeste do Brasil e três estados argentinos apresentam IDHs menores que o Paraguai. Dessa forma, a correlação observada nos membros da UE entre tamanho e riqueza – especificamente entre Alemanha, França e Reino Unido, de um lado, e Portugal, Espanha, Grécia e Irlanda de outro – não é verificada no Mercosul.

---

7. SOUZA, André de Mello e, OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado e GONÇALVES, Samo Sérgio. **Integrando Desiguais: Assimetrias Estruturais e Políticas de Integração no Mercosul.** (Texto para discussão nº 1477-IPEA). Rio de Janeiro. Março de 2010. p. 07

Ademais, cabe assinalar que fica muito difícil o estabelecimento de convergência macroeconômica e determinação de política monetária e cambial conjunta com tamanha disparidade estrutural, o que pressupõe a necessidade de criação de instrumentos institucionais que corrijam a assimetria verificada.

Isto porque pelo fato de ter a maior economia, população e influência no contexto internacional, o Brasil vem impondo o seu maior peso nas decisões do bloco e não tem aceitado a criação de instituições ou normas supranacionais que reduzam sua autonomia e o obrigue às decisões dos outros países-membros do Mercosul. Por isso, há nitidamente indisposição dos países do bloco em internalizarem as regras por eles elaboradas e acordadas.

Assim, mediante a Decisão/CMC nº 45/2004, fora aprovada a criação do FOCEM, que tem como objetivo:

Art. 1 – Estabelecer o Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (adiante FOCEM), destinado a financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade e promover a coesão social, em particular das economias menores e regiões menos desenvolvidas; apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração.

Sob esse aspecto Souza, Oliveira e Gonçalves<sup>8</sup> constataram que,

Curiosamente, até 2003, a tentativa de se reduzir tais assimetrias não figurava como prioridade na pauta de negociações dos países-membros do Mercosul. Visto que o bloco sub-regional surgia em um contexto marcado pelo predomínio de ideias e de diretrizes liberalizantes, prevalecia, naquele momento, a premissa de igualdade de tratamento nas negociações comerciais internacionais, influenciada pelo ideário liberal de igualdade de oportunidades. Conforme já mencionado, a questão das assimetrias ficou praticamente à margem do processo de negociação do Tratado de Assunção, no qual se procurou equacionar as profundas diferenças entre as economias dos países integrantes do bloco por meio do estabelecimento de mecanismos que permitissem maior flexibilidade às economias menores – do Paraguai

---

8. SOUZA, André de Mello e, OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado e GONÇALVES, Samo Sérgio. **Integrando Desiguais: Assimetrias Estruturais e Políticas de Integração no Mercosul.** (Texto para discussão nº 1477-IPEA). Rio de Janeiro. Março de 2010. p. 24

e do Uruguai – em face dos compromissos firmados no âmbito do recém-instituído Mercosul.

Por isso, o Mercosul tem como desafio canalizar os investimentos para regiões menos desenvolvidas, não só no Paraguai e Uruguai que são as economias mais frágeis, mas também para as regiões mais pobres do Brasil, da Argentina e brevemente da Venezuela para que o processo de integração econômica se torne uma experiência vantajosa aos seus membros, pois não teria sentido o esforço político e econômico se os investimentos forem concentrados em um ou dois membros em detrimento dos outros.

#### b) **Falta de coesão institucional**

As assimetrias e disparidades econômicas verificadas no âmbito do Mercosul certamente implicam em entraves aos avanços institucionais e à defesa de estratégias conjuntas dos seus membros nos acordos internacionais.

A falta de coesão e sintonia dos membros do bloco se reflete nitidamente nas disputas na OMC, nas quais Brasil e Argentina em sua maioria concernentes a ações anti-*dumping*. Na sua maioria as queixas da Argentina contra o Brasil são maiores que as de todos os demais países.

Nesse caso, observa-se que a falta de coesão institucional é um obstáculo difícil de atravessar, e constitui um importante fator na intenção de criação de uma moeda única, a experiência europeia é um exemplo importante a ser seguido, de que a integração econômica é o ponto de chegada, o ponto de partida é o entrosamento sob o campo institucional, tendo em vista a superação das adversidades do bloco, e não a dos países tomados individualmente por seus problemas.

Para Fernanda Rodrigues<sup>9</sup>, os Estados soberanos apresentam patamares distintos de aproximação, e nesse aspecto, o Mercosul opera-se no plano intergovernamental, priorizando os interesses de cada Estado-membro, enquanto que a União Europeia adota um modelo de integração supranacional, no qual predominam os interesses comunitários em detrimento dos interesses de cada membro tomados individualmente.

---

9. RODRIGUES, Fernanda Savian. Soberania e Supranacionalidade – oposição intrínseca ou aparente. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza (Coord.). **Curso de Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.329-338, p.332.



Sendo a União Europeia a experiência real de unificação econômica e política mais aprofundada do planeta, vale a pena observar os seus requisitos e ditames institucionais.

Assim, conforme explicitado anteriormente, desde a constituição do Mercosul, as assimetrias estruturais e políticas, representam desafios ao aprofundamento do processo de integração, e à unificação monetária. Como podem apresentar convergência macroeconômicas economias com disparidades imensas no aspecto institucional, sobretudo num contexto da economia internacional de crises conjunturais?

Espera-se assim, que haja maior coesão institucional entre os membros do bloco para enfrentamento dos problemas econômicos e sociais que os afetam, para que o processo de unificação monetária encontre ambiente propício para seu amadurecimento.

### c) **Concentração de investimentos**

Conforme citado acima, o incentivo ao FOCEM e à criação do Banco do Sul seguem a função de pulverizar os investimentos no bloco, tendo por objetivo a redução das desigualdades econômicas e sociais para uma melhor concretização do objetivo de constituição de um mercado comum, conforme meta do Tratado de Assunção de 1991.

No comércio com outros blocos ou países, resta evidente o peso da economia brasileira, e com isso, o grau de concentração de investimentos no Brasil, bem como na Argentina, e isto é fator de divergência política e estrutural que constitui outra barreira a ser vencida no processo convergência macroeconômica, tendo em vista a criação de moeda única para o Mercosul.

Por exemplo, nas relações com a União Europeia, o Brasil é o carro-chefe, Edson Peterli Guimarães<sup>10</sup> apresenta um panorama importante acerca do assunto,

A União Europeia tem experimentado crescimento de seu comércio exterior em linha com o crescimento do comércio mundial: ritmo de 8%–10% a.a. Ela é responsável por 13% do comércio mundial e é um dos mais importantes parceiros comerciais do Mercosul, com o Nafta e os demais países da América Latina. As

---

10. GUIMARÃES, Edson Peterli Acordos do Mercosul com terceiros países / Edson Peterli Guimarães, Rodrigo M. Zeidan. Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2010. (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 23)., p. 64

exportações da União Europeia para o Mercosul cresceram a um ritmo de 9% a.a. durante os anos 2000 e as compras da União Europeia do Mercosul a um ritmo de 7% a.a. Praticamente o Brasil é responsável por esses resultados, pois ele participa em mais de 70% da pauta comercial do Mercosul com a União Europeia. De fato, a União Europeia participa com cerca de 20% no total dos fluxos de importação e exportação brasileira atualmente. No início dos anos 2000, essa participação era um pouco maior, girava ao redor de 26%. As participações dos fluxos comerciais com os demais países do Mercosul são inferiores; atualmente giram ao redor de 15% e no início da década girava ao redor de 18%. Esses resultados, longe de sugerir que a União Europeia esteja se transformando em um parceiro comercial menos importante, mostram a agressividade das exportações chinesas para o Mercosul que cresceram 20% a.a., no período 2004-2006. O crescimento das exportações da União Europeia para o Brasil é idêntico ao ritmo de outros importantes parceiros comerciais como os Estados Unidos (8% a.a.) e o Japão (5% a.a.).

A tendência à concentração dos investimentos implicam necessidade do Mercosul de instituir mecanismos anti-concentração de investimentos, assim, além do FOCEM e do propósito de criação do Banco do Sul, há outros mecanismos como o Fundo da Garantia para Micro, Pequenas e Médias Empresas e o Fundo da Agricultura Familiar do Mercosul (FAF), que foram criados pelas Decisões nº 41/08 e nº 06/09, respectivamente.

Nesse mesmo sentido foi criado pela Decisão CMC nº 3 de 2007, o Instituto Social do MERCOSUL, que tem como meta a contribuição em aspectos que buscam consolidar a dimensão social, além da redução das desigualdades entre os países, bem como colaborar para a elaboração de políticas regionais de investimentos, além de sistematizar e atualizar indicadores sociais regionais e promover mecanismos de cooperação e atuação para fins de melhorar a competitividade e produtividade de todos os membros, sendo um instrumento de coesão social do bloco.

Pois, até o presente momento grande parte dos investimentos do Mercosul são concentrados no eixo sul-sudeste do Brasil e parte da Argentina, as outras regiões brasileiras mais Paraguai e Uruguai têm participação residual no processo. Apesar disso, o Uruguai tem o maior PIB *per capita* do Mercosul seguido da Argentina, enquanto que Brasil, a maior economia do Mercosul e o que apresenta maior crescimento econômico nos últimos anos tem nas regiões norte e nordeste níveis de pobreza maior que o Paraguai que é o membro mais pobre do bloco. Com

isso, verifica-se que o processo de descentralização dos investimentos urge como necessidade de viabilidade da almejada convergência macroeconômica.

Sobre a possibilidade do Mercosul proporcionar desequilíbrios estruturais tendentes a dificultar a o processo de integração Renato Baumann<sup>11</sup> pontuou que:

Assim, um exercício de integração provavelmente é beneficiado: *i*) pela semelhança entre as estruturas de demanda e produção entre os países participantes; *ii*) no caso de disparidades entre o potencial econômico dos países participantes do exercício, pela existência de fundos regionais que possam contribuir para estimular a capacidade produtiva e/ou compensar eventuais desequilíbrios no comércio intrarregional, assim como *iii*) na ausência de tais recursos, pela possibilidade de que os sócios menores possam explorar o mercado interno do sócio maior, de modo a se beneficiar dos efeitos multiplicadores que derivam de exportações líquidas positivas no âmbito regional, e com isso aumentar sua própria demanda pelos produtos originários daquele sócio.

A ausência de homogeneidade de potencial no aspecto econômico e de fundos de compensação num mercado turbulento e sujeito a desequilíbrios, no exercício de integração, depende de que os sócios mais desenvolvidos e com maior potencial competitivo contribuam para reduzir os déficits comerciais externos de seus parceiros, bem como promovam investimentos necessários e melhorar a competitividade de seus parceiros, tendo em vista a complementaridade de suas relações econômicas, pensar de outra forma é estimular a concentração de investimentos nas economias mais fortes em detrimento das menos competitivas, e assim alimentar mais ainda os entraves ao processo de unificação monetária.

#### d) **Falta de convergência sobre o aspecto político**

O Mercosul tem como proposta ser um bloco isonômico e não somente na área econômica unir interesses, mas constituir uma área de influência sob o aspecto político, no qual pressupõe que as tomadas de decisões não podem ser pensadas unilateralmente, pois os respingos podem prejudicar o bloco nas relações com outros mercados.

---

11. BAUMANN, Renato. **O Mercosul aos vinte anos: uma avaliação econômica.** (Texto para discussão nº 1627-IPEA). Brasília. Junho de 2011. p. 14/15

É fato incontestado que o Mercosul é um processo de aproximação dos países do Cone Sul, que coincidiu com o processo de redemocratização no continente. Se há comemoração em termos de estabilidade democrática, ao mesmo tempo fatos isolados tornaram-se complicadores para a convergência política desejável, os quais afetam as políticas macroeconômicas conjuntas.

A Argentina, por exemplo, estremeceu o mercado internacional com a estatização da petrolífera YPF, controlada pela petroleira espanhola REPSOL, o que provocou turbulências tanto políticas quanto econômicas e uma série de ameaças de retaliação da Comunidade Europeia, tal fato, num contexto de unificação econômica do porte do Mercosul, provoca consequências para todos os membros do bloco indistintamente.

Assim como o afastamento de Fernando Lugo, Presidente do Paraguai do poder, num processo político “relâmpago”, o que gerou a suspensão do país do bloco, e ao mesmo tempo, provocou um retrocesso da pretensão união de propósitos tendo em vista a constituição de uma área de influência estável e democrática, propicia a atrair os investimentos externos.

No Mercosul a instabilidade política representa um entrave ao amadurecimento do processo de integração e objetivo de criação de uma moeda única. O continente é caracterizado por governos derivados do sistema presidencialista, marcado atualmente por críticas de utilização de políticas populistas, de falta de consenso, de politização e imposição ideológica na administração pública, de falta de uma burocracia técnica e imparcial, tudo isso emperra a aplicação dos mecanismos de integração, sobretudo pela exaltação exacerbada da defesa da soberania.

Acerca do tema Evandro Gussi<sup>12</sup> aduziu que,

Enfim, se a economia é a mola propulsora do processo de integração economia, a política e o direito constituem o terreno que, a depender de sua fertilidade, podem permitir o florescimento do quadro supranacional. Em terra infértil, as mais sólidas sementes não alcançam qualquer desenvolvimento, e esse o quadro que nos afigura no Mercosul.

---

12. GUSSI, Evandro Herrera Bertone. Soberania e Supranacionalidade. In: Liquidato, Vera Lúcia Viegas (Coord.). **Direito da Integração**. São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 107-133, p.131

Quando citados os fatos acima, pode-se pensar que estes constituem exercícios de soberania. Mas, esses episódios de política internacional, não podem esconder que, se verifica, de forma insofismável, que as transformações que marcam o contexto internacional hodiernamente, no tocante à consolidação dos blocos regionais afetaram sim o poder soberano dos Estados, já que a integração pressupõe a relativização do poder político absoluto, e interdependência de interesses. Porém, há de se ressaltar que tais forças não lhes retiraram a soberania, embora as decisões devam ser condizentes com os anseios de todos os membros da organização, que pretenda ter caráter supranacional.

Assim, considerando a moeda como um símbolo nacional, e numa região marcada pela exacerbação de nacionalidade e soberania, é preciso esclarecer até que ponto os custos de uma união monetária seriam benéficos em troca da abdicação de realização de suas políticas domésticas.

#### **4. O PAPEL DO BANCO DO SUL NO PROCESSO DE UNIFICAÇÃO MONETÁRIA**

O Banco do Sul tem sua proposta de criação desde 2007, organismo internacional de direito público de investimento, tem como membros a Argentina, Bolívia, Brasil, Equador e Venezuela, no entanto, Argentina, Bolívia, Equador e Venezuela, já ratificaram em seus tratados para a sua implantação.

Tal instituição tem aprovado o capital inicial de U\$ 20 bilhões, mas a criação desse organismo pode ser um fator positivo para economias que desejam promover políticas econômicas e sociais conjuntas, um banco com tamanha importância fortalece a possibilidade de convergência macroeconômica que é fator preponderante para a unificação monetária.

Além disso, a criação do Banco do Sul aumenta, sem dúvida, a autonomia e poder de barganha dos países aderentes no campo internacional. No contexto atual, no qual novas crises externas são inevitáveis, o processo de integração fica mais solidificado quando existe um mecanismo de financiamento alinhado politicamente com os interesses do continente.

Mas, as incógnitas são grandes acerca do tema, os países aderentes ainda não definiram qual o verdadeiro papel do Banco do Sul, se será

um banco de investimentos, com papel parecido com o BNDES<sup>13</sup>, ou se financiará desequilíbrios no balanço de pagamentos (como o FMI), ou se terá as duas tarefas.

Uma instituição de tamanha envergadura precisa de garantidores, que nesse bloco deverá corresponder ao Brasil, Argentina e Venezuela, que são as economias mais fortes. Assim, constata-se que a vontade política desses países é de fundamental importância para a instituição do banco.

Um processo de unificação monetária exige uma convergência de interesses além de simples troca de mercadorias com vantagens, o que torna a instituição do Banco do Sul a possibilidade de reestruturação econômica e social da região, que permita a canalização de recursos para as economias menores do Mercosul e que se cumpra assim, um dos requisitos para a solidificação do bloco econômico, qual seja inexistência de assimetrias a choques externos.

Acrescentando que o processo de unificação monetária com a implantação do Banco do Sul exige garantias, que deverá ser estudada com responsabilidade, para que o esforço monetário e fiscal derivado deste processo não desencadeie recessão econômica, cujo maior exemplo se dá na Europa no momento.

Além disso, a representação do Banco do sul deverá atender aos anseios de todos os membros aderentes à instituição, independentemente do tamanho da economia e dos aportes de recursos investidos, por isso, a participação democrática e o alinhamento político do bloco deverá buscar a transformação econômica, a qual constitui o objetivo principal do Mercosul.

Pois, o Banco do Sul é uma nova alternativa financeira às dificuldades de obtenção de créditos junto aos agentes internacionais de fomento (BID, Banco Mundial e FMI), quanto aos financiamentos de longo prazo, bem como para aporte de recursos nos momentos de crise.

---

13. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), empresa pública federal, tem como funções a concessão de financiamento de longo prazo para a realização de investimentos em todos os segmentos da economia, em uma política que inclui as dimensões social, regional e ambiental. No qual oferece financiamentos para micro, pequenas e médias empresas, bem como para aquisição de equipamentos e exposição de bens e serviços.

Nesse aspecto, vale ressaltar que a ajuda financeira destes agentes internacionais são acompanhadas de uma série de orientações que interferem na política macroeconômica dos devedores, dificultando sua competitividade no mercado internacional, assim Gilberto Dupas<sup>14</sup> analisa que,

Seria necessária, pois uma mudança radical nas condicionantes que vinculam a ajuda financeira do FMI, do Banco Mundial e dos governos dos países centrais; e reescrever as regras da OMC e de outros acordos multilaterais de comércio de modo a permitir um uso mais ativo dos instrumentos de produção da indústria nascente como as hoje amaldiçoadas tarifas e os subsídios. Exigir apenas que se proíba uniformemente a todos os países da periferia, incapazes de competir na maioria dos produtos que agregam valor.

Assim, espera-se que o Banco do Sul cumpra o papel fundamental de ser a fonte adicional de crédito, bem como de ser um instrumento para a consolidação dos blocos acima mencionados e para a consecução dos seus objetivos comuns. Enfim, pode ser a instituição para desenvolver e integrar a América do Sul.

## **5. AS LIÇÕES DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA QUANTO À ADOÇÃO DE MOEDA ÚNICA**

A **União Europeia (UE)** é uma união econômica e política composta de 27 Estados-membros soberanos, que tem as suas origens na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e na Comunidade Econômica Europeia (CEE), outrora formadas por seis países desde 1958, como uma tentativa de integração após a II Guerra Mundial que representou resultados catastróficos para a economia europeia.

Nos anos de intervenção, com vistas à unificação, a UE cresceu em dimensão com a adesão de novos Estados-membros e em poder, o qual derivou da influência de seus principais membros na política e economia internacional. A consolidação do processo se deu com a assinatura do Tratado de Maastricht, o qual estabeleceu a União Europeia com o seu nome atual em 1993.

---

14. DUPAS, Gilberto. A América Latina e o novo jogo global. In (coord.). **América Latina no início do século XXI**. São Paulo. UNESP Editora, 2005, p.321.

Como a União Europeia foi um processo de unificação em todos os aspectos, era necessária a criação de instituições para seu cumprimento. Assim, as mais importantes instituições da UE são: 1. a Comissão Europeia; 2. o Conselho da União Europeia; 3. o Conselho Europeu; 4. o Tribunal de Justiça da União Europeia; 5. Banco Central Europeu. O Parlamento Europeu é eleito a cada cinco anos pelos cidadãos da UE, constituindo uma experiência única tendente ao sonho de união de política de dimensão continental.

A efetivação da União Europeia estabeleceu a circulação de uma moeda única, o Euro, nos países que compõem o bloco, que entrou em vigor em 2002, e da implantação de taxas de juros e carga tributária, (políticas monetárias e fiscais) comum a todos integrantes. Nem todos os participantes do bloco aceitaram a substituição de suas moedas nacionais pelo Euro, entre os quais o Reino Unido, a Suécia e a Dinamarca.

Nesse caso, o processo para conceber a criação de uma moeda única no bloco foi impulsionado pela instituição do Banco Central Europeu, com a intenção de coibir a inflação e administrar a área econômica dos países membros, como forma de consolidação dos mecanismos de convergência macroeconômica, que já foram mencionados como requisito para a uma união monetária de sucesso.

Assim, para aderir ao Euro, era necessário o cumprimento de requisitos não só econômicos, mas os sociais, políticos e ambientais, cumprir três critérios devidamente formulados pelo Conselho de Copenhague, em 1993. São eles: a) o critério político, que representa a existência de instituições estáveis que garantam a democracia com participação homogênea; 2. o Estado de direito, o respeito pelas minorias e a sua proteção; 3. o critério econômico, o qual estabelece o requisito de se ter uma economia de mercado que funcione efetivamente, com produtividade e com capacidade de fazer face às forças de mercado e à concorrência da EU, com responsabilidade fiscal; 4. o critério do acervo comunitário, que requer a capacidade para assumir as obrigações decorrentes da adesão, incluindo-as aos objetivos de união política, econômica e monetária.

Nesse contexto, importa ressaltar que o euro passou a ser usada pelos europeus, e que os governos aboliram moedas locais, entre as quais, o marco alemão, a lira italiana, a peseta espanhola e o franco (belga e francês) nas transações comerciais no bloco econômico. O objetivo era consolidar a união das nações, em um bloco com maior representação política, e gerar maior desenvolvimento econômico, pois o sistema



monetário integrado facilitaria o comércio e os negócios entre os países, um processo complexo e inovador, constituindo um desafio à Europa.

Nos primeiros anos, a economia unificada apresentava dados animadores, Salatiel<sup>15</sup> observou que, mesmo não correspondendo às projeções mais otimistas, apresentou crescimento de até 15% na economia da União Europeia. Além disso, houve sucesso no controle inflacionário, que em média não ultrapassa os 2%, e as empresas reduziram os custos de transações cambiais – somente na indústria automobilística, a economia chegaria a 500 milhões de euros por ano, tal redução de custo já era esperada por ser uma das principais vantagens da união monetária.

Mas, um processo tão complexo e com promessas duradouras não poderia seguir sem problemas, e estes começaram com a crise econômica de 2008, que atingiu o a Zona do Euro. Em uma década de moeda única, não houve uma política fiscal comum que regulasse o mercado, deixando o sistema exposto ao endividamento desmedido dos Estados.

O colapso iniciou-se na Grécia, considerada historicamente o berço da democracia ocidental. O país gastou muito além do programado em programas sociais, nas despesas correntes, por isso, o Estado aumentou o seu endividamento para cumprir seus compromissos. A dívida pública grega chegou a 165% do seu PIB em 2011<sup>16</sup>, ultrapassando os 60% estipulados como limite da dívida pública entre os países aderentes ao euro no Tratado de Maastricht.

A crise cresceu e atingiu outros países da chamada Zona do Euro, os quais estão em condições fiscais debilitadas, como Irlanda, a Espanha, a Itália e Portugal. Os déficits orçamentários desses governos são enormes, que socorreram a economia injetando recursos públicos durante a crise e sofreram queda em suas receitas, cujo contexto macroeconômico é o mais sombrio desde o período da Segunda Guerra Mundial.

Além disso, a ameaça de “calotes” em suas dívidas causou desconfiança no mercado financeiro. Como consequência, tornou-se mais difícil para os agentes econômicos (empresas e governos) refinanciarem suas

---

15. SALATIEL, José Renato. Crise do Euro – União monetária faz dez anos na Europa. São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/atualidades/crise-do-euro--uniao-monetaria-faz-dez-anos-na-europa.jhtm>>. Acesso em 01/08/2012

16. CASEMIRO, Luciana e PAULA, de Nice. Entenda o mapa da crise econômica europeia. **O GLOBO**. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/infograficos/crise-europa>>. Acesso em: 05/08/2012

dívidas, aprofundando a recessão econômica no bloco. No ano de 2010, no auge da crise, o euro acumulou perdas de 14% perante o dólar.

Os Estados enfrentaram a situação com programas e pacotes de estímulo à recuperação, entre as medidas, cita-se aumento da carga tributária e corte em programas sociais, os quais afetaram o modelo de justiça social do capitalismo europeu que floresceu desde o fim da Segunda Guerra Mundial.

Com a implementação das medidas econômicas para conter a crise, a população reagiu com protestos em toda a Europa. No contexto de crise, nove presidentes e primeiros-ministros foram destituídos do cargo, entre eles o premiê grego George Papandreou e o italiano Silvio Berlusconi, países seriamente afetados pela crise.

No plano político, a Europa parece ter regredido. A insatisfação com a recessão econômica fez também ressurgir partidos ligados a grupos de extrema direita, aprofundando divisões ideológicas e ressuscitando o passado sombrio do pós-nazismo. A união europeia representa um ideal de unificação econômica, política e social, e passados estes anos verifica-se que ainda que compartilhem a moeda, a bandeira e instituições democráticas, as cisões entre governos demonstram que falta unidade política aos europeus, pondo em risco sonhado plano de integração.

A crise que atinge gravemente hoje diversos países europeus faz esclarecer que, durante aproximadamente duas décadas, entre os anos 1980 e 1990, vários países da América Latina aplicaram numerosos pacotes de austeridade econômica propostos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial além de outras instituições financeiras como solução para superar recorrentes crises, principalmente decorrentes de políticas monetárias e fiscais desastrosas.

Esses pacotes incluíram políticas de privatizações, de demissão de funcionários públicos e arrocho salarial. A guinada progressista na região, a partir da década passada deu-se, em larga medida, como uma reação aos efeitos perversos dessas políticas de estabilização. No momento, os gregos, portugueses, espanhóis, italianos e irlandeses, entre outras nacionalidades europeias, começam a conviver com tais políticas, o que provoca o debate em torno das lições que o Mercosul deveria aprender, visto que o processo de integração sul-americana ambiciona uma unificação econômica, política e social, em moldes parecidos com o arquitetado pela União Europeia.

Como lição principal, constata-se que o Mercosul deve concentrar os esforços no fortalecimento dos espaços políticos e institucionais, que constitui uma condição fundamental para enfrentar desafios e problemas estruturais do bloco, tais como as assimetrias entre os países já analisadas no presente trabalho, além do problema das tarifas aduaneiras e a perspectiva da adoção de uma moeda comum no futuro.

Sobre a importância de convergência dos espaços políticos e jurídicos, além desenvolvimento econômico conjunto, Evandro Gussi<sup>17</sup> mencionou que

É lugar comum em determinados matizes do Direito de Integração observações no sentido de que todos os processos jurídicos e políticos existentes nos blocos de integração supranacionais são estritamente determinados por fatores ou necessidades de índole econômica. Isso nos parece, no entanto, um equívoco a ser observado uma vez que cada uma dessas realidades – economia, política e direito – possuem, além de autonomia ontológica, como observamos, necessidades institucionais específicas. Pressupõe, nesse sentido, campos próprios para seus desenvolvimentos.

Pois, o modelo que inspirou a criação da União Europeia, demonstra que a incorporação de países com economias mais frágeis, bem como as dificuldades colocadas pela unidade monetária resultante da criação do euro e a limitação da capacidade de os Estados definirem suas políticas econômicas internamente trazem desafios cuja solução passa, inevitavelmente, pela esfera política, setor em que o Mercosul ainda patina em instabilidades.

Dessa forma, talvez constitua essa uma das principais lições que a experiência, por enquanto indefinida, da União Europeia pode trazer ao Mercosul e aos demais processos de integração na América do Sul. A noção de que a integração entre nações é, essencialmente, um projeto político.

Não há acordo comercial, mesmo com unificação monetária e criação de banco regional, que dê conta de superar as contradições provocadas pelas desigualdades entre povos e nações, como as experimentadas pelo Mercosul.

---

17. GUSSE, Evandro Herrera Bertone. Soberania e Supranacionalidade. In: Liquidato, Vera Lúcia Viegas (Coord.). **Direito da Integração**. São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 107-133, p.119

Os conflitos sociais que voltaram a tomar as ruas de várias cidades europeias atualizam lançam uma alerta para os construtores do Mercosul: o principal objetivo estratégico de um processo de integração é buscar a cooperação e não meramente o aumento da balança comercial deste ou daquele país. Ao presenciar diretamente o que está efetivamente acontecendo na Europa, o Mercosul tem a chance de não repetir esses erros, pois este bloco ainda carece de consolidação de instituição supranacional forte o suficiente para solidificar o seu processo de integração.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O momento atual, no qual prevalecem as ideias de integração entre Estados para fins de constituição de blocos econômicos, no continente sul-americano, o Mercosul é bastante criticado por não conseguir avançar de uma união aduaneira imperfeita para uma união monetária.

Segundo o pensamento predominante entre os economistas, o modelo de Mundell, que foi proposto para proporcionar a criação do euro, continua sendo a principal alternativa para bloco de países que pretendem avançar num processo de integração econômica com moeda única.

Isso porque os choques externos que afetassem as economias unidas em torno de uma mesma moeda teriam pequenos efeitos, caso os fatores de produção (principalmente a mão-de-obra), pudesse flutuar dos países afetados negativamente pelos choques para os países beneficiados, constituindo tal fenômeno em redução das assimetrias estruturais, isso num regime de câmbio fixo.

As economias sul-americanas, que apresentam crescimento econômico a partir de 2003, apresentam câmbio flexível nas suas relações comerciais com outros países, e buscam através deste artifício conseguir vantagens comerciais que seus parceiros, tal dado já representa um impasse para se seguir ao receituário de Mundell, em busca da tão sonhada moeda única, visto que este regime é o que estabiliza e minimiza as flutuações cíclicas dos Estados-membros do Mercosul.

Assim, no item três do presente trabalho foram apresentados aspectos que constituem desafios econômicos a ser superados caso os países que compõem o Mercosul partam definitivamente para a unificação monetária com sucesso.

Nesse aspecto, o Mercosul deverá manter esforços para reduzir as disparidades de investimentos em infra-estrutura entre os sócios

maiores (Argentina, Brasil e agora a Venezuela) e os menores (Paraguai e Uruguai), senão não haverá estímulos por partes destes à adesão a uma união monetária que traga desvantagens às suas economias, as quais ficariam amarradas a políticas monetárias e cambiais que não representem os seus interesses individualmente.

O principal aspecto que, no momento distancia os países-membros em torno do Mercosul no projeto da unificação monetária é a falta de coesão institucional, o que implica em entrave à convergência macroeconômica e ampliação dos laços de integração. Os Estados-membros, principalmente Brasil e Argentina ainda brigam em torno de tarifas em vários setores, assim fica difícil imaginar que as economias se unam em torno de políticas monetárias e cambiais conjuntas ditadas por um banco central único.

Convém mencionar que a mobilidade dos fatores de produção, especialmente a mão-de-obra ainda é incipiente. Considerando que nenhum dos países consolidou seu regime econômico com estabilidade de preços, os quais ainda estão tentando aliar crescimento com desenvolvimento econômico. Poder-se pensar em moeda única nessa fase do desenvolvimento é realmente colocar o carro adiante dos bois.

Pois, conforme visto no presente trabalho, as turbulências que saodem a Europa podem proporcionar ensinamentos aos membros do Mercosul, no sentido de guiar o processo de integração econômica em torno de uma meda única de forma mais eficiente e bem sucedida.

Já que o futuro do Mercosul, tem um olhar ligado ao destino da União Europeia. O bloco sul-americano foi concebido para ser um mercado comum, por meio da formação de uma união aduaneira, mediante uma tarifa externa comum (TEC).

A adoção que prevalece no momento de uma tarifa externa e de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados são dimensões essenciais e constitutivas do processo de integração econômica.

Mas a integração prometida pelo Mercosul não se esgota aí, ambiacionando-se também a livre circulação de pessoas, a criação de legislações comuns, a constituição de instituições supranacionais, de um Parlamento sul-americano, a formação de uma cidadania comum e de uma moeda única.

Assim, os problemas vividos pela Comunidade Europeia ensinam ao Mercosul por derivarem também, pela inclusão no bloco de países de

economias frágeis, com pouca capacidade de gestão de política monetária e cambial, sobretudo a fiscal, conforme os padrões impostos pelo bloco, além do não cumprimento definido por Mundell da necessidade da constituição da área monetária ótima.

Pois a zona do Euro, apesar do compromisso e avanços à implantação do direito comunitário e de uma integração jamais vista, não conseguiu realizar a tão sonhada flexibilização da mão-de-obra, vide os conflitos étnicos nas economias mais desenvolvidas contra os imigrantes dos países do leste europeu.

Talvez seja essa uma das principais lições que a experiência da União Europeia pode trazer ao Mercosul, de que a integração entre nações é, essencialmente, um projeto político.

Assim, não há acordo comercial puro que possa superar as contradições provocadas pelas desigualdades entre povos e nações, especialmente entre os países que compõem o Mercosul.

Os conflitos sociais que voltaram a tomar as ruas de diversas cidades europeias lançam uma alerta para os construtores do processo de integração na América do Sul: o principal objetivo estratégico de um processo de integração é buscar a solidariedade e a harmonia entre os povos, reduzindo as assimetrias e as desigualdades de infra-estrutura e não meramente aumentar a balança comercial deste ou daquele país, deste ou daquele bloco regional.

Ao presenciar os fatos que estão acontecendo na Europa, o Mercosul tem a chance de não repeti-los.

## REFERÊNCIAS

BAUMANN, Renato. O Mercosul aos vinte anos: uma avaliação econômica. (Texto para discussão nº 1627-IPEA). Brasília. Junho de 2011.

BICHARA, Julimar da Silva, SARRIERA, Javier Morales e CUNHA, André Moreira. Moeda Única no Mercosul: uma análise da simetria a choques para o período 1995-2007. <Disponível em <http://www.anpec.org.br>, acesso em 25/06/2012>

CASEMIRO, Luciana e PAULA, de Nice. Entenda o mapa da crise econômica europeia. O GLOBO. Rio de Janeiro. 2011. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/infograficos/crise-europa>>. Acesso em: 05/08/2012

- CHAGAS, Leonardo Lima. Moeda Única no Mercosul: aspectos fiscais. <Disponível em [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio\\_TN/IXPremio/mercosul/1mercosulIXPTN](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio_TN/IXPremio/mercosul/1mercosulIXPTN)>, pg. 4, acesso em 26/06/2012.
- DUPAS, Gilberto. A América Latina e o novo jogo global. In (coord.). América Latina no início do século XXI. São Paulo. UNESP Editora, 2005, p.313-332.
- GIAMBIAGI, Fabio. Mercosul: Por que a unificação monetária faz sentido a longo prazo?. Ensaio BNDES, n. 12, Dezembro de 1999.
- GUIMARÃES, Edson Peterli e Zeidan, Rodrigo M. Acordos do Mercosul com terceiros países. Brasília, DF: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2010. (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 23).
- GUSSI, Evandro Herrera Bertone. Soberania e Supranacionalidade. In: Liquidato, Vera Lúcia Viegas (Coord.). Direito da Integração. São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 107-133.
- RODRIGUES, Fernanda Savian. Soberania e Supranacionalidade – oposição intrínseca ou aparente. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza (Coord.). Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário. Rio de Janeiro: Fofense, 2003. p.329-338.
- SALATIEL, José Renato. Crise do Euro – União monetária faz dez anos na Europa. São Paulo. 2012. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/atualidades/crise-do-euro--uniao-monetaria-faz-dez-anos-na-europa.jhtm>>. Acesso em 01/08/2012
- SOUZA, André de Mello e, OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado e GONÇALVES, Samo Sérgio. Integrando Desiguais: Assimetrias Estruturais e Políticas de Integração no Mercosul. (Texto para discussão nº 1477-IPEA). Rio de Janeiro. Março de 2010
- VARELLA, Marcelo D. Direito Internacional Público. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.





# 22

## La responsabilité en matière de libre circulation des personnes dans l'Union Européenne

*Karine Abderemane*

Professora (Universidade François Rabelais/UFR, Tours, França). Membro do GER-CIE (Grupo de Estudo e Pesquisa sobre a Co-operação Internacional e Européia - Groupe d'étude et de recherche sur la coopération internationale et européenne), Universidade François Rabelais/UFR, Tours, França.

« L'appel, l'injonction, la confiance aussi, qui procèdent du fragile, font que c'est toujours un autre qui nous déclare responsable ; mieux, qui nous rend responsable, ou, comme dit Levinas, nous appelle à la responsabilité. Un autre, en comptant sur moi, me rend responsable de mes actes.»

Paul Ricoeur<sup>1</sup>

L'Europe prend racine dans une histoire riche de la migration où la libre circulation des personnes s'invente tantôt comme un mythe, se décline en tragédies aux portes d'une Europe forteresse mais s'apprécie également par le confort d'un passeport européen<sup>2</sup> ! La question de la libre circulation des personnes est celle d'une conquête politique et

- 
1. P. Ricoeur, « Responsabilité et fragilité », *Autres Temps. Les cahiers du christianisme social*, n°36, 1992, pp. 7-21.
  2. De « Check-point Charlie » au guichet unique consacré aux ressortissants de l'Union européenne dans les aéroports. De l'itinérance d'Erasmus, au programme Erasmus et au processus de Bologne. De la découverte conquérante d'un Nouveau Monde à Lampedusa, théâtre dramatique d'une Europe forteresse. Du Temps des gitans à l'éloignement des Roms. De la tour de Belém à Frontex ... et Sangatte. Sans oublier les craintes que suscitent le « patient anglais ou encore « l'étudiant en kinésithérapie français » voire le « plombier polonais » !

juridique qui est néanmoins susceptible d'apparaître tel un labyrinthe (parfois) obscur pour les juristes tant elle le plonge au cœur de la complexité même de l'ordre juridique européen : un droit résolument hybride s'organisant par une composition parfois subtile entre supranationalité, souveraineté, coopération et intégration.

Aux confins de ce dédale, se renouvèlent les fondements mais également les instruments de l'exercice de la puissance publique en Europe<sup>3</sup> : celle qui, s'appuyant sur la responsabilité des Etats, concourt à déterminer les conditions européennes d'exercice et de garantie de l'ordre public et des droits fondamentaux. Soulever la question de la responsabilité en matière de libre circulation des personnes dans l'Union invite à considérer quelles sont les autorités qui *répondent de* la garantie de cette liberté *fondamentale*, mais également quelles sont celles qui en assument la charge<sup>4</sup>. Or, la réponse à cette question demeure complexe car elle est attachée à l'identification de solutions enchevêtrées dans des *régimes juridiques* et des *procédés d'intégration distincts*.

La libre circulation des personnes est, en effet, l'une des seules libertés qui, dans l'Union, bénéficie d'un double voire d'un triple ancrage dans les traités. Non seulement elle compte, dès les origines, parmi les libertés fondamentales à la réalisation du marché intérieur<sup>5</sup> (art. 45 TFUE), mais elle a également été consacrée comme composant le statut fondamental des citoyens de l'Union, ces derniers bénéficiant d'un droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres (art. 20, §2 TFUE)<sup>6</sup>. Enfin, elle constitue l'une des libertés-socles dont la garantie contribue à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, ELSJ, (art. 3, §2 TUE) notamment, par le développement de mesures en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. V. B. Nabli, « L'autorité publique et la puissance publique », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, (dir.) J.-B. Auby, Dalloz, 2010, p. 330 ; O. Dubos, « L'Union européenne est-elle une puissance publique? », in *La puissance publique à l'heure européenne*, P. Raimbault (dir.), Dalloz, 2006, p. 53 ; L. Potvinolis, « Pour une conception communautaire cohérente de la puissance publique », *RMCUE*, n°530, Juillet-Août 2009, p. 464 ; C. Denizeau, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, BDP, T. 239, LGDJ, 2004.

4. V. P. Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, rééd. 1938, Dalloz, 2012.

5. CJCE, 31/03/1993, aff. C-19/92, Kraus, Rec. 1993 I-1663, p. 663.

6. M. Benlolo Carabot, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Coll. droit de l'Union européenne, Bruylant, 2007.

A la lecture des traités et de la jurisprudence, la libre circulation des personnes recouvre donc *pêle-mêle* différentes politiques de l'Union visant les conditions d'entrée, de circulation et de séjour des ressortissants européens comme des ressortissants de pays tiers sur le territoire de l'Union.

Surtout, la liberté de circuler se traduit plus, pour les personnes visées, tel un principe à partir duquel est *grappelé* l'accès à de nombreux droits, justifiant que l'on parlât progressivement du développement d'une *citoyenneté sociale*<sup>7</sup>. Cette évolution marquait cependant déjà l'apogée d'une jurisprudence construite sur la base d'une liberté toute économique. Ainsi l'inscription dans les traités de la citoyenneté européenne garantit-elle aux ressortissants européens un *statut désormais fondamental* protégé par le droit des Etats membres, mais également par celui de l'Union. Telle n'est pas la situation des *tiers* dont la situation juridique est certes (partiellement) encadrée par le droit européen, mais dont l'exercice de la liberté d'entrer et de séjourner sur le territoire de l'Union relève principalement de la compétence des Etats. La libre circulation des personnes touche, en effet, dans ce dernier cas aux questions sensibles et (traditionnellement) souveraines de *sécurité* et de *police*<sup>8</sup>. C'est pourquoi, bien que la situation juridique des tiers ou des citoyens européens soit clairement distincte<sup>9</sup>, la pluralité de cet ancrage conventionnel est avant tout significative de la différence des procédés d'intégration qui ont justifié leur instauration. Or, la dualité de ces procédés (entre coopération et intégration) expliquent, pour partie, l'ambivalence avec laquelle la prise en charge de ces politiques repose sur des

- 
7. S. Maillard, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, PUAM, 2008 ; C. Marzo, « Le Parlement européen, rénovateur d'une citoyenneté politique par le vecteur d'une citoyenneté sociale ? », LPA, juin 2009, n°116, p. 77-80 ; K. Abderemane, *La solidarité un fondement du droit de l'intégration de l'Union européenne*, Thèse Poitiers, 2010 (à paraître chez Bruylant), pp. 242-275.
  8. Le terme est polysémique. Il s'entend ici au sens large, c'est-à-dire telle une activité publique, susceptible de limiter les libertés fondamentales aux fins de protection de l'ordre public. « Symbole de la puissance publique », la police compte, pour une certaine doctrine française, parmi les services publics dits régaliens, voire comme un « attribut essentiel de la souveraineté ». V. B. Seiller, *Droit administratif*, t. 2, Flammarion, 2013, p. 68.
  9. La situation des ressortissants tiers, en pratique, se rapproche de celle des citoyens européens, du moins en raison des droits attachés aux résidents bénéficiant d'un séjour longue durée. Sur l'émergence d'une solidarité territoriale, V. K. Abderemane, *op.cit.*, pp. 277-293.

conceptions *distinctes* de la responsabilité en matière de libre circulation des personnes.

*Dans le cadre du marché intérieur*, la garantie de la libre circulation des personnes s'est bâtie selon des procédés d'intégration par le marché visant, par les voies jurisprudentielle et législative (directive 2004/38), à assurer l'égalité de traitement entre les citoyens de l'Union tout en leur garantissant un accès à l'emploi mais également (et progressivement) un accès aux prestations sociales dans l'Etat membre d'accueil. Or, l'élimination des entraves à la libre circulation des ressortissants européens a donné lieu à des levées de bouclier de la part de certains Etats, invoquant notamment leur responsabilité financière comme obstacle à un tel accès des ressortissants européens migrant sur leur territoire.

De façon différente, la libre circulation *au titre de l'ELSJ*, s'est d'abord appuyée sur une coopération hors traités de l'Union, entre quelques Etats (celle des accords de Schengen, en 1985, conclus entre l'Allemagne, la Belgique, la France, le Luxembourg et les Pays-Bas) et a plus récemment été intégrée dans le corpus même du droit primaire<sup>10</sup>. Or, à la confiance mutuelle et à la coopération entre quelques-uns a succédé l'expression d'une certaine méfiance entre Etats membres de l'Union aux portes de ses nouvelles frontières (par exemple, à Sangatte et à Lampedusa)<sup>11</sup>.

L'invocation de la responsabilité des Etats peut devenir alors contradictoire : tantôt pour justifier le rétablissement du contrôle aux frontières intérieures de l'Union, tantôt pour rejeter l'obligation européenne d'en assurer la charge. Les institutions de l'Union en appellent elles-mêmes régulièrement à la responsabilité des Etats à garantir le respect des politiques européennes, mais l'appréciation de la responsabilité des Etats ou de l'Union peut s'avérer délicate.

En outre, la zone Schengen forme bien aujourd'hui un espace sans frontière intérieure, mais le territoire européen est surtout une aire d'intégration différenciée où la libre circulation n'est réelle et totale qu'entre 22 Etats membres et 4 Etats dits associés (la Suisse, l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein) ; les Etats dit *out* : le Royaume-Uni et l'Irlande ne participant que de façon partielle. La gestion différenciée du territoire de l'Union provoque alors régulièrement des tensions entre interprétations

---

10. H. Labayle, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam », *AJDA*, 1997, p. 923.

11. C. Bluman (dir.), *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, 2013.

(parfois abusives) de la responsabilité de chaque Etat à garantir la sécurité sur son territoire et la responsabilité européenne à garantir la libre circulation des personnes selon les règles définies au niveau de l'Union.

C'est pourquoi que ce soit dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ou de celle de l'ELSJ, la garantie de la libre circulation des personnes est le terreau d'un *débat classiquement conflictuel entre liberté et sécurité*. Le droit de l'Union renouvèle les solutions aux questions (sensibles) de l'étendue et de la portée de la solidarité nationale ou encore de la souveraineté territoriale<sup>12</sup>. Or, ces questions *touchent* directement au cœur de la légitimité des puissances étatiques. Elles ne sont pas nouvelles, mais la crise économique et sociale qui frappe l'Union a ravivé l'intérêt d'une telle détermination face aux crispations que cause l'afflux de migrants ou encore les difficultés de financement des prestations sociales dans certains Etats membres.

*Placée aujourd'hui au carrefour du processus d'intégration européenne*, la libre circulation des personnes invite à repenser le recours, jusque-là resté quelque peu discret, à la notion de responsabilité aux fins de l'articulation des compétences de l'Union et des Etats membres dans l'accomplissement de missions s'exerçant dans le champ à la fois régalien (celui de la sécurité) et fondamental (celui des libertés) *d'un droit européen de la migration*.

Par le partage des compétences *régaliennes*<sup>13</sup> qu'elle implique, la libre circulation des personnes pose par conséquent la question de la responsabilité dans un sens primitif, c'est-à-dire qu'elle renvoie certes à l'articulation des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres mais elle permet surtout, au-delà des principes d'attribution et de subsidiarité, d'observer comment la responsabilité permet d'organiser la *répartition de la charge* liée à l'exercice, sur le territoire de l'Union, de ces compétences au cœur de la légitimité des Etats.

C'est pourquoi, l'analyse de la place de la responsabilité dans le champ de la libre circulation des personnes illustre l'apparent

---

12. L'élargissement de l'accès des personnes aux prestations sociales ne met-il pas en péril l'étendue de la solidarité nationale ? Les conditions d'entrée et de séjour des personnes (ressortissants ou tiers à l'Union) ne renouvèlent-elles pas les conditions d'exercice de la souveraineté territoriale ?

13. Selon le concept de J.-M. Pontier, « La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques », RDP, 2003, p. 196.

antagonisme que composent les différents paragraphes de l'article 4 TUE : celui d'un ordre juridique intégré et hybride d'Etats nations. La notion de responsabilité offre en effet un cadre d'analyse conceptuel à l'hybridité du droit de l'Union et à la singularité des sources et des modalités d'exercice de la puissance publique européenne.

Malgré la diversité des régimes liés à la libre circulation des personnes, deux aspects essentiels au processus actuel d'intégration européenne sont articulés par la notion de responsabilité. La responsabilité européenne est, en principe, une condition à l'exercice à la libre circulation des personnes dans l'Union (I). La responsabilité nationale est, par exception, une limite à l'exercice de la libre circulation des personnes dans l'union (II).

## **I- LE PRINCIPE : UNE RESPONSABILITÉ EUROPÉENNE, CONDITION À L'EXERCICE DE LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES**

La liberté de circulation des personnes renvoie à des régimes juridiques différents selon que l'on s'intéresse au sort des tiers souhaitant franchir les frontières extérieures de l'Union ou à la situation des ressortissants européens bénéficiant d'un droit fondamental à circuler librement au sein de l'Union. La garantie de ces deux régimes fait appel à la notion de responsabilité européenne. Celle-ci est explicite lorsqu'il s'agit d'assurer la réalisation de l'ELSJ (A). Elle est, par ailleurs, également partagée mais implicite lorsqu'il s'agit de garantir les droits attachés à la libre circulation des personnes dans l'Union (B).

### **A- Le principe explicite d'une responsabilité partagée pour la réalisation de l'ELSJ**

La garantie de la libre circulation des tiers exige que soit organisée une articulation conjointe et solidaire des compétences nationales au service de l'Union. La solidarité entre les Etats justifie l'exercice en commun des compétences régaliennes mises au service de l'Union (1) ; la responsabilité en est une des modalités d'exercice principales (2).

#### **1. La solidarité entre Etats membres : fondement à un exercice commun de compétences régaliennes**

La libre circulation des tiers est conditionnée par le franchissement des frontières de l'Union. Alors que la réalisation de l'ELSJ s'appuie

encore *principalement* sur des politiques dites de *coopération*<sup>14</sup>, l'article 67, §2 du TFUE en renforce le degré d'intégration normative en consacrant le développement d'une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières extérieures qui soit fondée sur la solidarité entre les Etats membres (et équitable à l'égard des tiers).

La gestion des frontières extérieures est dite intégrée ce qui comprend une définition européenne de ladite politique, mais une mise en œuvre nationale. Cette dernière néanmoins n'exclut pas une certaine coordination au niveau central, notamment par la centralisation des données au niveau de l'Union, comme dans le cas d'Eurodac, de VIS et SIS II, de l'agence Frontex ou encore du bureau d'appui européen.

Au-delà d'une simple répartition des compétences entre le niveau européen d'encadrement et le droit national, la solidarité exige un exercice en commun des politiques nationales. Cela se traduit par un partage de la charge matérielle, financière et législative qu'implique la mise en œuvre de ces politiques.

A la différence des règles gouvernant les relations (conventionnelles) en droit international, l'invocation de la solidarité n'est certes pas étrangère à l'application du droit de l'Union, mais celle-ci est, en principe, implicite à l'obligation générale d'exécution que traduit plus particulièrement le principe d'application uniforme<sup>15</sup>.

La solidarité exigée est alors une forme de contrepartie aux avantages que chaque Etat membre peut tirer de sa participation à l'Union. Plus exactement, le non-respect de la règle communautaire met en cause *« l'équilibre entre les avantages et les charges découlant de l'appartenance [de chaque Etat] à la Communauté [et] met en cause l'égalité entre les Etats membres devant le droit communautaire et créé des discriminations*

---

14. L'adoption d'un cadre européen commun (notamment en matière policière, judiciaire et pénale) dépasse celui de la simple coopération, du moins s'avère-t-elle strictement contraignante. V. H. Labayle et R. Mehdi, « Le droit au juge et le mandat d'arrêt européen : lectures convergentes de la Cour de justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel », RFDA 2013, p. 691 ; J. Rossetto, « Le mandat d'arrêt européen à l'épreuve du renvoi préjudiciel », JCP 2013. 2166 ; S. Bot, *Le mandat d'arrêt européen*, Larcier, 2009.

15. V. CJCE, 07/02/1973, aff. 39/72, *Commission c. Italie*, Rec. 1973, p. 101, pts. 24 et 25 ; CJCE, 10/12/1969, aff. 6 et 11/69, *Commission c. République française*, Rec. 1969, p. 523.

à la charge de leurs ressortissants »<sup>16</sup>. La solidarité est ainsi consacrée par la Cour de justice comme placée « *aux bases essentielles de l'ordre juridique communautaire* ». Le contrôle *solidaire* aux frontières extérieures se comprend par conséquent comme l'exigence de ne pas faire peser trop lourd sur l'un des Etats la charge de la mise en œuvre d'une politique menée au niveau de l'Union.

L'afflux de réfugiés aux portes de l'Europe, comme à Sangatte ou à Lampedusa, souligne les différents types de difficultés qu'implique une gestion commune des frontières extérieures de l'Union.

A Sangatte, les camps de réfugiés interrogent la pertinence d'une *Europe différenciée des frontières* en raison notamment de la volonté *ponctuelle* du Royaume-Uni de participer partiellement à ce que l'on appelle l'acquis Schengen. Face au risque d'une politique *fragmentée*, contraire à la solidarité, la Cour de justice aura consacré l'exigence de cohérence et d'intégrité de la participation des Etats membres aux politiques de l'Union, précisément pour celles faisant l'objet d'une intégration différenciée<sup>17</sup>.

A Lampedusa, c'est la question du « *partage du fardeau* » qui est tragiquement mise en cause par la charge excessive que peut causer l'afflux de réfugiés aux frontières de l'Union, tant du point de vue du contrôle matériel des frontières que de celui, plus administratif et financier, de la gestion des demandes d'asile<sup>18</sup>.

Cette exigence de solidarité peut certes être satisfaite sur la base de l'article 80 TFUE par un soutien financier communautaire<sup>19</sup>, mais elle se traduit avant tout par le partage équitable des responsabilités que consacrent les traités.

---

16. L'arrêt *Commission c. Italie*, aff. 39/72, préc.

17. CJCE, 18/12/2007, aff. 77/05, Royaume-Uni c. Conseil, 2007 I-11459, pt. 77 ; CJCE aff. 137/05, 2007 I-11593.

18. V. *Matrix insight Ltd*, Dr E. Thielemann, R. Williams, Dr C. Boswell, Rapport au Parlement européen, *Quel système de partage des charges entre les Etats membres pour l'accueil des demandeurs d'asile?*, PE 419. 620, 22/01/2010.

19. V. le programme *Solidarité et gestion des flux migratoires* et du Fonds européen pour les réfugiés devant favoriser l'intégration des ressortissants tiers : *Décision n°258/2013/UE du PE et du Cons. du 13/03/2013*, JO L 82 du 22.3.2013, p. 1.



## **2. Les modalités : une responsabilité conjointe et solidaire entre les Etats membres et l'Union**

C'est l'article 67, §2 TFUE qui pose le principe d'une *responsabilité partagée* entre les Etats membres de l'Union pour le développement d'une politique commune en matière d'asile, d'immigration et de contrôle aux frontières extérieures. Celle-ci se traduit par le principe, initialement introduit par la convention de Dublin du 15/06/1990<sup>20</sup>, selon lequel le contrôle effectué par un Etat membre vaut pour l'ensemble des autres Etats. La législation européenne définit alors progressivement des conditions communes à l'entrée sur le territoire de l'Union, facteur de garantie, en principe, d'une reconnaissance mutuelle des contrôles nationaux<sup>21</sup>.

Afin d'éviter l'*asylum shopping*, la législation européenne fixe les règles de détermination de l'Etat responsable de l'examen des demandes d'asile<sup>22</sup>. La responsabilité ainsi définie s'appuie sur une répartition équitable des charges matérielles et financières entre les Etats membres et l'Union.

C'est en sens que l'affirmation explicite du partage des responsabilités selon le principe de solidarité prend tout son sens. Il s'agit certes de déterminer quel est l'Etat qui doit répondre, par son examen des demandes, de la mise en œuvre de la politique de l'Union. Mais il s'agit, surtout, de déterminer qui supporte la charge, matérielle et financière, liée à l'exercice d'un tel contrôle. La garantie de la libre circulation des personnes repose donc sur le respect par chaque Etat membre de son engagement à garantir le franchissement des frontières dans les conditions posées par le droit européen.

Précisément, la répartition du poids de cette charge peut s'avérer essentielle à la garantie des droits fondamentaux tels que consacrés par le droit à l'asile et, plus généralement, par la libre circulation des tiers dans l'Union. L'affaire *N.S.* aura souligné l'importance de veiller au

---

20. JO C 254/1 du 19/08/1997, p. 1.

21. A.-S. Millet-Delvalle (dir.), *L'Union européenne et la protection des migrants et des réfugiés*, Dalloz, 2010 ; H. Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », RFDA 2011, p. 273.

22. Règlement 343/2003/CE du Cons. du 18/02/2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile présenté dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25/02/2003, p. 1.

respect des dispositions communautaires, organisant (par la clause de souveraineté) une responsabilité partagée de l'examen des demandes<sup>23</sup>.

Le principe explicite d'une responsabilité conjointe et solidaire se traduit, en réalité, plus par une « régulation » des compétences nationales selon un cadre de législation européenne que par la consécration d'une réelle responsabilité partagée entre les Etats membres et l'Union<sup>24</sup>.

On relèvera *in fine* que le partage des responsabilités a vocation à sortir des seules relations intracommunautaires dès lors que le droit de l'Union s'appuie progressivement sur une *gestion extra-territoriale de la situation des ressortissants tiers*. Ainsi en est-il plus particulièrement de la gestion de la politique d'immigration (illégale) et du développement des accords avec les Etats tiers visant, par exemple par la procédure de réinstallation volontaire et non obligatoire, à organiser une *responsabilité partagée entre les Etats membres et les Etats tiers*<sup>25</sup>.

La garantie de la libre circulation des citoyens européens renvoie plutôt à celle des droits attachés au séjour dans l'Union. La responsabilité, dans ce cas, est également partagée, mais implicite.

## **B- La reconnaissance implicite d'une responsabilité partagée pour la garantie des droits attachés au séjour dans l'Union**

La citoyenneté européenne aura favorisé la consécration d'un droit fondamental à la circulation et au séjour dans l'Union. Alors que ce statut se définit volontiers en termes de droits *et* devoirs pesant sur

---

23. V. CJUE, 21/12/2011, aff. C-411/10, N.S., nep; également CJUE 30/05/2013, aff. C-528/11, Zuheyr Frayeh Halaf, nep ; R. Tinière, « L'externalisation des contrôles migratoires et les juridictions européenne », *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, 2012-8 ; A. Mattera, « Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne : quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011, aff. Jtes C-411/10 et C-493/10 », *RDUE*, 2012, n°1, p. 121.

24. V. K. Abderemane, *op. cit.*, pp. 875-885 ; v. également l'évolution qui serait attendue à propos de l'engagement de cette responsabilité quant à l'adhésion de l'UE à la CEDH, v. M. Cortes et J. Manuel, « Sur l'adhésion à la CEDH et la sauvegarde de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union dans l'identification du défendeur pertinent : le mécanisme du codéfendeur », *RDUE*, 2011, n°4, p. 615 ; A. Tizzano, « Quelques réflexions sur les rapports entre les cours européennes dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la convention EDH », *RTDE*, 2011, n°1, p.9.

25. V. déclaration conjointe établissant un partenariat de mobilité entre le royaume du Maroc et l'Union européenne et ses états membres, juin 2013.

le ressortissant européen<sup>26</sup>, il consacre, avant tout, une obligation européenne qui pèse sur les Etats membres de garantir l'accès aux droits attachés à leur libre circulation.

### **1. Une responsabilité justifiée par le droit fondamental de circulation et de séjour des citoyens européens**

La libre circulation des ressortissants européens s'apprécie aujourd'hui principalement sur la base des articles 20, §2 et 21 TFUE et 45, §1 de la Charte considérant le *droit fondamental* de tout citoyen de l'Union à pouvoir se déplacer et séjourner librement sur le territoire de l'UE. La consécration conventionnelle du statut de citoyen européen ne doit pas occulter cependant que les droits qui leur sont reconnus résultent, en premier lieu, d'une construction jurisprudentielle condamnant les entraves à la libre circulation des ressortissants européens.

C'est donc, dans un premier temps, en vue de la réalisation du marché intérieur, que la Cour développa une jurisprudence constructive visant à condamner toute *entrave* à la libre circulation des travailleurs (art. 45 TFUE) ; la notion de travailleur ayant bénéficié d'une acception de plus en plus large (du travailleur, au chômeur, aux retraités voire, dans une certaine mesure, aux étudiants)<sup>27</sup>. Néanmoins, hier comme aujourd'hui, c'est moins le droit de se déplacer librement sur le territoire de l'Union qui est susceptible de poser des difficultés, que l'accès aux droits attachés au séjour pour ces ressortissants européens migrant sur le territoire d'un autre Etat membre.

Ainsi, c'est à la faveur d'une interprétation constructive du principe de non-discrimination que la légalité des mesures nationales restrictives est principalement contrôlée. Seront donc considérées comme illégales les mesures visant à interdire ou limiter l'accès aux droits dits attachés au séjour comme les prestations sociales, les droits liés à la formation ou à l'éducation, à la santé, etc. La Cour consacre ainsi l'égalité de traitement, entendue au sens large, *tant concernant les conditions de travail*

26. V. art. 20, §2 TUE et Préambule de la Charte européenne des droits fondamentaux.

27. CJCE, 20/09/2001, aff. C-184/99, Grzelczyk, Rec. p. I-6193. CJCE, 12/05/1998, aff. C-85/96, María Martínez Sala, Rec. 1998 p. I-2691 ; v. CJUE, 21/02/2013, aff. C-46/12, L. N. c. Styrelsen for Videregående Uddannelser og Uddannelsesstøtte, nep.

que celles relatives à la vie familiale ou encore celles visant une égalité de traitement dans les conditions de vie de façon générale<sup>28</sup>.

A *contrario*, la responsabilité des Etats est limitée dans le cas de la libre circulation des ressortissants de pays tiers à l'Union. Certes les tiers ne bénéficient pas, par principe, d'une telle égalité de traitement avec les nationaux (ce qui peut précisément contribuer au risque de dumping social dans l'Union). On notera cependant que non seulement ils peuvent bénéficier de certaines prestations dès lors que celles-ci sont liées à l'exercice d'une activité professionnelle (art. 15, §3 TUE) mais également (et de façon relative) pour les prestations liées aux conditions d'emploi et de vie<sup>29</sup>. La responsabilité qu'implique un tel accès aux droits visés est cependant limitée dès lors que l'effort exigé par les Etats pour la garantie de ces droits est plutôt réparti sur les modalités de solidarité professionnelle, soit l'accès à des prestations contributives. L'accès aux prestations sociales non contributives leur est en réalité ouvert dans les cas où ils justifieraient d'une certaine intégration économique et sociale voire *territoriale* s'appuyant notamment sur le bénéfice d'une résidence longue durée dans l'Union<sup>30</sup>.

L'exercice de ces droits reconnus par les traités et la jurisprudence implique la responsabilité des États à en garantir l'accès sur leur territoire. Cette responsabilité s'analyse avant tout comme une obligation européenne.

28. Ainsi en est-il, par exemple, de la jouissance des droits attachés à la protection sociale de l'Etat d'accueil, des droits en matière de logement et d'accès à la propriété (v. règlement 883/2004/CE modif. 987/2009/CE), du revenu garanti aux personnes âgées (v. l'arrêt Castelli, aff. 261/83) ou du revenu minimum moyen d'existence (v. l'arrêt Hoeckx, aff. 249/83), etc. S. Maillard, L'émergence de la citoyenneté sociale, PUAM, 2008, p. 119 et A. Iliopoulou, Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l'Union européenne, collec. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2008, p. 169 ; R. Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, BDP, T. 232, LGDJ, 2003.

29. Ils en profiteront principalement en tant que membre de la famille d'un ressortissant européen ou en tant que ressortissant tiers migrant depuis le règlement 859/2003/CE et pour les résidents long séjour depuis la directive 2009/50/CE. Par ex : à propos du RSA, Cons. const., 17 juin 2011, déc. n° 2011-137 QPC : JurisData n° 2011-017477 ; Cons. Constit. 07/04/2011, 2011-137 DC, Zeljko ; v. P. Dumas, L'accès des ressortissants des pays tiers au territoire des Etats membres de l'Union européenne, Bruylant, 2013.

30. K. Abderemane, op. cit, pp. 277-293.

## **2. Une responsabilité européenne qui pèse sur les Etats membres de garantir l'accès aux droits attachés au séjour**

La responsabilité des Etats membres de garantir l'accès des citoyens européens aux droits attachés au séjour est entendue de façon implicite. La libre circulation des ressortissants européens se manifeste par l'organisation des conditions légales de leur accès aux prestations sociales (au sens large). C'est pourquoi ladite garantie dépasse la simple question relative à l'application du droit de l'Union et du respect du principe de non-discrimination. Elle se traduit, avant tout, sous l'angle de *la prise en charge* de ces droits.

Aussi longtemps que cette prise en charge a concerné *l'accès à des prestations contributives*, cela n'a pas posé de réelles difficultés. Ainsi les citoyens de l'UE sont-ils, en principe, libres d'accéder à l'emploi dans l'ensemble des Etats et ils peuvent bénéficier (ainsi que les membres de leur famille) des mêmes avantages professionnels, sociaux et fiscaux (politiques familiales) que les nationaux. Plus délicate a été la question de la prise en charge des prestations non contributives, c'est-à-dire dans les cas où des inactifs souhaitaient bénéficier de l'accès à des prestations sociales qui ne seraient pas financées par des cotisations professionnelles, mais par la solidarité nationale<sup>31</sup>. De façon exceptionnelle, le droit de l'UE reconnaît alors la possibilité pour les Etats membres de s'opposer à la prise en charge d'une telle responsabilité mais de façon restrictive<sup>32</sup>.

Ainsi, la responsabilité des Etats de garantir l'accès aux droits que confère le statut de la personne migrante (qu'elle soit tiers franchissant les frontières ou citoyen s'installant dans un autre Etat membre) est une condition, posée par les traités et la jurisprudence, à la pleine effectivité de la libre circulation des personnes. Cette responsabilité européenne de principe n'est pas intangible. Elle *cohabite* avec l'idée d'une *responsabilité nationale d'exception* : celle qui, précisément, est reconnue comme susceptible de former une limite à la libre circulation des personnes.

31. La CJUE propose une jurisprudence intéressante précisant les critères d'identification du principe de solidarité ; F. Kessler, « Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de la protection sociale.- A la recherche d'un fondement juridique cohérent », JCP G, n° 6, 1997, I 3999 ; K. Abderemane, op. cit. pp. 95-122.

32. V. infra, §II A.

## II- L'EXCEPTION : LA RESPONSABILITÉ NATIONALE, UNE LIMITE À L'EXERCICE DE LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

La libre circulation des personnes est une liberté fondamentale, mais elle n'est pas absolue. Son exercice peut être limité sur la base de dispositions consacrées par les traités ou la jurisprudence exprimant une certaine conception de la souveraineté des Etats membres, du moins de l'exercice de la puissance publique<sup>33</sup>, qui s'oppose à une interprétation extensive de la libre circulation des personnes. Elles expriment l'idée que, dans certains cas, les Etats demeurent seuls responsables de l'exercice de certaines fonctions essentielles. Ainsi la responsabilité nationale pourra-t-elle être invoquée de façon exceptionnelle afin de justifier des dérogations qui s'analysent moins comme des « réserves de souveraineté » que comme des « réserves de compétences » au service de la réalisation des dites « fonctions essentielles » des Etats membres. Ces réserves sont cependant strictement encadrées par le droit de l'Union inscrivant précisément cette *responsabilité nationale d'exception* dans le champ des obligations européennes (B).

### A- Une limite justifiée par les fonctions essentielles des Etats membres

Le terme « réserve » n'est pas, *stricto sensu*, pertinent en droit de l'Union européenne<sup>34</sup>. Il est cependant commode afin de viser les cas, reconnus par les traités et la jurisprudence, où les Etats membres peuvent s'opposer, de façon exceptionnelle, à la libre circulation des personnes dans l'Union. Ces restrictions sont connues. Elles ne se confondent pas avec les *fausses réserves* qu'instituent les *vraies différenciations* de l'espace Schengen (1). Elles peuvent être fondées sur la base de dispositions juridiques aussi différentes que les *clauses de sauvegarde*, les dites « *réserves d'ordre public* » ou encore les *raisons impérieuses d'intérêt général*. Bien qu'elles visent des régimes juridiques distincts ces dispositions ont pour point commun de ne pas être de simples *mesures nationales*

33. V. références doctrinales citées en note 3.

34. En droit de l'UE, ces dispositions ne visent pas des dérogations unilatéralement décidées par un Etat et imposées à l'ensemble des autres Etats membres. V. K. Holloway, Les réserves dans les traités internationaux, BDI, t.5, LGDJ, 1958 ; G. Arangio-Ruiez, Le domaine réservé : l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public, RCAI de la Haye, vol. 225, 1990 ; C. Picheral, Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public, Fasc. 650, JCL Europe, 2007.

*restrictives*<sup>35</sup> mais de réserver à la responsabilité nationale la garantie des « *fonctions essentielles* » de l'Etat. Cette dernière notion trouve désormais une consécration de principe explicite dans les traités pour les questions d'ordre public et, plus particulièrement, de sécurité nationale (4). Auparavant déjà reconnue par la jurisprudence et le législateur, la responsabilité nationale pourra, par ailleurs, justifier des restrictions aux droits des personnes dans leur accès à l'emploi (2) ou encore aux prestations sociales dans l'Etat d'accueil (3).

### **1. Fausse réserve et vraie différenciation : La Zone Schengen, in and out**

On isolera, en premier lieu, le « *faux-ami* » que sont les limites à la libre circulation des personnes qui se basent, par exemple, sur l'adoption des *protocoles dérogatoires en faveur du Royaume Uni ou du Danemark*. Celles-ci institutionnalisent une Europe différenciée de la libre circulation des personnes sur le territoire de l'Union. On pourrait considérer que le choix de certains Etats membres de maintenir des contrôles aux frontières de la zone Schengen est une manifestation de leur volonté à garder, *sous leur responsabilité*, le contrôle aux frontières extérieures de la zone. Ces protocoles cependant traduisent l'expression de la souveraineté de tous les Etats membres qui, au moment de la ratification des traités, ont consenti *unanimentement* à un développement inégal des politiques de l'Union.

Par ailleurs, on observera que la prise en charge du contrôle aux frontières extérieures ne repose pas exclusivement sur les seules autorités nationales britanniques, mais elle sera menée en réalité, également au niveau de l'Union, grâce aux instances de coopération telles que Frontex<sup>36</sup>. L'exigence de coopération est d'ailleurs telle que le maintien d'une *certaine responsabilité nationale* dans le contrôle des frontières extérieures de l'Union ne peut se faire qu'à la mesure d'une réelle cohérence dans la gestion intégrée des frontières de l'Union<sup>37</sup>.

35. Sur l'appréciation, par le Cons. constit. français et par la CEDH, de la nature restrictive de ces mesures au regard de la liberté d'aller et venir, v. D. Chagnollaud et G. Drago, Dictionnaire des droits fondamentaux, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., 2006, p. 4s ; v. également L. Azoulai (dir.), L'entrave dans le droit du marché intérieur, collections droit de l'Union européenne, Bruylant, 2011.

36. H. Caniard, « La coopération opérationnelle aux frontières extérieures : l'agence frontex », in C. Bluman (dir.), Les frontières de l'Union européenne, Bruylant, 2013, p. 91.

37. V. L'arrêt Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil, aff. C-77/05 et aff. C-137/05, préc. ; C. Billet, « Agence Frontex et différenciation », in

L'intégration différenciée qui caractérise plus particulièrement la zone Schengen suscite régulièrement des confusions entre Etats *out* sur la base de protocoles dérogatoires auxquels l'ensemble des Etats membres ont, par leur ratification des traités, consenti, et les Etats temporairement écartés de la zone Schengen en raison du choix de la mise en œuvre de clauses de sauvegarde à leur égard. C'est le cas des Roumains et Hongrois dont l'exercice de la libre circulation des personnes est, jusqu'à fin 2013, restreint, sur la base des traités d'adhésion de 2003 et 2005, visant à favoriser une entrée progressive de ces ressortissants, notamment sur le marché de l'emploi de l'Union<sup>38</sup>. Les bases de la différenciation sont ici différentes. Il s'agit moins de consacrer le refus de certains Etats membres (non pas la Hongrie et la Roumanie mais, par exemple, l'Allemagne et l'Autriche) de voir l'entrée de ces ressortissants sur leur territoire que, formellement, reconnaître que dans les cas où cette entrée risque de gravement perturber le marché de l'emploi national, des clauses de sauvegarde peuvent justifier la prolongation de mesures dérogatoires à leur encontre. Dans ce dernier cas, ce n'est pas sur le fondement de la seule réserve d'ordre public que pourra être justifiée cette entrée retardée des ressortissants roumains mais sur la base des clauses de sauvegarde.

L'accès à l'emploi a, par ailleurs, donné lieu à l'invocation *justifiée* de la responsabilité nationale comme limite à l'exercice de la libre circulation des personnes dans l'Union.

## **2. L'Accès à l'emploi**

L'accès à l'emploi offre des exemples de « réserves » fondées sur un nécessaire exercice, au niveau national, de la puissance publique. Sur ce motif, la responsabilité nationale est invoquée comme instrument de contrôle de la libre circulation des personnes dans l'Union.

L'article 45, §4 TFUE reconnaît formellement une exception à l'égalité de traitement dans l'accès à l'emploi : les droits attachés à la libre circulation des travailleurs dans l'Union « *ne sont pas applicables aux*

---

Union européenne et sécurité : aspects internes et externes, C. Flaesch-Mougin (dir.), Bruylant, 2009, p. 335.

38. Le paragraphe 3 des annexes VI et VII du traité d'adhésion de 2005 de la Bulgarie et de la Roumanie, les annexes VI, et les annexes V, VI, VIII, IX, X, XII, XIII et XIV du T. d'adhésion de 2003.



*emplois dans l'administration publique* ». La Cour a eu l'occasion d'en préciser les justifications : sont exclus des emplois ouverts aux migrants européens ceux dont la « *participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* »<sup>39</sup>.

Ce régime de l'accès aux emplois illustre toute la différence entre compétences et responsabilité. Il ne s'agit pas de savoir, par exemple, si les Etats membres sont compétents pour déterminer les conditions de participation aux concours de la fonction publique, mais précisément, pour les emplois « *supposant de la part de leurs titulaires l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État, ainsi que la réciprocité des droits et des devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité* »<sup>40</sup>, de déterminer les conditions légales selon lesquelles l'autorité nationale compétente pourra en déterminer l'accès. Or, le critère européen retenu pour la qualification des emplois *d'administration publique*, renvoie à la responsabilité nationale telle que celle-ci est formulée à l'article 4, §2 TUE, c'est-à-dire en précisant qu'ils exigent une prise en charge par les seuls Etats membres (et leurs ressortissants) des fonctions essentielles de l'Etat. Une telle justification, à l'instar de celle invoquée pour l'accès aux prestations sociales, concourt à la définition, au niveau européen, de la notion de puissance publique européenne.

La responsabilité nationale a, par ailleurs, également été invoquée à l'encontre de la libre circulation des tiers quant à leurs conditions d'accès à l'emploi. Contrairement aux nationaux, les tiers ne bénéficient pas d'un libre accès à l'emploi dans les différents Etats membres (art. 45, §2 Charte). Ils doivent bénéficier d'un titre légal de séjour et faire valoir un permis de travail afin d'exercer librement dans l'Etat membre d'accueil<sup>41</sup>.

### **3. L'accès aux prestations sociales**

La responsabilité nationale a encore été invoquée afin de justifier le refus d'accorder le bénéfice de *prestations sociales* aux ressortissants

39. CJCE, 17 déc. 1980, aff. 149/79, Commission c. Belgique : Rec. CJCE 1980, p. 3881.

40. CJCE, 30 mai 1989, aff. 33/88, Allué et Coonan : Rec. 1989, p. 1606 ; E. Aubin, « Les catégories du droit de la fonction publique », in J.-B. Auby (dir.) *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 721.

41. A. Beduschi-Ortiz, *Les droits sociaux fondamentaux des ressortissants de pays tiers*, EUE, 2011.

européens migrants. Or, ce refus s'analyse, en principe, par une violation du principe de non-discrimination et est sanctionné par la Cour.

Là encore l'invocation de cet argument était surtout motivée par la crainte que l'exercice de libre circulation des personnes ne fasse peser des coûts importants sur les budgets nationaux, notamment considérant le financement par la solidarité nationale de services en matière, par exemple, d'éducation ou de santé. En effet, le problème ne s'était pas véritablement posé pour l'accès aux prestations sociales liées à l'exercice d'une activité professionnelle qui sont, en principe, des prestations contributives<sup>42</sup>.

Les résistances des Etats membres sont donc surtout apparues lorsqu'il s'est agi d'octroyer des *prestations sociales non contributives* aux personnes inactives. Dans ce cas, les Etats ont fait valoir que l'octroi de ces prestations, fondées sur la solidarité nationale, relevait de leur responsabilité financière et devait, par conséquent, être limitées. Cet argument invoquant notamment *l'équilibre des finances publiques* n'a pas été formellement rejeté, mais il est strictement encadré par la Cour de justice<sup>43</sup>.

Certes le droit de l'Union ne saurait porter « *atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale* »<sup>44</sup>. Le droit de l'Union (comme, par exemple, le droit allemand<sup>45</sup>) ne s'oppose pas à ce que le bénéfice de ressources suffisantes puisse être posé comme condition à l'exercice de la libre circulation dans l'Union. Cependant, seule une prise en charge *déraisonnable* est désormais susceptible

---

42. L'adoption précoce de la législation européenne sur la coordination des systèmes de sécurité sociale aura favorisé l'organisation des premières formes d'exportabilité des droits sociaux.

43. Par ex : CJCE, 28/04/1998, aff. C-158/96, Kohll, Rec. p. I-1931, pt. 41 visant le seul risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale.

44. V. CJCE, 07/02/1984, aff. 238/82, Duphar e.a., Rec. p. 523, pt. 16 et CJCE, 17/06/1997, aff. C-0/95, Sodemare e.a., Rec. p. I-3395, pt. 27.

45. V. Art. 11 (2) LFA : « Ce droit ne peut être limité que par la loi ou en vertu d'une loi et uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières à la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou pour protéger la jeunesse menacée d'abandon ou pour prévenir des agissements délictueux ».

de justifier un refus national limitant le droit d'accès à ces prestations<sup>46</sup>. C'est ce que confirme la directive 2004/38/CE dès lors qu'elle entérine le droit de séjour reconnu aux citoyens européens dans un Etat d'accueil pour les séjours de moins de trois mois, tant que le migrant ne devient pas une *charge déraisonnable* pour le système d'assistance sociale de l'Etat d'accueil. Le droit de séjour étant, ensuite, prolongé pour les travailleurs possédant donc une assurance maladie et des ressources suffisantes. Enfin, seuls les citoyens faisant valoir une résidence régulière et continue dans l'Etat d'accueil, ne seront pas contrôlés au regard de cette exigence financière et se verront accorder (ainsi que les membres de leurs familles) un droit de séjour permanent.

Ce motif, tiré de la responsabilité de devoir assumer les charges justifiées par l'exercice de la solidarité nationale, peut justifier des dérogations à la libre circulation des personnes. Il met en équilibre l'idée générale d'une répartition équitable des charges pesant sur les Etats du fait de leur appartenance à l'Union et la garantie des fonctions essentielles qui ne sauraient être exercées que par les seuls Etats. Ainsi en est-il également expressément en ce qui concerne la sécurité nationale.

#### **4. La sécurité nationale, zone réservée de responsabilité nationale ?**

C'est en matière de sécurité *interne*<sup>47</sup> que l'expression de la responsabilité nationale *réservée* est sans doute la plus explicite voire qu'elle est érigée en exemple d'un principe plus général. L'article 4, §2 TUE *in fine* reconnaît en effet que « *l'Union respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* ». Cette dernière tout particulièrement relèverait de la *seule* responsabilité nationale.

Bien que la notion de sécurité nationale puisse parfois apparaître comme poreuse<sup>48</sup>, sa garantie non seulement échapperait à la compé-

46. Notamment, v. les arrêts Bidar (aff. C-209/03) et Kohll (aff. C-158/96) précités ; CJCE, 11/09/2008, aff. C-228/07, Petersen, Rec. 2008, p. I-6989; CJUE, 05/10/2010, aff. C-173/09, Elchinov, nep.

47. Par opposition à la sécurité externe qui désigne le maintien de l'ordre et de la sécurité publics sur la scène internationale.

48. V. l'influence du développement de la politique européenne de lutte contre le terrorisme sur la notion de sécurité interne. V. E. Saulnier-Cassia (dir.), La lutte contre le

tence de l'Union, mais elle justifierait également que les Etats puissent, au titre de cette prise en charge exclusive, justifier de la mise en œuvre de compétences dérogatoires. Ainsi en est-il *de façon incontestable* du rétablissement des contrôles aux frontières dans le cas d'un attroupement de hooligans lors de l'organisation d'un événement sportif. Ainsi en est-il encore, *de façon critiquable*, de l'interprétation italienne desdites réserves dans les cas d'afflux massifs de réfugiés aux frontières de l'Union ou enfin, de façon tout aussi regrettable, de l'interprétation française du recours aux *réserves d'ordre public* afin de motiver des mesures d'expulsion ou de reconduite à la frontière de Roms, citoyens roumains<sup>49</sup>.

La mise en œuvre de ces réserves (prévues par les traités et la jurisprudence) illustre dans quelle mesure le processus d'intégration n'affecte pas les fonctions essentielles de l'Etat que seule la responsabilité nationale a vocation à garantir.

Cela peut apparaître comme une confirmation, par le droit de l'Union, que le maintien de l'ordre public et de la sécurité nationale demeure l'une des sources principales de légitimation de l'Etat. L'exercice de cette fonction, cependant, est également entendu comme devant concourir à la préservation de l'ordre démocratique dans lequel la libre circulation des personnes doit s'inscrire. Ainsi en est-il du moins de la conception retenue par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme reconnaissant à l'art. 4, §3 CEDH que l'exercice de la libre circulation des personnes peut être restreint au regard des « *mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* » ; la libre circulation (et le libre choix de la résidence) pouvant également « *dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique* ».

L'ordre juridique européen ne consacre donc pas de vision totalement étrangère à celle des systèmes conventionnel ou interne<sup>50</sup>. Certes

---

terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne, Collec. Grands colloques, LGDJ, Lextenso (à paraître).

49. A. Iliopoulou, « Le temps des gitans » : à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union », Europe, n°1, Janv. 2011, étude 1.

50. V. CE, 9 janv. 2001, Deperthes : Rec. CE 2001, p. 1 ; Cons. const., 13 août 1993, déc. n° 93-325 DC et Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-216 DC : Rec. Cons. const. 1986,

le maintien de l'ordre public (et en particulier de la sécurité nationale) relève de la seule responsabilité nationale. Sans doute peut-on y lire ici que les atteintes à l'ordre public constitueraient une forme de *noyau dur* des charges considérées comme pesant *de jure* de façon déraisonnable sur les Etats membres. Cependant, les dispositions européennes les consacrant cantonnent clairement cet exercice de la puissance publique étatique dans un cadre juridiquement défini par le droit de l'UE. Ces « réserves de souveraineté » sont, en effet, relatives et s'analysent plus comme des « réserves de compétence » encadrées par le droit de l'Union.

## **B- Une « réserve de compétence » encadrée par le droit de l'Union**

Les réserves peuvent certes justifier les limites à l'exercice de la libre circulation des personnes dans l'Union, elles ne sauraient en aucun cas être reconnues comme un fondement général à l'unilatéralité voire à l'arbitraire dans l'application du droit de l'Union. C'est pourquoi, leur application reste contrôlée (dans une certaine mesure) par la Cour. Loin d'être un simple champ invariant d'exercice des compétences nationales<sup>51</sup>, la consécration des *fonctions essentielles* peut s'analyser comme une nouvelle source d'obligation européenne à la charge des Etats membres.

### **1. Une interprétation jurisprudentielle stricte des réserves**

L'invocation de la responsabilité nationale d'assumer les charges liées à l'exercice des fonctions essentielles de l'Etat est strictement encadrée par le droit de l'Union européenne.

Qu'il s'agisse, par exemple, du cas de l'afflux des réfugiés aux frontières italiennes ou encore de la restriction transitoire de l'accès aux emplois des Roumains et Hongrois, les mesures nationales restrictives doivent s'établir dans le cadre des procédures européennes et sous le contrôle de la Commission et de la Cour de justice. Certes, la marge

---

p. 135 ; M. Gautier, « L'ordre public », in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, (dir.) J.-B. Auby, Dalloz, 2010, p. 317.

51. Pour une relative comparaison, v. l'interprétation de l'art. 15, §8 du Pacte SDN exprimant l'idée que certaines matières seraient réservées par nature, c'est-à-dire qu'elles ne seraient pas liées par les obligations qui s'imposent aux Etats du fait de leur participation aux organisations internationales, v. G. Arangio-Ruiez, op. cit., p. 31.

d'appréciation de la Cour est dans ce cas limitée, mais elle se traduit néanmoins par un contrôle restreint susceptible d'imposer aux juges nationaux un cadre d'interprétation de la validité des mesures de police nationale<sup>52</sup>.

Ces dernières doivent ainsi au moins respecter les principes de nécessité et de proportionnalité, tout en assurant une motivation circonstanciée de la mesure de police et le respect des droits de la défense<sup>53</sup>. Si le respect de ces principes n'est pas d'une grande originalité en droit interne ou en droit de la CESDH<sup>54</sup>, leur reconnaissance par la Cour de Luxembourg les élève au rang de standard pour l'encadrement (dans le champ du droit de l'Union) des mesures nationales de police.

La Cour de justice réserve (classiquement) une interprétation stricte des clauses dérogatoires aux règles du marché<sup>55</sup>. Sa jurisprudence vise précisément à éradiquer toute velléité de consacrer ces clauses comme des « cartes blanches » données aux Etats qui *confondraient* leur responsabilité de garantir la sécurité nationale avec tout motif d'opportunité qui motiverait leur opposition à la mise en œuvre d'une politique européenne.

Lors de la crise de Lampedusa, le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures par la France avait tout particulièrement été condamné sur ce point, en raison également de la défiance que provoqua la délivrance contestable de titres de séjour par l'Italie. Ces réactions nationales, confondant rétablissement du contrôle aux frontières intérieures et mesures de lutte contre l'immigration illégale, ont fait l'objet d'un re-cadrage par la Cour.

Ainsi les juges du Luxembourg condamnent-ils fermement les mesures nationales d'effet équivalent au rétablissement de contrôle aux

---

52. M. Gautier, « Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen », *Dr. Adm.*, n°5, mai 2005, étude 8 ; Les accords de Schengen, fasc. 2630, JCL Europe, avr. 2012.

53. CJCE, 28 oct. 1975, aff. 36/75, Rutili, Rec. 1975, p. 1219, § 37 et 39 ; v. également CJUE, 6 déc. 2011, aff. C-329/11, Achughbabian c. préfet Val-de-Marne, nep ; le droit de jouir d'une voie de recours, CJCE 15 oct. 1987, aff. 222/86, Heylens e.a., Rec. p. 4097, pts. 14 et 15 ; également CJUE 04 juin 2013, aff. C-300/11, ZZ, nep.

54. A propos de la clause d'ordre public dans le champ de la CEDH, v. le protocole 4 de la CEDH. Le contrôle de la CEDH ne portant pas tant sur les modalités du contrôle que sur leur nécessité et leur finalité. Ex : CEDH, 2 févr. 2012, n° 9152/09, I.M. c. France.

55. CJCE, 14 mars 2000, aff. C-54/99, Église de Scientologie, Rec. 2000, p. 1335 ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, Commission c. France, Rec. 2002, p. I-04781, pt. 47.

frontières intérieures<sup>56</sup>. L'arrêt *Atiqullah Adil* aura été l'occasion de réaffirmer que ce contrôle aux frontières intérieures n'est possible que dans des conditions strictement encadrées par la législation et la jurisprudence de l'Union. C'est pourquoi le « *code frontières Schengen* » ne s'oppose-t-il pas aux législations nationales permettant aux fonctionnaires chargés de la surveillance des frontières d'effectuer des contrôles jusqu'à 20 kilomètres à partir de la frontière terrestre entre un Etat membre et un Etat partie à la Convention Schengen. Ce contrôle, cependant, doit se limiter à vérifier les conditions de séjour légal applicable dans l'Etat membre lorsqu'il est nécessaire, c'est-à-dire compte tenu d'informations générales, de l'expérience et considérant que l'exercice de ce contrôle est soumis à certaines limitations quant à leur intensité et leur fréquence<sup>57</sup>.

La jurisprudence et la législation européennes ont ensuite consacré une série de critères suffisamment précis permettant, dans ces cas, de « borner » l'exercice des compétences nationales. Ainsi le recours à ces clauses doit-il justifier d'une situation où la *menace* (à la sécurité et à l'ordre public) est *réelle, actuelle et suffisamment grave* (comme lorsqu'elle affecterait un intérêt fondamental de la société)<sup>58</sup>. Afin d'éviter tout arbitraire et détournement de pouvoir, la menace à l'ordre public doit également être appréciée en fonction du comportement personnel de l'individu et non au titre de simples mesures de prévention générale ou encore pour des raisons économiques (l'art. 27, §1 et §2 de la directive 2004/38/CE). Conformément à une jurisprudence constante, le recours à ces clauses est, par ailleurs, appréciée notamment au regard du principe justiciable de loyauté des Etats membres. Le détournement de pouvoir serait ainsi sévèrement contrôlé et sanctionné<sup>59</sup>.

Bien que le contrôle juridictionnel au niveau européen reste limité, cette jurisprudence contribue au moins à l'établissement d'un *cadre procédural de garantie des libertés publiques et des mesures de police*, plus qu'elle ne satisferait à celui de la formation d'un ordre public européen.

56. CJUE 22/06/ 2010, aff. C-188/10 et C- 189/10, Melki et Abdeli, Rec. p. I-5667, pt. 69.

57. CJUE, 19/07/2012, aff. C-278/12 PPU, *Atiqullah Adil*, nep, pts. 52-56 : à propos de la légalité d'une mesure nationale de rétention administrative à l'occasion d'un contrôle aux frontières (avec l'Allemagne) réalisé à l'encontre d'un ressortissant afghan sur le territoire néerlandais.

58. CJCE 27 oct. 1977, aff. 30/77, Bouchereau, Rec. 1977, p. 19999 ; art. 27, §2 Directive 2004/38/CE.

59. L'arrêt *Rutili*, précité, § 30 ; CJCE, 14 mars 2000, aff. C-54/99, *Église de Scientologie*, préc., pt. 17.

Cette évolution du droit de l'Union souligne néanmoins l'intérêt de consacrer une obligation européenne pour les Etats d'assumer leurs fonctions essentielles.

## **2. Une obligation européenne d'assumer ses fonctions essentielles**

La garantie de la libre circulation des personnes ne s'oppose pas *stricto sensu* au respect des fonctions essentielles dont seuls les Etats auraient la charge. C'est pourquoi la consécration de la responsabilité nationale s'analyse certes comme une *réserve de compétences*, mais elle se traduit également par une *obligation* pesant sur les Etats membres d'assurer, dans le respect du droit de l'Union, la libre circulation des personnes aux frontières extérieures et intérieures de l'Union<sup>60</sup>. La responsabilité nationale puise ainsi ses sources dans la réserve de compétence reconnue aux Etats d'assumer leurs fonctions essentielles, mais également, depuis l'art. 4, §2 TFUE, dans l'obligation européenne d'en assumer la charge.

Le recours commode au terme « *réserve de souveraineté* » est donc formellement discutable, du moins en tant qu'il n'équivaut pas à une zone où le droit de l'Union ne s'appliquerait pas ou du moins n'exercerait pas son influence. En effet, contrairement aux interprétations erronées des Gouvernements français et italiens au printemps 2011, les clauses de *sauvegarde de l'ordre public ou de la sécurité publique* réservent aux Etats membres la compétence de définir le champ des notions d'ordre public ou de sécurité publique ; comme nous l'avons vu, ces clauses cependant voient leur recours strictement encadré par le droit de l'Union offrant précisément un cadre d'appréciation, au niveau européen, de ces notions<sup>61</sup>.

C'est sans doute là que s'apprécie doublement l'intérêt du recours à la notion de responsabilité : celui de ne pas renvoyer à un champ strict de compétences, d'une part, et, d'autre part, de comporter l'idée que la prise en charge nationale d'une mesure n'exclut pas son contrôle à l'aune du droit européen, plus particulièrement s'il est question de la libre circulation des personnes<sup>62</sup>.

---

60. V. L'arrêt Bidar (aff. C-209/03) précité, pt. 56.

61. L'arrêt Église de Scientologie, aff. C-54/99, préc.; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99, Commission c. France, Rec. CJCE 2002, I, p. 4781, pt 48.

62. Ces réserves cependant ont présenté un intérêt indéniable dans la marge d'appréciation qui a pu être laissée aux Etats membres. Leur recours a, par exemple, pu amorcer une politique sanitaire qui n'était pas prise en charge au niveau de l'Union européenne.



Enfin, cette jurisprudence est cohérente avec la tendance récente au renforcement de la surveillance budgétaire et des conditions de contrôle de ladite responsabilité financière<sup>63</sup>. On rappellera néanmoins, à la lumière de la jurisprudence, que le seul critère de la viabilité budgétaire est insuffisant<sup>64</sup>. Contrairement à la sécurité nationale, le système de sécurité sociale ne relèverait pas *formellement* des fonctions essentielles de l'Etat. C'est un certain *maintien de l'équilibre financier* des systèmes nationaux qui est pris en compte dans l'adoption de la législation y afférant (v. art. 153, §4 TFUE). A ne pas douter, le vieillissement de la population européenne ainsi que la crise économique et sociale contribueront à une redéfinition, au niveau européen, des systèmes de sécurité sociale sans que cela n'entre en contradiction avec une certaine conception des identités nationales respectives visées à l'article 4, §2 TFUE.

Enfin, la garantie de la libre circulation des personnes implique une certaine prudence dans l'appréciation de la *nouvelle gouvernance Schengen* que les crises successives relatives à l'invocation des réserves d'ordre public auront provoquées.

### **3. La nouvelle gouvernance Schengen : une victoire à la Pyrrhus ou la consécration politique de l'exigence d'un ordre public européen ?**

Les houleux débats provoqués lors de l'afflux tragique d'immigrés au large des côtes et aux frontières européennes ont suscité une remise en cause de ladite *gouvernance Schengen*<sup>65</sup> : non seulement en rappelant (voire en modifiant) les conditions exceptionnelles dans le cadre desquelles les Etats peuvent réintroduire des contrôles à l'intérieur des frontières de l'UE, mais aussi en introduisant des mécanismes de garantie de la confiance mutuelle par un renforcement du mécanisme d'évaluation mutuelle des frontières extérieures.

63. Il s'agit là d'une dialectique intégrative entre souveraineté budgétaire, intégration financière et coopération entre l'UE et les Etats membres. V. Règlement (UE) n° 1173/2011 du 16 novembre 2011 du PE et du Cons. de l'UE sur la mise en oeuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JOUE n° L 306, 23 nov. 2011 ; F. Martucci, « Ambivalences économiques et monétaires : réflexions sur deux traités constitutifs de l'UE ? », in *La Constitution, l'Europe et le Droit*, Mélanges en l'honneur de J.-Cl. Masclet, publications de la Sorbonne, p.713.

64. v. l'arrêt Bidar (aff. C-209/03) préc., pt. 56.

65. V. Communication de la Commission, Gouvernance Schengen – Renforcer l'espace sans contrôle aux frontières intérieures, COM (2011) 561 final du 16/09/2011.

Alors que le rétablissement des frontières en Italie aurait dû donner l'occasion à une réaction claire des institutions européennes, la sensibilité du sujet favorisa plutôt une cacophonie voire une lutte entre le Conseil, la Commission et le Parlement européen, chacun retenant des interprétations divergentes de la situation, condamnant parfois (pour le premier) avec faiblesse un recours manifestement abusif aux clauses dites de sauvegarde.

Au-delà du conflit attendu entre les voies(x) intergouvernementale et communautaire, le débat revenait à la question de la compétence de savoir laquelle de ces institutions aurait le pouvoir de déterminer les conditions de garantie des contrôles aux frontières dans l'Union. L'interprétation des dispositions européennes sur la libre circulation des personnes a alors donné cours à une tribune ouverte à tous les euro-scepticisms sans compter les propos foncièrement racistes, s'appuyant parfois sur la légitimité nouvellement acquise dans les traités que la sécurité *nationale* relèverait de la seule responsabilité *nationale* ! Dans ce contexte, les propositions de la Commission ainsi que celles du Conseil visant à rénover la gouvernance Schengen ne peuvent être lues que comme une *victoire à la Pyrrhus*<sup>66</sup>.

Peut-on néanmoins parler d'une évolution du droit de l'Union vers un nouvel ordre public européen ? Le cas d'afflux massif de réfugiés illustre parfaitement l'intérêt, dans ce cas, de s'appuyer sur une conception européenne de l'ordre public que les Etats membres auraient la responsabilité d'invoquer. C'est d'ailleurs sur le terrain de la violation des droits fondamentaux que cette notion tend à être consacrée dans le droit de l'Union européenne<sup>67</sup>. Cependant le rejet d'une « *recomposition des res-*

---

66. V. notamment proposition modifiée de règlement du PE et du Cons. modif. le règlement (CE) n° 562/2006 afin d'établir des règles communes relatives à la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures dans des circonstances exceptionnelles, COM(2011)560 final du 16/09/2011 ; v. aussi COM (2011) 559 final (portant création d'un mécanisme d'évaluation et de suivi destiné à contrôler l'application de l'acquis de Schengen). V. Projet de déclaration du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, 9607/1/13, REV 1, Bruxelles, le 30/05/2013 ; P. Berthelet, « La « gouvernance Schengen », le sentier périlleux de la réforme. Commentaires et analyses sur les travaux en cours », RDUE, n° 4, décembre 2012, p. 655-678.

67. C. Picheral, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, CERIC, la documentation française, 2001. A ne pas confondre en effet avec l'idée d'un ordre public européen au sens constitué par « l'espace juridique de la convention » du moins entre les Etats parties à la CEDH. Ex : CEDH. – Grande ch. – 7 juill. 2011. – n° 55721/07, Al-Skeini et a. c. Royaume-Uni.

*ponsabilités* », notamment en raison des résistances à une généralisation de la consécration, en Europe, des droits publics subjectifs, s'oppose à reconnaître l'existence d'un ordre public européen<sup>68</sup>.

Si nous en sommes encore loin, il se dessine néanmoins. Outre l'encadrement juridictionnel d'un recours à l'argument de préservation de l'ordre public national, y concourt plus directement la sanction qu'aura prononcée la Cour de justice à l'encontre de la Grèce en raison des conditions dégradantes qu'elle réservait aux demandeurs d'asile<sup>69</sup>.

En outre, bien que les débats sur la modification du règlement 562/2006/CE ne soient pas achevés, la proposition de modification montre bien que plutôt que de simplement introduire un cas exceptionnel de rétablissement de contrôle aux frontières, cette législation favorisera le contrôle de la Cour de justice du moins sur le respect du cadre procédural, l'étendue des mesures de contrôle et sur les manquements graves et persistants<sup>70</sup>.

Enfin, comment ne pas regretter qu'en plus d'un cadre offert à l'asile et aux conditions générales d'entrée et de séjour dans l'Union européenne, il ne soit possible d'engager une véritable politique migratoire européenne<sup>71</sup>?

*En conclusion*, l'examen de la place de la responsabilité en droit de la libre circulation des personnes dans l'Union signale tous les enjeux actuels du processus d'intégration européenne. Du « plombier polonais » aux réfugiés du printemps arabe, l'exercice de la libre circulation des

68. V. A Jacquemet-Gauche, La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne, LGDJ, BDP, t. 275, 2013, p.457s ; B. H. Behlali, « Responsabilité administrative et protection des droits fondamentaux », AJDA 2009, p.1337 et « La responsabilité administrative au service de la protection des droits de l'homme », in M. Mathieu (dir.), Droit naturel et droits de l'homme, PUG, 2011, pp. 359-380 ; F. Hourquebie, Les droits publics subjectifs : échec de l'importation d'une théorie allemande dans le droit public Français ? », in F. Melleray (dir.), L'argument de droit comparé en droit administratif français, Bruylant, 2007, pp. 203-228 ; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Mohr, 1982.

69. V. l'arrêt N.S. précité.

70. V. COM(2011) 560 final du 16/09/2011 précité.

71. J. Rossetto, « Le contrôle de l'immigration », in C. Bluman (dir.), Les frontières de l'Union européenne, Bruylant, 2013, p. 111 ; J. Rossetto et A. Berramdane (dir.), La politique européenne d'immigration, Karthala, 2009 ; H. Labayle, « L'Union européenne et l'immigration. Une véritable politique commune ? », in Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE, Dalloz, 2004, p. 1217.

personnes est un chantier brûlant exigeant une rénovation permanente des « *aménagements de la souveraineté des Etats* »<sup>72</sup> dans l'ordre et l'espace juridique européen. Elle illustre certes les difficultés de la construction politique et sociale de l'Europe. Cependant, que ce soit pour la réalisation du marché ou pour celle de l'ESLJ, l'exercice de la libre circulation des personnes exigerait une redéfinition politique et législative des responsabilités nationales et européenne qui dépasserait l'antagonisme apparent entre liberté et sécurité<sup>73</sup>.

---

72. Selon l'expression de P. Pescatore, « L'apport du droit communautaire au droit international public », CDE, 1970, p. 524.

73. B. Badie, *Un monde sans souveraineté. Les États entre ruse et responsabilité*, éd. Fayard, 1999p. 135.

# 23

## A responsabilidade dos Estados pela violação da Convenção Americana de Direitos Humanos

*Maria Auxiliadora Minahim*

Professora Titular (UFBA). Doutora em Direito.

**Resumo:** O artigo trata da responsabilidade dos Estados por violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José. Discute a possibilidade de universalização dos direitos humanos e a tendência à criação de organismos internacionais para assegurar valores comuns. Discorre sobre fundamentos da responsabilidade internacional e as medidas aplicáveis aos infratores, na teoria e na prática, utilizando, sempre que possível, os votos de Cançado Trindade, membro da Corte Interamericana cuja concepção de direitos humanos marcou a jurisprudência da mesma Corte.

**Palavras Chave:** Direitos Humanos – Violação do Pacto de São José – Responsabilidade dos Estados.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Antecedentes do Pacto de São José: 2.1 A convenção: particularidades – 3. Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos – 4. Responsabilidade dos Estados: 4.1 A responsabilidade no Pacto de São José; 4.2 Medidas decorrentes da violação – 5. Conclusão.

### 1. INTRODUÇÃO

A ideia de responsabilização dos Estados pela Violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, apesar de sua crescente consolidação, ainda enseja algumas **discussões**, quase sempre vinculadas à ideia de soberania e/ou de respeito à diversidade cultural das populações. Questiona-se, nessa vertente, a universalidade dos direitos humanos em face das múltiplas e diferentes culturas mundiais, o que ocorre desde 1948 com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O pressuposto de universalidade das proposições contidas nesse documento é expressamente declarado em alguns dispositivos dos quais se destaca, o artigo 55, c, no qual está registrado, como uma das metas da Organização, “o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Inobstante tal posição, há autores, como Raimundo Panikkar, que ponderam em sentido contrário, afirmando a necessidade de se tratar do tema com o cuidado que ele requer. Assim, questiona, se não seria exatamente o fato de os direitos humanos não constituírem um símbolo universal a razão pela qual não se pode alcançar um uma vivência de paz e harmonia<sup>1</sup>. O filósofo espanhol trata, com propriedade, da dificuldade de qualquer cultura, religião ou filosofia em falar pela totalidade da humanidade, na medida em que nenhum valor pode subsistir sem as referências necessárias de uma determinada sociedade<sup>2</sup>. Esta posição, sem dúvida, incita o respeito ao pluralismo e à diversidade sem os quais não haverá convivência pacífica, mas não impede a construção de um núcleo comum de direitos nem a realização de diálogos constantes com vistas buscar a promoção dos direitos humanos, sem perder de perspectiva as particularidades de cada povo.

Essa noção de respeito aos povos e a suas culturas, aliás, é central e deve integrar a própria noção de direitos humanos. A discussão, por outro lado, reforça a importância dos organismos supranacionais como entidades essenciais para realizar esta interlocução. É possível testemunhar, nesse sentido, o crescente empenho de Estados no sentido de realizar aspirações supranacionais, conciliando estas ideias com a noção de soberania, o que não ocorre sem dificuldades. Desde a criação da ONU, até a instalação do Tribunal Penal Internacional, muitos organismos têm sido instituídos com o fim de defender a paz, o desarmamento, o meio ambiente, denunciar as violências e as desigualdades e exaltar os direitos humanos.

Testemunha-se, assim, na contemporaneidade, a assinatura de inúmeros tratados versando sobre matérias de interesse comum dos Estados através de Agências especializadas das Nações Unidas, bem como a

- 
1. Pannikar, Raimundo. É a noção dos direitos do homem um conceito ocidental? In: Diógenes: Revista Internacional de Ciências Humanas nº 05, UnB, 1983, Ed. Universitária de Brasília, p5-28, p. 5
  2. Ibidem, p.13.

criação de organismos voltados para a realização de uma jurisdição internacional, a exemplo da Corte Internacional de Justiça, órgão de jurisdição das Nações Unidas. São também exemplos dessa justiça que se universaliza para concretizar ideais compartilhados, os Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994), resultado de providências do Conselho de Segurança da ONU. Medidas desta natureza confirmam a importância que questões ocorridas em um dado país têm para os demais países, na medida em que afetam interesses e valores considerados essenciais para a comunidade internacional por afetarem a noção de dignidade humana.

A noção tradicional de soberania, em face destes propósitos e da busca de sua efetivação através de tais entes, tem sido reconstruída para impedir, como querem alguns autores, que as disposições convencionais possam ser restringidas pelo direito interno. Aliás, no que diz respeito à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o artigo segundo já está disposto que os direitos e liberdades referidos na mesma convenção devem ser garantidos por disposições legislativas dos Estados Partes, buscando-se desta compatibilizar as Constituições com os Tratados Internacionais.

É incontestável que o ideal de paz e de respeito à pessoa humana só pode ser alcançado na medida em que se tornar um ideal comum entre os povos e que se consiga superar, as divergências pelo encontro de interesses partilháveis. O cerne desses valores é constituído pela vida e a dignidade humana do qual decorrem inúmeros outros direitos tidos como essenciais para que as pessoas possam construir sua vida em liberdade e dignidade, sem distinção de qualquer natureza. Assim, ainda que se concorde com Panikkar, no sentido de não atribuição de um sentido unívoco para essas expressões, em todas as culturas, um núcleo comum deve ser buscado.

## **2. ANTECEDENTES DO PACTO DE SÃO JOSÉ**

Os antecedentes próximos do Pacto de São José da Costa Rica são comuns ao mundo ocidental e remontam à criação da ONU, após a Segunda Guerra Mundial, quando os países que haviam participado desse conflito decidiram criar um novo organismo internacional voltado para o asseguramento de valores almejados. No mesmo ano, em outubro, foi editada a Carta da ONU, na qual se afirmava a proteção aos direitos fundamentais sem, contudo, explicitá-los. Foi com a edição da Declaração

Universal dos Direitos Humanos em 1948 que estes direitos foram enunciados formalmente, podendo-se considerá-los, apesar das questões já expostas sobre sua universalidade, como expressão de elevados ideais da humanidade.

Com vistas a consolidar o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, foi pensada uma complementação ao sistema já existente através de sistemas regionais. Tais sistemas são vinculados ao da ONU e são voltados para a apreciação de casos específicos de suas regiões, os quais só serão encaminhados à ONU caso não tenham sido resolvidos adequadamente nessas instâncias. Existem três Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos: o europeu – a Convenção europeia data de 1950 e foi aprovada, inicialmente, por dez Estados - o africano – ancorado na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, assinada em Nairóbi em 1981, e ratificada por vinte e cinco Estados – e o interamericano. A existência destes sistemas fala em favor do respeito à diversidade e, ao mesmo tempo, do reconhecimento de valores e direitos compartilhados entre Estados de um mesmo continente.

## **2.1 A convenção: particularidades**

Os antecedentes referidos – Carta da ONU e Declaração Universal dos Direitos Humanos - foram o ponto de partida e referência para a construção do sistema de direitos humanos das Nações Unidas e de tratados internacionais, e, conseqüentemente, também o foram da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ConvADH – “Pacto de São José”). A Convenção é considerada o instrumento mais importante e conhecido do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Assinada em 1969, na cidade de São José da Costa Rica, a Convenção entrou em vigência a 18 de julho de 1978. Posteriormente, foi complementada por dois Protocolos: um sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de São Salvador”), de 1988, e outro sobre a Abolição da Pena de Morte, de 1990.

Os Estados Unidos e o Canadá não integram o sistema jurisdicional interamericano, bem como os Estados caribenhos. No caso do Canadá, a resistência é atribuída ao fato de que a convenção protege, no artigo quarto, a vida desde a concepção, enquanto o país permite o abortamento. Quanto aos Estados Unidos, embora tenham assinado a convenção em 1978, jamais chegaram a concluir seu compromisso em razão da proibição contida no mesmo artigo quarto de aplicação de pena de morte aos menores de 18



anos. Sem dúvida, a ausência destes países, os mais ricos e industrializados do continente, compromete a legitimidade do organismo.

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é salvaguardado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e contém um rol de direitos civis e políticos semelhantes àqueles assegurados pelo PIDCP (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos), adotado por Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas de dezembro de 1966. Destacam-se: o direito à personalidade jurídica, à vida, à liberdade, ao devido processo legal, à liberdade de pensamento e expressão, dentre outros.

Para zelar pela observação de tais direitos sejam observados, a Convenção Americana criou dois organismos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana, os quais são encarregados de examinar e aplicar sanções e recomendações aos infratores.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como uma de suas funções a de receber e examinar as petições e outras comunicações, de um Estado-parte na qual se alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos na Convenção. Pode também apreciar petições de pessoa, grupo de pessoas, ou entidade não governamental, contendo denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-parte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, com sede também em São José da Costa Rica, tem como objetivo a aplicação e interpretação da mesma Convenção e de outros tratados relacionados com o tema, exercendo, portanto, função consultiva e jurisdicional. Trata-se de instituição autônoma da Organização dos Estados Americanos e, tanto os órgãos da OEA – a exemplo da Comissão Interamericana e da Assembleia-Geral – como os Estados podem consultar a Corte Interamericana.

### **3. SOBRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

As primeiras decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos datam do final da década de oitenta e versam sobre os casos hondurenhos – *Honduran Cases* – os quais tratavam do desaparecimento de pessoas contrárias ao regime em curso naquele país. Afirma-se<sup>3</sup> que, após tais decisões, a Corte muito ganhou em legitimidade e autonomia.

---

3. TIGROUDJA, Hélène. La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de « l'humanisation du droit international public ». Propos autour des récents arrêts et

A independência do órgão para cumprimento de suas funções também se tem manifestado, em termos doutrinários, desde quando abriu mão de constantes referências, em suas decisões, àquelas proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Autores destacam o papel de Cançado Trindade, Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no processo de construção de sua autonomia em razão, não só de sua erudição, mas também de uma visão particular sobre direitos humanos. Apesar deste reconhecimento, há também aqueles que fazem restrições aos particularismos das posições de Cançado Trindade, sobretudo quando Presidente do organismo, por estes mesmos motivos.

Helene Tigroudja<sup>4</sup>, Professora da Universidade d'Artois na França, tem posições bem definidas a esse respeito, destacando, dentre tais singularidades, a concepção pessoal de direitos humanos, "a tomada de decisões contra interesses dos seus membros", a chamada "pretensão de universalidade de suas decisões - as quais são qualificadas pelos juízes como vanguardistas e históricas"<sup>5</sup>- dentre outros que embasam os juízos severos contra a Corte.

No que diz respeito ao primeiro elemento, grifa-se a uma concepção ampliada dos sujeitos de direito no âmbito internacional, destacando além de Estados e organizações internacionais, também populações, indivíduos e a própria humanidade como destinatários das normas de Direito Internacional, ramo do direito que deve ter como um dos seus mais importantes objetivos satisfazer às necessidades e aspirações desses sujeitos.<sup>6</sup>

Quanto às fontes dos direitos humanos em sua dimensão internacional, Cançado, frequentemente, recorre, a outros ramos do direito

---

avis. *Annuaire de Drois Interational* LII, 2006. CNRS Editions, Paris. Disponível em: [http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi\\_0066-3085\\_2006\\_num\\_52\\_1\\_3947](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/afdi_0066-3085_2006_num_52_1_3947). Acesso em: 1 nov. 2012

4. LUDOVIC HENNEBEL, Hélène Tigroudja *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. En l'honneur du 40e anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme Editeur : Pedone 416 pages - Parution : 10/2009
5. GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. *Los Efectos de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*. pp. 819-828 In: *Corte Interamericana de Derechos Humanos Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria - Volumen II. - São José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998. <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol2.pdf>
6. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind* (Mague Academy of International Law) Boston: Brill's, Martinus Nijhoff Publishers. 2012.

internacional, diluindo a fronteira entre os direitos civis, políticos, econômicos e sociais, na tentativa de reunir, em um mesmo conjunto normativo, os direitos do homem, da humanidade e o direito penal internacional. Assim, o direito à vida, é interpretado pelo autor como sendo o direito a uma vida com qualidade o que, no entender de Tigroudja, termina por socializar os direitos da Convenção Interamericana.<sup>7</sup>

De fato, em um contexto de injustiças e arbítrios, a leitura dos votos de Cançado revela um magistrado comprometido com a emancipação dos latino-americanos, sujeitos a sucessivas formas de opressão e para os quais a hermenêutica dos direitos humanos deve compreender a leitura do mínimo de condições existenciais, tanto no plano material, quanto no social. Um exemplo desse entendimento pode ser visto em voto concordante, no caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus Brasil, quando o então presidente da Corte, declara que “toda criança tem efetivamente o direito de criar e desenvolver seu projeto de vida”, o que inclui “aquisição de conhecimento e atendimento através de políticas sociais básicas de forma a possibilitar-lhes o direito ao desenvolvimento de seu projeto de vida como inegável questão de justiça.”<sup>8</sup>

#### 4. RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS

Cançado Trindade<sup>9</sup> afirma que o respeito aos direitos humanos constitui um excelente recurso para avaliar o grau de civilização dos países e nações. Ocorre que, neste campo, embora seja possível apontar algumas evoluções, a exemplo do combate à tortura e ao desaparecimento forçado de pessoas, bem como a tendência da abolição da pena de morte, muito resta a ser feito para que se instale uma cultura que possa ser considerada como civilizada. Um caminho para alcançar uma meta satisfatória consiste, no entender do mesmo autor, no monitoramento contínuo da observância dos direitos humanos e na consagração definitiva

---

7. TIGROUDJA, Hélène. Op. cit. p 620-621.

8. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Concordante Resolução sobre Medidas Provisórias de Proteção no caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus Brasil. Disponível em: [http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/sistema\\_protecao\\_direitos\\_humanos/docs/corte\\_idh/Jurisprudencia/MedidasProvisionais/Complexo\\_do\\_Tatuape\\_Febem/voto\\_cancado\\_trindade.pdf](http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/sistema_protecao_direitos_humanos/docs/corte_idh/Jurisprudencia/MedidasProvisionais/Complexo_do_Tatuape_Febem/voto_cancado_trindade.pdf)

9. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos – Volume II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, 440

das obrigações *erga omnes* de proteção. Quanto às questões relativas a tal responsabilidade, elas passam não só por uma construção dogmática, mas também pela consciência do dever moral de honrar os instrumentos convencionados.

Celso de Mello conceitua a responsabilidade internacional dos Estados como sendo o mecanismo jurídico em virtude do qual “o Estado ao qual é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido”<sup>10</sup>. São dois, portanto, os elementos que caracterizam a responsabilidade de um Estado no plano internacional: atribuição de um ato ao Estado, e que este ato ilícito constitua a violação de uma obrigação internacional vigente. Nesse sentido, manifestou-se a Comissão de Direito Internacional da ONU, no Projeto de Codificação da Responsabilidade Internacional:

“Artigo 2. Elementos do ato internacionalmente ilícito de um Estado

Um Estado pratica um ato internacionalmente ilícito quando sua conduta consistindo em ação ou omissão:

- a. É atribuível ao Estado no âmbito do Direito Internacional; e
- b. Constitui a violação de uma obrigação internacional do Estado.”

Discute-se, porém se o dano correspondente à violação seria ou não um terceiro elemento necessário para a configuração da responsabilidade. A CDI entende que não existe uma regra geral para disciplinar a matéria e que isto dependerá do conteúdo da obrigação primária violada, ou seja, tratando-se de uma obrigação de promulgar lei uniforme, por exemplo, a violação ocorre independentemente de dano. Não há, neste caso, portanto, a necessidade de que um Estado tenha praticado uma lesão material específica.

A Corte já entendeu, também, no que tange à matéria, que o dano não precisa ser necessariamente material, havendo desenvolvido um conceito de dano imaterial e os pressupostos nos quais corresponde o dever de indenizar. Assim, no caso *Escher e outros vs. Brasil*, na Sentença de 6 de julho de 2009, foi referido que tal dano “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causadas à vítima direta e aos que lhe

---

10. MELLO, Celso Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 15ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I, p. 523

são próximos, como o menosprezo de valores muito significativos para as pessoas, e outras perturbações que não são suscetíveis de medição pecuniária”.<sup>11</sup> Como se constata, corrobora-se uma adequada concepção de dano moral.

Pode-se sistematizar o fundamento da responsabilidade dos Estados pela violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir dos elementos da responsabilidade internacional, os quais, de acordo com Brigitte Stern<sup>12</sup>, são o fato internacional ilícito, a imputabilidade e o dano (que pode ser compreendido no sentido normativo, como dito anteriormente). De outra forma, mas sem alterar o conteúdo, André Ramos<sup>13</sup> fala em fato internacionalmente ilícito, resultado lesivo e nexos causalidade.

Por nexos causal, deve-se compreender, porém imputação já que, no âmbito do direito, há um juízo de atribuição, (consideração de alguém como causador, autor de um ato), não bastando apenas a causalidade puramente material. Assim, o fato do ilícito não comportar exame de elemento subjetivo, não significa que a atribuição da lesão ao Estado será feita sem exame criterioso do fato. No caso do Massacre de Maripipán, na Colômbia, Cançado<sup>14</sup> refere, nesse sentido, em seu voto, que “a atribuição de responsabilidade internacional a um Estado é efetuada mediante judiciosa operação mental dos integrantes do órgão judiciário internacional competente, depois da cuidadosa determinação dos fatos referentes ao caso concreto; não se trata de uma simples aplicação mecânica de determinadas formulações de preceitos que, de todos modos, se revestem de caráter supletivo.

Vale esclarecer que, nesse contexto, imputabilidade é um juízo de atribuição feito ao Estado por violação do Pacto de São José, não devendo ser entendida como sinônimo de autoria. Desse modo, como lembra

---

11. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Escher Y Otros Vs. Brasil Sentencia de 6 de Julio de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>. Acesso em 27 out. 2012.

12. BARTASSON Vilma Aparecida Moreira. A responsabilidade internacional do Estado à luz do direito internacional público contemporâneo; Disponível em: <http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/communitas/article/viewFile/244/205>. Acesso em: 5 nov. 2012.

13. RAMOS. André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. IN: Revista CEJ (Brasília), Brasília, v. 29, p. 53-63, 2005. p;57.

14. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto Razonado. Disponível em: [www.cidh.oas.org/.../Mapiripán%20\(65\)](http://www.cidh.oas.org/.../Mapiripán%20(65)).. Acesso em: 2 nov. 2012

Vilma Bartasson, o ilícito praticado pelos funcionários do Estado, no exercício de competências administrativas, legislativas ou judiciárias gera responsabilidade internacional para este e não àqueles.<sup>15</sup> Desta forma, como bem defende Roberto Ago, seria inútil argumentar que apenas os estados são sujeitos de direito internacional e, portanto que apenas eles podem violar leis internacionais. As ações de particulares podem ser atribuídas ao Estado, como se este estivesse agindo através do indivíduo e violando uma obrigação de natureza internacional<sup>16</sup>.

No já referido caso do Massacre de Mapiripán, consta referência à seguinte decisão corroborante da Corte: “revela-se que a responsabilidade do Estado tanto é gerada por ato de seus próprios agentes como de atos de membros de grupos paramilitares na medida em que estes atuaram em uma situação e área que estavam sob seu controle”.

Quanto à natureza da responsabilidade, ao tempo em que o mesmo Roberto Ago presidia a CDI, considerou-se que a responsabilidade objetiva bastava para a responsabilidade internacional do Estado quanto aos demais Estados, bem como em face à Comunidade Internacional em seu conjunto<sup>17</sup>.

Cançado Trindade, na construção de uma doutrina específica para a proteção dos direitos humanos no âmbito da América Latina, desenvolve, de forma consentânea com seus pensamentos, ideias sobre esta matéria, tomando como fundamentação para a responsabilidade o dever de prevenção. Por isto mesmo, repudia a corrente que, para responsabilizar o Estado no plano internacional, apoia-se na culpa do direito romano e que remonta a Gentile e a Grotius. O autor acredita que a base da responsabilidade internacional do Estado reside no elemento objetivo do risco (*absolute liability/responsabilité absolute*). Tal tese, no seu entendimento, é a mais hábil para “fundamentar conceitualmente o dever de prevenção ou de devida diligência por parte dos Estados, para evitar violações dos direitos humanos, tanto por

---

15. BARTASSON Vilma Aparecida Moreira. Op. cit..

16. AGO, Roberto U.N., Yearbook of the International Law Commission (1972)-II, p. 96, párr. 63. Disponível em: [www.cidh.oas.org/.../Mapiripán%20\(65\)](http://www.cidh.oas.org/.../Mapiripán%20(65)). Acesso em: 2 nov. 2012.

17. Francisco, Natalie Villas Boas. Responsabilidade internacional dos Estados pela violação de normas imperativas de direito internacional geral. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8002](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8002) Acesso em: 10 nov. 2012.

atos como por omissões imputáveis aos mesmos”<sup>18</sup>. Complementa sua posição, afirmando que a tese do dever de prevenção é a que melhor reflete o caráter objetivo das obrigações contraídas através de convenções, dispensando, para caracterizar a responsabilidade internacional, a identificação de elemento subjetivo (culpa). As omissões do Poder Legislativo estariam abrangidas por esta forma de pensar a responsabilidade dos Estados o que fortalece, sem dúvida, a natureza das obrigações pactuadas no plano internacional.

#### **4.1 A responsabilidade no Pacto de São José**

O Pacto de São José estabelece, quanto à obrigação de defesa dos direitos humanos, no artigo 25.2, inciso c, que os Estados-partes comprometem-se a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente a violação. Por seu turno, o artigo 63 dispõe que, quando a Corte Interamericana decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos na Convenção, poderá determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Da mesma forma, a disposição contida no artigo 63.2 da Convenção confere um caráter obrigatório às medidas provisórias determinadas pela Corte, em casos de extrema gravidade e urgência para evitar danos irreparáveis às pessoas.

Este quadro normativo demonstra que a sentença supranacional, como designa llama Gozaíni,<sup>19</sup> apesar de ter poder vinculante, ainda assim, depende da colaboração dos Estados para sua execução. Tal auxílio não passaria de um ato que honraria sua adesão à convenção, sem o qual a integridade do sistema estaria abalada. A condição jurídica do poder de execução não está, portanto, como afirma Karla Osuna, sujeita à autoridade da sentença, mas ao sistema interno de cada Estado que proporciona a execução das determinações<sup>20</sup>.

---

18. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto dissidente no caso El amparo. In: Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos Legislação e Jurisprudência. Disponível em: [www.pge.gov/centrodeestudos/bibliotecavirtual/bibliotecahtm](http://www.pge.gov/centrodeestudos/bibliotecavirtual/bibliotecahtm). Acesso em: 27 out. 2012.

19. Apud La corte interamericana de derechos humanos y la ejecución de sus sentencias en Latino America di Karla Irasema Quintana Osuna

20. OSUNA Karla Irasema Quintana. La corte interamericana de derechos humanos y la ejecución de sus sentencias en Latino America. Disponível em: <http://www.buenastareas.com/ensayos/La-Corte-Interamericana-De-Derechos-Humanos/1631929.html>. Acesso em 28 out. 2012.

André Ramos<sup>21</sup> lembra, porém que vários Estados se aproveitam da inexistência de tribunais internacionais de jurisdição obrigatória para se eximirem das obrigações pactuadas e, apesar disto, desenvolvem um discurso compatível com o exato cumprimento dos deveres acordados.

A responsabilidade, segundo Rezek,<sup>22</sup> no direito das gentes depende da apuração do procedimento faltoso, exceto em casos especiais e tópicos disciplinados por convenções mais recentes. Este procedimento faltoso pode resultar não só de um ato positivo, mas também pela omissão negligente na prevenção ou repressão de violações praticadas por particulares, conforme já referido. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, já reconheceu, por exemplo, no caso *Godinez Cruz - Mérito*, que a obrigação do Estado abrange também a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos<sup>23</sup>.

No caso *Garibaldi vs. Brasil*, em que este país era o demandado, a demora do Poder Judiciário em concluir o processo deu margem à condenação do Estado brasileiro, tendo o Tribunal concluído que o lapso de mais de cinco anos que demorou o procedimento interno - apenas na fase de investigação dos fatos - ultrapassa excessivamente um prazo que pudesse ser considerado razoável para que o Estado realizasse as investigações necessárias. Entendeu também a Corte que a falta de diligência para realizar a justiça esperada pela família de Sétimo Garibaldi constituía violação aos direitos humanos. O Brasil foi então condenado a medidas reparatórias, dentre as quais, a de publicação da sentença em que foi decidida a condenação em meio de comunicação de boa visibilidade, conforme infra.

#### **4.2 Medidas decorrentes da violação**

Trata-se de princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional com a subsequente produção de dano

---

21. RAMOS, André de Carvalho. Op.cit. p. 59.

22. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

23. Corte Interamericana de Direitos Humanos Sentença de 20 de jan. de 1989, Opiniões Consultativas Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/biblioteca-virtual/interamericano/2126opiniao.htm>. Acesso em 28 out. 2012.



acarreta o dever de repará-lo. Essa obrigação de reparar é regulada no já referido artigo 63 da Convenção, o qual dispõe que, face à violação de um direito ou liberdade protegido na Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Prescreverá também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa às partes lesadas. No que tange à indenização compensatória, é importante esclarecer que, conforme a Convenção, ela deverá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Já se destacou em sentença que as reparações devem ter um nexo causal com as violações alegadas.

O termo “reparação” envolve outras formas de composição do dano, além da indenização pecuniária, como se pode perceber, na sentença proferida no Caso Suárez Rosero<sup>24</sup>, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que, “reparação é o termo genérico que compreende as diferentes formas como um Estado pode enfrentar a responsabilidade internacional em que tenha incorrido”.

O conceito de reparação compreende, conforme manifestado pelo mesmo organismo em diversas outras decisões, que esta pode consistir, também, em uma sentença declaratória da existência de violação, como ocorreu no caso no Caso Garibaldi vs. Brasil. Dispôs, a referida sentença, que o Estado deveria

“publicar no Diário Oficial, em outro jornal de ampla circulação nacional, e em um jornal de ampla circulação no Estado do Paraná, uma única vez, a página de rosto, os Capítulos I, VI e VII, sem as notas de rodapé, e a parte resolutiva da presente Sentença, bem como deve publicar de forma íntegra a presente Decisão, por no mínimo um ano, em uma página *web* oficial adequada da União e do Estado do Paraná, tomando em conta as características da publicação que se ordena realizar. As publicações nos jornais e na internet deverão realizar-se nos prazos de seis e dois meses, respectivamente, contados a partir da notificação da presente Sentença”<sup>25</sup>.

---

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos Sentença de 20 de Janeiro de 1999. Caso Suárez Rosero. Disponível em: [www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual//22211caso](http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual//22211caso). Acesso em 28 out. 2012.

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Garibaldi Vs. Brasil Sentença de 23 de setembro de 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/oea/garibaldi.pdf>. Acesso em 28 out. 2012.

Este reconhecimento cumpre, de fato, uma função importante já que expõe o Estado infrator à censura moral por partes dos demais Estados, funcionando também como espécie de sanção infamante cujos efeitos têm sido apreciados desde muito. Não é de hoje que se pretende recorrer, como forma mais adequada de evitar o ilícito, à capacidade da sanção de criar, no violador, o sentimento de vergonha pelo ato praticado.

A responsabilidade do Estado pode dar causa ainda ao cumprimento de medidas provisórias conforme, já referido, com base no artigo 63. 2. O Brasil, em 2013, no caso da FEBEM do Espírito Santo, teve que se submeter a tais medidas provisórias, tendo a Corte considerado, para aplicá-las, a gravidade, a urgência e a necessidade de prevenção de danos irreparáveis às pessoas, no caso, adolescentes privados de liberdade. Desta maneira, as medidas provisórias, devem funcionar, diz a corte, como uma verdadeira garantia jurisdicional de caráter preventivo.

## **5. CONCLUSÃO**

Pode-se reconhecer um núcleo comum de interesses e valores entre os Estados que devem ser protegidos em nível internacional com o objetivo de proporcionar aos cidadãos da comunidade das nações uma vida digna e próspera. Tal reconhecimento não implica em negar os possíveis sentidos que os direitos humanos podem assumir em algumas culturas. Para que as recomendações sejam efetivas, elas devem, como é próprio da norma jurídica, ser acompanhadas de sanções por sua violação. Tais sanções, cuja efetividade, depende, parcialmente dos Estados Partes, cumprem uma função reparadora quanto às vítimas da violação, mas reforçam também a crença na eficácia do sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

A América Latina tem sido um cenário recorrente, (o que pode remontar à sua colonização) de violência e espoliação dos direitos de seu povo. A hermenêutica do instrumento internacional dos direitos humanos, nesse contexto, deve, como foi feito por Cançado Trindade, ser intransigente com a proteção de tais direitos, com vistas a proporcionar oportunidades de liberdade, paz e prosperidade.

# 24

## As relações do direito mercosulino com o direito interno: a responsabilidade das jurisdições nacionais

*Saulo José Casali Bahia*

---

Professor Associado (UFBA), Juiz Federal (SJB), Doutor em Direito (PUC-SP) e Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania e Direitos Fundamentais (PPGD/UFBA).

**Sumário:** 1. Direito mercosulino: normas primárias e secundárias – 2. A opinião consultiva do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul – 3. A arbitragem no Mercosul – 4. As normas mercosulinas no âmbito brasileiro e a cooperação jurídica – 5. Conclusão.

### 1. DIREITO MERCOSULINO: NORMAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

Para discutir as relações do direito mercosulino com o direito interno cumpre de logo definir no que consiste o direito mercosulino.

As regras do direito mercosulino podem ser *primárias* ou *secundárias*.

*Primárias* são as normas oriundas de *tratados internacionais* celebrados entre os Estados-parte do bloco de integração. Ao Tratado de Assunção, de 1991, que criou o Mercosul, seguiram-se vários outros tratados, denominados geralmente *protocolos*, por consistirem em desdobramentos do primeiro.

*Secundárias* são as normas criadas pelos órgãos do Mercosul. Tem-se então as decisões do Conselho Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

As normas do Mercosul, sejam elas primárias ou secundárias, costumam ser pouco percebidas por indivíduos e pessoas jurídicas no âmbito de cada Estado parte, e por várias razões, notadamente por não haver,

como na União Europeia, o efeito direto, de modo que as deliberações dependem de atos legislativos ou normativos nacionais para ganhar cogência direta e imediata. Para as empresas e cidadãos, o Mercosul passa então a ser invisível, já que o evidente para eles são as normas editadas pelos órgãos nacionais, ainda que decorrente de decisões tomadas por tratados ou por órgãos mercosulinos.

## **2. A OPINIÃO CONSULTIVA DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO DO MERCOSUL**

Sobre a ausência de cogência de decisões de órgãos do Mercosul, um exemplo é a opinião consultiva do Tribunal Permanente de Revisão.

No Brasil, compete ao Plenário do Supremo Tribunal Federal decidir, administrativamente, sobre o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul<sup>1</sup>, mediante prévio e necessário juízo de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual a ser relatado pelo Presidente da corte maior nacional.<sup>2</sup>

O Título XIV do Regimento Interno do STF especifica o rito que deve ser adotado para este procedimento, e, ao final, indica ser a opinião consultiva do TPR não vinculante e não obrigatória<sup>3</sup>. Ou seja, em nada se parece o instituto mercosulino com o reenvio prejudicial do direito europeu.

À guisa de informação, a solicitação de opinião consultiva deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Poder Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das decisões do Conselho do Mercado Comum – CMC, das resoluções do Grupo Mercado Comum – GMV e das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul – CCM.<sup>4</sup>

---

1. Criado pelo Protocolo de Olivos (2002) e em atividade desde 2004.

2. RI STF, art. 7º, VIII.

3. RI STF, art. 354-M.

4. RI STF, art. 354-H.

Têm legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o juiz da causa ou alguma das partes.<sup>5</sup>

Ao receber a solicitação, o presidente do Supremo Tribunal Federal iniciará o processo de colheita de votos dos demais ministros pelo processo virtual ou, se entender conveniente, encaminhará cópias aos demais ministros antes da sessão administrativa designada para deliberação sobre a presença dos requisitos de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual.<sup>6</sup>

Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao Tribunal Permanente de Revisão, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais cortes supremas dos estados partes do Mercosul.<sup>7</sup>

### 3. A ARBITRAGEM NO MERCOSUL

Não devemos confundir as opiniões consultivas, contudo, com a jurisdição contenciosa do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, esta sim obrigatória, já que assim prevista no Protocolo de Olivos, firmada pelos Estados partes. O mesmo se diga da arbitragem *ad hoc* prevista no Protocolo de Brasília e garantida pelo Protocolo de Olivos.

Foi o TPR criado para garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento do direito internacional e mercosulino, iniciando uma nova estratégia para a solução de conflitos, já que a fórmula adotada até 2002 previa o domínio de tribunais arbitrais *ad hoc*. Os particulares devem recorrer ainda à respectiva seção nacional do GMC, funcionando o TPR como única ou última instância. Sua sede é em Assunção, Paraguai.

A arbitragem, todavia, seja através de um tribunal arbitral permanente ou *ad hoc*, pelos custos, burocracia e restrição ao acesso direto, não vem servindo como palco adequado para a solução dos conflitos no âmbito do Mercosul, o que faz crescer o volume de litigiosidade contida no bloco. A existência de apenas doze laudos *ad hoc* de tribunais arbitrais e de seis laudos do TPR são números que demonstram o problema.

---

5. RI STF, art. 354-I.

6. RI STF, art. 354-J.

7. RI STF, art. 354-L.

#### 4. AS NORMAS MERCOSULINAS NO ÂMBITO BRASILEIRO E A COOPERAÇÃO JURÍDICA

O Protocolo de Ouro Preto previu que “as normas emanadas dos órgãos do Mercosul terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país”.<sup>8</sup>

E, ao aprovar o Protocolo de Ouro Preto, o Congresso Nacional, no Decreto Legislativo 188, deixou claro que “são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido protocolo, assim como quaisquer atos complementares que, nos termos do art. 49, I da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

O Brasil, assim, desconsiderou a possibilidade de conferir efeito direto e prejudicial às normas secundárias do Mercosul, posição também adotada em relação às normas primárias em razão da ausência de supranacionalidade reconhecida aos órgãos mercosulinos criados.

E esta opção, em que pese a Constituição Federal haver permitido a eventual adoção da supranacionalidade, em uma interpretação sistemática do texto (considerando o parágrafo único do artigo 4º<sup>9</sup> e os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 5º<sup>10</sup>), vem sendo continuamente reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Marco dessa posição foi a decisão na CR 8279 agr (relator min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 17/06/1998, dj 10-08-2000 pp-00006 ement vol-01999-01 pp-00042):

“MERCOSUL - CARTA ROGATÓRIA PASSIVA - DENEGAÇÃO DE EXEQUATUR - PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) - INAPLICABILIDADE, POR RAZÕES DE ORDEM

8. Art. 42.

9. “Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações»

10. “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”; “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”; e “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

CIRCUNSTANCIAL - ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHAVA CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL - PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA - AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul está sujeita à disciplina fixada na constituição da república. - A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do iter procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do Mercosul - concluídos pelo estado brasileiro. Precedente: adi 1.480-df, rel. min. Celso de Mello. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de jure constituendo. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do Mercosul continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. Procedimento constitucional de incorporação de convenções internacionais em geral e de tratados de integração (Mercosul). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo congresso nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo chefe de estado, mediante depósito do respectivo instrumento;

(c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo presidente da república, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais. - A constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da constituição da república, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do Mercosul.”

Na contramão deste pensamento nacionalista, de sobreapreço à soberania e anti-integracionista, tem-se a possibilidade de cartas rogatórias executórias, havendo mesmo o STF endossado o entendimento



do STJ quanto à sua possibilidade, instrumentalizada pela Resolução 9/2005 (vide a CR 438).

Por seu turno, o auxílio direto, para falar em normas mercosulinas que o preveem, rompe com o limitado elenco de meios cooperativos consubstanciado na carta rogatória e na homologação de sentença estrangeira.

Mas, como dito, ainda se observa um certo conservadorismo na jurisprudência do STF, ainda refratária a esta modalidade de cooperação. Além do precedente acima citado, não se pode esquecer da Reclamação 717, de 1998 (Caso Livramento Rivera), onde o foi reafirmado o entendimento de não caberia no direito brasileiro o auxílio direto. Ou do HC 105.905, de 2011, onde a 1ª Turma do STF exigiu o exequatur para o bloqueio/sequestro de bens. Neste processo, a Advocacia Geral da União ingressou com uma medida cautelar, mas o relator entendeu que isto *seria uma cooperação entre aspás, porque o que se tem é execução do título executivo penal condenatório estrangeiro*. A ordem de habeas corpus foi então concedida. Um dos Ministros chegou a afirmar que a prática de auxílio direto abalaria a *soberania nacional*.

Mesmo assim, o auxílio direto vem sendo praticado no direito brasileiro, verificando-se diversas iniciativas da AGU, que tem ingressado com ações que chegam mesmo a substituir por vezes o cumprimento de uma sentença estrangeira. E, felizmente, o STJ aparece encampar entendimento diverso do STF em alguns precedentes, a exemplo da Reclamação 2.645/SP e do HC 147.375/RJ. Neste último tem-se:

() INDIGITADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 368 E 783 DO CÓDIGO PENAL. AVENTADA EXCLUSIVIDADE DA CARTA ROGATÓRIA PARA A OBTENÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES NO EXTERIOR. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES ADMITIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. EIVA INOCORRENTE.

1. A carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências pelo juízo nacional ao estrangeiro, prevendo o direito processual internacional outras formas de auxílio como as convenções e acordos internacionais.
2. O entendimento atual é o de que os acordos bilaterais, tal como o ora questionado, são preferíveis às cartas rogatórias, uma vez que visam a eliminar a via diplomática como meio de cooperação entre os países, possibilitando o auxílio direto e a agilização das medidas requeridas.

3. Como se sabe, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica, não se podendo excluir, notadamente em se tratando de direito internacional, outros diplomas legais necessários à correta compreensão e interpretação dos temas postos em discussão, mostrando-se, assim, totalmente incabível e despropositado, ignorar-se a existência de Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, regularmente introduzido no direito pátrio mediante o Decreto 3.810/2001, e que permite a obtenção de diligências diretamente por meio das Autoridades Centrais designadas. ()

5. Ordem denegada. (STJ - HC: 147375 RJ 2009/0179484-8, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 22/11/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2011).

## 5. CONCLUSÃO

Sem dúvida alguma, «a cooperação jurídica internacional constrói a ideia de um espaço comum de justiça, com o reconhecimento mútuo de jurisdições. Embora não se exija para ela a harmonização de legislações, é evidente que a transformação do mundo em uma aldeia global termina por promover esta última ideia, inegavelmente ligada à relativização do dogma da soberania.»<sup>11</sup>

Na União Europeia não mais se fala em extradição, mas em ordem de prisão e entrega, ao menos desde 2002, assim como foi abolida a ideia de exequatur, diante do reconhecimento automático de decisões e pedidos. Contém esta ideia de relativização da soberania o Regulamento 44/2001 para reconhecimento e execução em matéria cível e comercial, o Regulamento 805/2004 que criou o título executivo europeu para créditos não impugnados, o Regulamento 2001/2003, que trata do reconhecimento e execução em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, o Regulamento 4/2009 sobre alimentos etc.

E, como já assentei em outro escrito, « *muito aguarda ser feito no âmbito da cooperação jurídica internacional, pelo Brasil. Mas justamente por isto é que se tem a certeza de que muito ainda se fará, com a mudança da mentalidade atual e a maior participação ativa do Poder Judiciário*».<sup>12</sup>

---

11. In Cooperação Jurídica Internacional, no prelo.

12. Idem, ibidem.

## Medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: natureza jurídica, fundamentos e eficácia

*Thiago Carvalho Borges*

Advogado. Mestre em Direito Comunitário pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor de Direito Internacional.

**Resumo:** O descumprimento pelo Brasil da Medida Cautelar nº 382/10 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte teve grande repercussão na imprensa nacional e internacional. Acusou-se o Brasil de fragilizar o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, suscitando-se as possíveis consequências políticas e jurídicas da recusa em atender às determinações do organismo internacional. O presente trabalho se propõe a analisar a natureza jurídica, os fundamentos e a coercitividade destas medidas cautelares, apresentando conclusões sobre as possíveis consequências da negativa brasileira.

**Resumé:** Le non-respect par le Brésil de l'injonction n°382/10 de la Commission Interaméricaine des droits de l'homme sur la construction de la centrale hydroélectrique de Belo Monte a eu un grand impact sur la presse nationale et internationale. Le Brésil est accusé d'affaiblir le Système Interaméricain de Protection des Droits de l'Homme, donnant lieu à d'éventuelles conséquences politiques et juridiques quant au refus de répondre aux stipulations de l'organisme international. Cette étude vise à analyser la nature et les fondements juridiques, ainsi que la coercitivité de ces mesures de précaution, présentant des conclusions sur les éventuelles conséquences de ce refus brésilien.

**Sumário:** Introdução – Os Órgãos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – As Competências da Comissão – A Medida Cautelar nº 382/10 – Sobre as Consequências da Decisão Brasileira – Sobre os Fundamentos da Decisão Brasileira – Conclusões – Referências.

## INTRODUÇÃO

Em 2010, o Brasil deixou de cumprir a Medida Cautelar nº 382/10 emitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, o que gerou acusações de que o governo brasileiro estaria fragilizando o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Tais acusações foram veiculadas tanto na imprensa interna quanto na internacional, vindas de acadêmicos, entidades de proteção dos direitos humanos, agentes políticos e de membros da própria Comissão.

O presente trabalho tem o escopo de analisar a natureza jurídica destas medidas cautelares adotadas pela Comissão, sua coercitividade e as possíveis consequências para o Brasil decorrentes do seu descumprimento. Para tanto, inicialmente analisa-se, em linhas gerais, os órgãos que compõem o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, começando pela própria Organização dos Estados Americanos, passando pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A seguir, abordam-se as normas que regem o funcionamento e determinam as competências da Comissão, com destaque para o Regulamento, onde há previsão de adoção das medidas cautelares. Posteriormente, explica-se o caso envolvendo a Usina Hidroelétrica de Belo Monte, que suscitou a Medida Cautelar nº 382/10, bem como os atos praticados pelo governo brasileiro em razão dela. Por fim, analisa-se o fundamento e as possíveis consequências da decisão brasileira de não cumprir a medida cautelar.

## OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos foi criado no âmbito da Organização dos Estados Americanos com o objetivo de positivizar direitos humanos e garantir sua efetividade nos Estados do hemisfério. Tal sistema vem se desenvolvendo desde as origens da Organização, tendo alcançado nos dias atuais uma relevância fundamental no funcionamento de sua estrutura, que envolve diversos órgãos.

A Organização dos Estados Americanos (OEA) é uma organização intergovernamental, criada em 1948 pela Carta de Bogotá, com sede em Washington, nos Estados Unidos. Conta atualmente com trinta e cinco Estados membros, embora nem todos tenham ratificado os protocolos

adicionais à Carta. Seus órgãos estruturais são: a Assembleia Geral, a Secretaria Geral, o Conselho Permanente, o Conselho Interamericanos de Desenvolvimento Integral, o Comitê Jurídico Interamericano e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de órgãos transitórios, como a Reunião de Consultas de Ministros das Relações Exteriores e as Conferências Especializadas, e os organismos especializados, como a Organização Panamericana de Saúde, o Instituto Interamericano da Criança, a Comissão Interamericana de Mulheres etc.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (daqui em diante, “a Corte”) não foi criada pela Carta de Bogotá, mas sim pela Convenção Americana de Direitos Humanos (daqui em diante, “a Convenção”), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Por esta razão, autores como André de Carvalho Ramos<sup>1</sup> a consideram como órgão da Convenção<sup>2</sup>. Contudo, como foi assinada no âmbito da OEA e atribuiu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (daqui em diante, “a Comissão”) a competência para, juntamente com os Estados partes, acionar a Corte, é natural que se relacione este tribunal internacional com a estrutura da organização regional americana.

Entendemos, que a Corte pertence mesmo à estrutura da OEA, pois a própria Convenção dispõe, no art. 64, que

1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

- 
1. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 103.
  2. A Convenção foi discutida e assinada no âmbito da OEA, mas não contou com a adesão de todos os membros da organização. O preâmbulo da Convenção destaca que a “Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria”. Assim, a Convenção estabeleceu as competências, as funções e a estrutura da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Além disso, o art. 65 determina que a Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. Portanto, consideramos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos integra a estrutura da OEA, embora não tenha sido prevista originariamente na Carta e nem todos os Estados membros da Organização sejam signatários da Convenção que lhe criou.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não é uma quarta instância judicial, nem tampouco é um “tribunal de apelação” dos tribunais internos dos Estados parte da Convenção. A Corte Interamericana não julga novamente os casos julgados pelos tribunais internos. O que ela pode julgar é se no processo judicial levado a cabo na jurisdição interna houve violação dos direitos humanos por parte do Estado.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem condenado alguns Estados Membros por não assegurarem investigação efetiva e processo justo, por exemplo. Também por não garantir proteção de jornalistas, de mulheres, de menores de idade, de populações indígenas ou de população privada de liberdade. Assim como pela prática de atos por agentes estatais que violam a liberdade de imprensa, a privacidade e a propriedade, entre outras tantas infrações.

O Estado condenado pela Corte Interamericana pode, no âmbito interno, direta ou indiretamente, sofrer algumas das seguintes consequências: a) obrigação de processar uma nova ação na Justiça; b) pagar uma indenização por parte do Estado à vítima ou aos seus familiares pela infração; c) a realização de atos públicos de reconhecimento da responsabilidade internacional; d) a adoção de medidas para conscientizar os agentes estatais – inclusive o Poder Judiciário – dos parâmetros que regem o sistema internacional de direitos humanos.

De acordo com o art. 68, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, “os Estados partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Assim, os Estados estão obrigados a cumprir tantas as medidas cautelares quanto as sentenças da Corte.

## **A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos, previsto no ato constitutivo da

organização, a Carta de Bogotá, assinada em 30 de abril de 1948. Com efeito, ao contrário de outros órgãos da organização, que tiveram suas funções específicas, competências e normas de funcionamento desde logo definidas na Carta, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve uma previsão prospectiva no art. 106, que estabeleceu:

Haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria.

Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria.

A criação da Comissão pela OEA se deu em 1959, passando a funcionar em Washington, nos Estados Unidos, como parte do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos<sup>3</sup>, do qual também faz parte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, instalada em 1979. Nos seus primeiros anos de funcionamento, a Comissão atuou em observância da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada no marco no qual se adotou a própria Carta da OEA, em 1948. Já em 1961, a Comissão começou a fazer visitas *in loco* nos países membros, com vistas a observar a situação geral dos direitos humanos no hemisfério, ou para investigar situações particulares.

De fato, a composição, as competências e as funções da Comissão somente foram previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969 e que entrou em vigor em 1978. A Comissão é composta por sete membros independentes e autônomos, escolhidos entre “pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos”, na forma do art. 34 da Convenção, não podendo fazer parte da composição mais de um nacional do mesmo país.

---

3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é composto, basicamente, pelos seguintes instrumentos normativos: a Carta da OEA, de 1948; a Declaração Interamericana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; a Declaração de Santiago, de 1959; o Protocolo de Buenos Aires, de 1967; o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969; o Protocolo de Cartagena das Índias, de 1985; o Protocolo de San Salvador, de 1988; e o Protocolo de Washington, de 1992.

Em comparação com a Corte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos destaca-se por se ocupar de outros instrumentos de proteção aos direitos humanos que não a Convenção e por exercer as suas funções perante todos os Estados da OEA, e não somente sobre aqueles que ratificaram a Convenção.

Com efeito, a Convenção Americana de Direitos Humanos não foi ratificada por todos os membros da OEA<sup>4</sup>, sendo assim um instrumento de aplicação restrita no âmbito da organização. Como a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi concebida e organizada pelo Pacto de San José, somente aqueles Estados que se obrigaram por suas normas estão submetidos a sua jurisdição. Ademais, enquanto a Corte tem jurisdição apenas em assuntos tratados na Convenção, a Comissão não tem esta limitação, sendo sua função promover a observância e a defesa dos direitos humanos no território dos Estados membros.

Em 1979, foi aprovado pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos o Estatuto da Comissão (Resolução 447/79), conforme previsto no Pacto de San José, no art. 39<sup>5</sup>, ratificando o papel central que a Comissão exerceria perante a Corte, que entrara em funcionamento um ano antes. Em 2005, respondendo a uma consulta formulada pela Comissão, a Corte afirmou na Opinião Consultiva 19/05, de 28 de novembro de 2005<sup>6</sup>, a “autonomia e independência” do órgão no exercício de suas funções previstas na Convenção de 1969. Com fundamento nesta opinião consultiva, em novembro de 2009, a Comissão aprovou o seu Regulamento.

Com isto, conclui-se que as normas que regem o funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são: a Carta da OEA; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José); o Estatuto, aprovado pela Assembleia Geral; e o Regulamento, aprovado pela própria Comissão, sem ser submetido à AGOEA.

- 
4. Ratificaram apenas Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.
  5. A Comissão elaborará seu estatuto e submetê-lo-á à aprovação da Assembleia Geral e expedirá seu próprio Regulamento.
  6. De acordo com a conclusão 1: “como órgano del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tiene plena autonomía e independencia en el ejercicio de su mandato conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”



## AS COMPETÊNCIAS DA COMISSÃO

Relembre-se que a Carta da OEA limitou-se a prever a criação da Comissão, atribuindo-lhe a função genérica de promoção do respeito e da defesa dos direitos humanos nos Estados membros. Coube à Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelecer as funções específicas da Comissão, especialmente no art. 41. Dentre estas funções específicas, a alínea *b* dispõe que a Comissão poderá formular recomendações aos governos dos Estados membros da OEA no sentido de que sejam adotadas medidas no âmbito interno em favor dos direitos humanos.

Além disso, o art. 43 da Convenção estabelece que a Comissão poderá receber de qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou de entidade não governamental, petições que contenham denúncias ou queixas de violação dos direitos humanos previstos na Convenção por algum dos Estados membros da organização.

Neste caso, a Comissão, se entender admissível a reclamação, solicitará informações ao governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação. As referidas informações devem ser enviadas dentro de um prazo razoável, fixado pela Comissão ao considerar as circunstâncias de cada caso.

Não havendo uma solução satisfatória, a Comissão redigirá um relatório expondo os fatos e suas conclusões, no qual pode formular as proposições e as recomendações que julgar adequadas. A partir da remessa do relatório aos Estados interessados, se não houver solução, ou se o caso não tiver sido levado à Corte, passados três meses a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração e na oportunidade a fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

De acordo com o art. 19 (c) do seu Estatuto, a Comissão poderá solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos que tome as medidas cautelares que considere pertinentes em assuntos graves e urgentes que ainda não estejam submetidos ao seu conhecimento, quando se fizer necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas.

A principal competência da Comissão, contudo, é a de submeter para julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos os casos de violação da Convenção. Na prática, esta vem sendo a maneira mais incisiva de a Comissão garantir a eficácia aos direitos previstos no Pacto de San José, principalmente após a Corte reconhecer que a Comissão pode apresentar a ação mesmo quando existam apenas fortes indícios de violação.

A possibilidade de a Comissão levar o caso à Corte termina por conceder às suas recomendações um caráter “quase judicial”, pois os Estados da OEA parte do Pacto de San José não desejam se envolver em um processo judicial internacional por violação de direitos humanos. Isto, contudo, não retira o caráter de *soft law* das recomendações da Comissão, que não são vinculantes, nem mesmo para os Estados que aderiram à Convenção Americana de Direitos Humanos.

De acordo com o art. 25 do Regulamento, em situações de gravidade e urgência, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis às pessoas ou ao objeto do processo relativo a uma petição ou caso pendente ou a pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente. No mesmo dispositivo do Regulamento fica estabelecido que a Comissão avalie periodicamente a pertinência de manter a vigência das medidas cautelares outorgadas e que, em qualquer momento, o Estado poderá apresentar um pedido devidamente fundamentado a fim de que a Comissão faça cessar os efeitos do pedido de adoção de medidas cautelares. Neste caso, a Comissão solicitará observações aos beneficiários ou aos seus representantes antes de decidir sobre o pedido do Estado.

### **A MEDIDA CAUTELAR Nº 382/10**

A competência para adoção de medidas cautelares pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos está prevista unicamente no Regulamento, que é uma norma aprovada pela própria Comissão, sem passar por votação na Assembleia Geral da OEA, como acontece com o Estatuto. A Comissão, contudo, tem entendido que a referida Opinião Consultiva n. 19/05 emitida pela Corte garante a obrigatoriedade dos termos do Regulamento a todos os Estados membros da Organização.

Neste sentido, o atual Presidente da Comissão, José de Jesus Orozco, afirmou, na Nota de Imprensa 58/2012, de 6 de junho, que “la autonomía

e independencia de la Comisión son la fuente de su credibilidad y requisito imprescindible de su eficacia". De acordo com Orozco, "una parte significativa de los trabajos de la Comisión se relacionó con países que no han ratificado la Convención" e, além disso, "la CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyo mandato surge de la Carta de la OEA y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos."

Esta manifestação do Presidente da Comissão vem na sequência da publicação do Relatório do Grupo de Trabalho Especial Encarregado de Refletir sobre o Funcionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para o Fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a ser Considerado pelo Conselho Permanente, que estabeleceu, como objetivos de médio e longo prazo:

alcançar a universalidade do SIDH; assegurar o pleno cumprimento das recomendações e decisões dos seus órgãos; alcançar maior equilíbrio entre promoção e proteção de todos os direitos humanos; aperfeiçoar os aspectos procedimentais e assegurar a observância estrita dos marcos normativos no sistema de petições individuais; obter maior eficiência e agilidade na tramitação de petições e casos; e avançar rumo a uma maior transparência na gestão da CIDH.

A polêmica que suscitou a criação do GT foi a adoção em 1º de abril de 2011 da Medida Cautelar nº 382/10 em favor das Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil, sob alegação de que a vida e a integridade pessoal dos beneficiários estariam em risco pelo impacto da construção da usina hidroelétrica Belo Monte. Na MC nº 382/10, a Comissão solicitou ao governo brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da usina hidroelétrica de Belo Monte e impedisse a realização de qualquer obra material de execução até que fossem observadas condições mínimas, como a realização de processos de consulta, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas; a garantia de que as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos; a adoção de medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingu, e para prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas.

O Brasil emitiu a nota nº 142 do Itamaraty<sup>7</sup> afirmando que as solicitações da OEA são “precipitadas e injustificáveis”, alegando que estavam sendo observados os aspectos socioambientais com “rigor absoluto” e que a obra atendia às leis brasileiras. E complementou: “sem minimizar o papel que desempenham os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, o governo brasileiro recorda que o caráter de tais sistemas é subsidiário ou complementar, razão pela qual sua atuação somente se legitima na hipótese de falha dos recursos de jurisdição interna”.

Além de se recusar a cumprir a medida cautelar, o Brasil, ainda no mês de abril de 2011, convocou de volta o seu embaixador na OEA, Rui Casais, suspendeu o pagamento de sua cota de US\$ 6 milhões à OEA e retirou a candidatura do ex-secretário nacional de Direitos Humanos, Paulo Vannuchi, à Comissão. A reação brasileira foi sentida pela Organização e estremeceu as relações internacionais no ambiente multilateral. Não só no exterior, mas também internamente, o governo brasileiro foi acusado de fragilizar o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

## **SOBRE AS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO BRASILEIRA**

A atitude brasileira diante da MC nº 382/10 da Comissão tem como fundamento o entendimento de que tais medidas não são vinculantes para os Estados membros da OEA e são qualificadas como *soft law*. Tal compreensão se sustenta no caráter unilateral do Regulamento da Comissão que as institui, já que esta norma não passa por aprovação dos Estados na Assembleia Geral da Organização.

A Comissão aduz que o Regulamento é resultante de decisão do órgão, que foi considerado pela Corte como “autônomo e independente” e, por isso, seria desnecessária a aprovação pelos Estados para se considerar obrigatória a medida. Este entendimento é seguido por alguns Estados membros da Organização, como a Colômbia e o México, que entendem que as medidas cautelares da Comissão são vinculantes e obrigatórias em todos os seus termos para os Estados partes da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Brasil, por sua vez, desde a adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, deu cumprimento a diversas recomendações, sempre assumindo um caráter colaborativo com a Comissão. Desde

---

7. <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/solicitacao-da-comissao-interamericana-de-direitos-humanos-cidh-da-oea>

então, o Brasil teve apenas cinco condenações na Corte<sup>8</sup>. Isto demonstra que o Estado brasileiro tem sido um assíduo colaborador do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, tendo inclusive indicado um dos principais fomentadores de seu funcionamento, o juiz A. A. Cançado Trindade, que presidiu a Corte, e elegeu, em 5 de junho de 2012, Roberto de Figueiredo Caldas para ocupar o cargo de juiz.

Mas não cumpriu a MC nº 382/10 e por isso foi acusado de fragilizar o Sistema.

Com efeito, os atos da Comissão não podem ser considerados como obrigatórios para os Estados membros da OEA, senão quando estes próprios Estados assumem, *mutu proprio*, tal obrigatoriedade. O Brasil comprometeu-se perante a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e tem que garantir efeitos de decisão judicial às sentenças e medidas adotadas por aquele tribunal internacional. Mas não assumiu a mesma obrigação perante os atos praticados pela Comissão.

Não é razoável a alegação da Comissão de que é um órgão “autônomo e independente” e, por isso, seu Regulamento é obrigatório para os Estados. A Comissão é um **órgão** da OEA, não uma entidade dotada de autonomia existencial. A autonomia reconhecida pela Corte se refere ao exercício de suas competências, isto é, à não submissão aos interesses de qualquer Estado na tomada de suas decisões. Além disso, a Corte reconheceu a independência da Comissão, no sentido de que a decisão pode ser tomada, no âmbito de suas funções, sem ter que pedir nenhum tipo de autorização ou licença a quem quer que seja. Mas nem a autonomia, nem a independência da Comissão podem ser entendidas como reconhecimento de poderes para a criação de novas competências distintas e maiores que aquelas que lhe foram conferidas pelos Estados na Carta da OEA e na Convenção Americana de Direitos Humanos, ou mesmo nos termos do Estatuto, aprovado na Assembleia Geral da Organização.

Desta maneira, as medidas cautelares adotadas pela Comissão não passam de instrumento de *soft law*, não vinculante para os Estados membros, que poderão lhe dar cumprimento, se assim desejarem, em observância do sentido cooperativo que move as relações internacionais. Nenhuma consequência jurídica, entretanto, pode advir da opção por

---

8. Caso Ximenes Lopes, em 2005; Caso Nogueira de Carvalho et al., em 2006; Caso Escher et al., em 2009; caso Garibaldi, em 2009; e Caso Gomes Lund et al. (“Guerrilha do Araguaia”), em 2010.

não dar cumprimento a tal determinação, ficando a sua coercitividade apenas no âmbito político.

Questionou-se ainda sobre o suposto caráter de costume internacional que estas recomendações da Comissão teriam assumido no Brasil em face do reiterado cumprimento levado a cabo pelo Estado brasileiro nestes vinte anos de participação no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Não tem sentido esta alegação, já que o costume internacional precisa de dois elementos para se constituir: a prática reiterada e a *opinio juris*, isto é, o sentimento de obrigatoriedade da prática. Ocorre que o Brasil sempre deu cumprimento às recomendações com o objetivo de cooperar com o Sistema, nunca tendo assumido sua obrigatoriedade. Esta evidência pode ser observada nos documentos encaminhados pela Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal às unidades federativas responsáveis pelo cumprimento das referidas recomendações em razão da distribuição interna de competência. Em todos estes documentos, o Poder Executivo federal sempre indicou o caráter facultativo de tais recomendações, mas solicitou a colaboração dos entes federativos no sentido de cooperar com o bom funcionamento do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como no de evitar que o Estado brasileiro viesse a sofrer com um processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **SOBRE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO BRASILEIRA**

Este entrelaçamento entre as ordens interna e internacional é fundamental para a aplicação do direito contemporâneo. Não se pode pretender que um órgão de uma organização internacional possa criar para si competências com fundamento em razões próprias, sem o acordo expresso dos Estados que serão os destinatários das obrigações resultantes dos atos decorrentes destas funções. Da mesma maneira que o Estado, ao firmar um acordo no âmbito internacional, não pode valer-se de um discurso constitucional para descumprir as obrigações assumidas.

Neste sentido, Marcelo Neves<sup>9</sup> aponta que

Considerando-se a ‘soberania interna’ como responsabilidade do Estado perante seu contexto social e a ‘soberania externa’ como sua responsabilidade perante o contexto interestatal, e assumindo-se que a ‘sociedade de Estados’ constitui um ‘sistema

---

9. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo : Martins Fontes, 2009, p. 134.

de perspectivas divergentes do mundo' e a 'igualdade soberana' representa uma 'estrutura de orientação recíproca de comportamento', parece irracional um modelo que parte de uma única perspectiva, seja essa estatal ou a internacional abrangente.

Assim, a decisão do Brasil de não dar cumprimento à MC nº 382/10 sustenta-se nos parâmetros constitucionais, sem ferir os acordos internacionais. A verificação da observância das normas de proteção aos direitos humanos pode ser feita a partir das instâncias nacionais, sem a necessidade de uma interferência de um organismo internacional antes de uma manifestação definitiva da soberania interna. O projeto da usina hidroelétrica de Belo Monte atende aos objetivos de desenvolvimento nacional e regional previstos na Constituição brasileira, que não podem ser ignorados. O atendimento das determinações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos neste caso não pareceu ao governo brasileiro oportuno nem conveniente aos interesses nacionais, não havendo qualquer sanção que se possa imputar ao Estado brasileiro neste caso.

É neste sentido que Marcelo Neves propõe o funcionamento de um transconstitucionalismo entre o direito internacional público e o direito estatal, afirmando que

tanto em uma perspectiva quanto em outra, os problemas constitucionais passam a ter uma relevância simultânea, exigindo novos modelos de análise: não só o provincianismo estatalista deve ser aqui rejeitado; igualmente é prejudicial a um modelo racionalmente adequado de solução de conflitos o pseudouniversalismo internacionalista, que, antes, constitui uma outra forma de visão provinciana dos problemas constitucionais

Não pode a Comissão pretender que os Estados membros da OEA aceitem a obrigatoriedade de uma medida cautelar com a qual não concordaram expressamente em nome de uma suposta autoridade moral que detém o órgão na defesa dos direitos humanos. Este poder que a Comissão quer assumir sem a anuência dos Estados é um provincianismo autoritário internacional, equivalente aos discursos estatais fundados em sua soberania para descumprir os acordos que efetivamente firmaram no âmbito internacional.

A solução desejada pela Comissão somente poderia ser determinada com coercitividade jurídica pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. E, neste caso, o Brasil não poderia se recusar a dar cumprimento, sob pena de sofrer as sanções previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, pois aderiu expressamente ao Protocolo que estabelece a jurisdição obrigatória da Corte e a autoexecutoriedade de suas decisões.

## CONCLUSÕES

Como conclusão, aponta-se que as medidas cautelares adotadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não são vinculantes para os Estados membros da Organização dos Estados Americanos. Como estão previstas no Regulamento da Comissão, e esta norma não passa por qualquer aprovação dos Estados soberanos, não se pode considerar tais medidas como obrigatórias. O cumprimento de tais medidas é, contudo, recomendado como forma de cooperação com o funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, caracterizando-se como um *soft law*.

A Comissão é um órgão independente e autônomo no que se refere ao exercício das funções que lhe são atribuídas na Carta da OEA e na Convenção Americana de Direitos Humanos e que são especificadas no seu Estatuto. Mas estas autonomia e independência não significam que a Comissão esteja autorizada a ampliar suas competências sem a anuência dos Estados, que são os destinatários de seus atos.

Com isso, a decisão do Brasil de não dar cumprimento à Medida Cautelar nº 382/10 não constitui um ilícito internacional, embora esteja naturalmente sujeito a reprovações políticas no âmbito internacional e interno. Mas nenhum tipo de sanção jurídica pode advir de tal decisão, sendo necessária para conferir tal coercitividade uma decisão tomada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. Direito Internacional dos Direitos Humanos: instrumentos básicos. São Paulo : Atlas, 2007.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. As Normas Imperativas de Direito Internacional Público: *jus cogens*. Belo Horizonte : Fórum, 2004.
- LUPI, André Lipp Pinto Basto. Os Métodos no Direito Internacional. São Paulo : Lex Editora, 2007.
- NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo : Martins Fontes, 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. São Paulo : Saraiva, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito das Organizações Internacionais. 4ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.