

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

## Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

## Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

*Número en Homenaje al Dr. Roberto Puceiro Ripoll*



*Dr. Roberto Puceiro Ripoll*  
8/01/1939 - 24/06/2013

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Abogado, 1966, República Oriental del Uruguay.

Asesor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dirección General de Integración y Mercosur. Secretaria del Ministro. Asesor Jurídico del Instituto Antártico Uruguayo. Ejercicio de la profesión y asesoramiento en materia de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Profesor Catedrático de Derecho Internacional Público Grado 5 de Abogacía y Notariado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (desde 1976).

Profesor Catedrático de Derecho Internacional Público I Grado 5 de la Carrera de Relaciones Internacionales de la mencionada Facultad (desde 1976).

Profesor Catedrático Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad ORT.

Profesor de Derecho Internacional Público y Política Internacional en el Instituto Artigas del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Profesor Conferencista de Derecho Internacional Público del Curso de Altos Estudios Nacionales - CALEN. Profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela de Comando y Estado Mayor Aéreo de la Fuerza Aérea. Miembro investigador e integrante del Grupo de Trabajo de Derecho Internacional Público del Centro de Investigación y Difusión Aeronáutico-Espacial de la Dirección General de Aviación Civil. Miembro e integrante del Consejo Directivo de la Asociación Uruguaya de Derecho Internacional. Miembro de la International Law Association. Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro Correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro Correspondiente del Centro de Estudios Internacionales Argentinos. Miembro de la Asociación Uruguaya de Ex-Becarios de O.E.A. Miembro de la Academia de Historia Aeronáutica del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho.

Árbitro Titular del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur por la República Oriental del Uruguay por el periodo 2004-2010.

### TRASCENDENCIA DE LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES INTERNACIONALES

Heber Arbuet-Vignali

### APLICACIÓN E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO, REGIONAL Y EN EL URUGUAY

Eduardo Tellechea Bergman

### MERCOSUR AMBIENTAL. EL APORTE DEL LAUDO 1/2012 DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

Alberto Cesar Moreira

### O MERCOSUL E A CRISE: A INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL E O APARENTE PARADOXO EUROPEU

Alex Ian Psarski Cabral - Cristiane Helena de Paula Lima Cabral

### OS "MÚLTIPLOS" DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CIDADÃO DO MERCOSUL. SIGNIFICADOS E ALCANCE DA CIDADANIA

Alejandra Díaz

### METODOLOGIA JURÍDICA EUROPEIA E MERCOSULISTA: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS

Augusto Jaeger Jr.

### O DIREITO INTERNACIONAL EM SUA APLICAÇÃO POR CORTES E TRIBUNAIS: RUMO A UM SISTEMA JUDICIAL INTERNACIONAL?

Camilla Capucio

### DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SUCESSÕES NA UNIÃO EUROPEIA: A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL NO NOVO REGULAMENTO 650/2012, DE 4 DE JULHO DE 2012

Carl Friedrich Nordmeier

### O DESENVOLVIMENTO COMO NÚCLEO DE IRRADIAÇÃO ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO PÚBLICO

Érica Guerra da Silva

### LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL Y SU ABORDAJE DESDE UNA VISIÓN MÁS COMERCIAL Y TÉCNICA

Guillermo Irigoitia

### O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ACERCA DOS CASAMENTOS E PARCERIAS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO CONTEXTO DO MERCOSUL

Bruno Rodrigues de Almeida

### ARBITRAJE INTERNACIONAL Y TOMA DE MEDIDAS CAUTELARES

Liliana Etel Rapallini

Año 2 - Nº 3  
2014

Asunción  
República del  
Paraguay

MERCOSUR

MERCOSUL

# RSTPR

Año 2, N° 3, 2014

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

---

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

Asunción - República del Paraguay

---

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

\*\*\*

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estrictamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

## CONSEJO EDITORIAL

- Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil  
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay  
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Atilio Alterini, In Memoriam  
Bruno Rodrigues de Almeida, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil  
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España  
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
Diego Moreno, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay  
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil  
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay  
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay  
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil  
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina  
Nadia de Araujo, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil  
Natasha Suñé, Tribunal Permanente de Revisión, Argentina  
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina  
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Brasil  
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil  
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil  
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Tribunal Permanente de Revisión/Universidad Nacional de Asunción, Paraguay  
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina  
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil  
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina  
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay  
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina  
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil  
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay  
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil  
Welber Barral, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil  
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay  
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

**EDITOR JEFE**

Raphael Carvalho de Vasconcelos

**EQUIPO EDITOR**

Maidier Méndez  
Raphael Carvalho de Vasconcelos

**COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN**

Ruth Navarro

**SOPORTE DIGITAL**

Manuel Fernández

**COLABORADORES**

Mirzza Vargas  
Renata Cenedesi

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

Año 2, Nº 3, marzo 2014.

Villa Rosalba, 26 de marzo de 2014 - Día del MERCOSUR

---

La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.  
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercursosur.org.  
Las opiniones contenidas en los artículos corresponden exclusivamente a responsabilidad de los autores.

\*\*\*

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que citada a fonte.  
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercursosur.org.  
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

---

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Prólogo (español)</b> .....	9
<b>Prólogo (portugués)</b> .....	13
<b>Trascendencia de la solución jurisdiccional de los conflictos ambientales internacionales</b> <i>Heber Arbuét-Vignali</i> .....	17
<b>Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito Interamericano, regional y en el Uruguay</b> <i>Eduardo Tellechea Bergman</i> .....	35
<b>Mercosur ambiental. El aporte del Laudo 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión</b> <i>Alberto Cesar Moreira</i> .....	59
<b>O Mercosul e a crise: a integração da América do Sul e o aparente paradoxo Europeu</b> <i>Alex Ian Psarski Cabral e Cristiane Helena de Paula Lima Cabral</i> .....	77
<b>Os “múltiplos” direitos e obrigações do cidadão do Mercosul. Significados e alcance da cidadania</b> <i>Alejandra Díaz</i> .....	101
<b>Metodologia jurídica europeia e mercosulista: considerações fundamentais</b> <i>Augusto Jaeger Junior</i> .....	117
<b>O direito internacional em sua aplicação por cortes e tribunais: rumo a um sistema judicial internacional?</b> <i>Camilla Capucio</i> .....	159
<b>Direito internacional privado das sucessões na União Europeia: a determinação do direito aplicável no novo Regulamento 650/2012, de 4 de julho de 2012</b> <i>Carl Friedrich Nordmeier</i> .....	175
<b>O desenvolvimento como núcleo de irradiação entre o direito privado e o direito público</b> <i>Érica Guerra da Silva</i> .....	205

<b>Los procesos de integración regional y su abordaje desde una visión más comercial y técnica</b>	
<i>Guillermo Irigoitia</i> .....	219
<b>O direito internacional privado acerca dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do Mercosul</b>	
<i>Bruno Rodrigues de Almeida</i> .....	237
<b>Arbitraje internacional y toma de medidas cautelares</b>	
<i>Liliana Etel Rapallini</i> .....	275
<b>Norma editorial (español)</b> .....	287
<b>Norma editorial (portugués)</b> .....	293





# PRÓLOGO

## IN MEMORIAM

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión quiere recordar en esta edición a un jurista ligado a nuestra experiencia de integración desde sus orígenes. Primero, por su participación activa en la elaboración del Protocolo de Olivos y, más tarde, por integrar el Tribunal, en su primera etapa de gestión, en carácter de Miembro Titular designado por la República Oriental del Uruguay.

Nos referimos al Dr. Roberto Puceiro Ripoll quien falleció en la ciudad de Montevideo el 24 de junio ppdo. El Dr. Puceiro era abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en el año 1966.

Fue Profesor Titular en Derecho Internacional Público dictando cursos de grado y de pos grado en diversas Universidades y centros de enseñanza superior en el Uruguay así como en la escuela diplomática del Ministerio de Relaciones Exteriores (Instituto Artigas del Servicio Exterior). Asimismo, fue Director del Instituto de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en la Universidad de la República.

Discípulo del gran internacionalista uruguayo cual fue el Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, tuvo a su cargo conjuntamente con su compañero de Cátedra Dr. Heber Arbuet-Vignali, sucesivas reediciones actualizadas del curso de Jiménez “*Derecho Internacional Público*” que, luego de más de medio siglo, conserva como toda obra clásica la plenitud de su frescura.

En una asignatura esencialmente dinámica y cambiante, como es el Derecho Internacional Público, su inquietud llevó a Puceiro a investigar e indagar en los que podríamos calificar como “nuevos temas” al menos en nuestra disciplina: derecho aéreo y espacial, Derechos Humanos, derecho del medio ambiente. En el mismo sentido, tuvo un rol protagónico en los trabajos que permitieron a Uruguay acceder a la categoría de Miembro Consultivo del Tratado Antártico constituyéndose en experto reconocido en esta singular materia.

Esa misma preocupación por las nuevas orientaciones, le permitió evaluar de inmediato la trascendencia que habría de tener la recepción de la normas de “*jus cogens*” realizada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Por medio de este instituto, y a través de normas internacionales, se produjo el retorno al derecho en general, del tema de los valores como fin de todo ordenamiento jurídico, cuestión ésta que había quedado relegada por las corrientes positivistas imperantes en el siglo XX.

La sensibilidad de Puceiro por el enfoque axiológico del derecho lo llevó a percibir, respecto a la equidad, la superación del rol secundario que le asignaba el Derecho Internacional clásico, para concluir que en la actualidad adquiere mayor relevancia tal cual se pone de manifiesto en áreas como las de derechos humanos, delimitación de zonas marítimas, derecho económico internacional, etc.

No debe de haber resultado ajeno a esa actitud permanente de avizorar nuevos horizontes para el ordenamiento internacional, su acercamiento al derecho de la integración aún en estado incipiente, por lo menos en nuestra región.

Puceiro tuvo participación activa en diversos órganos del MERCOSUR así como en la elaboración de algunos de sus instrumentos fundamentales, sobre todo en el ámbito de solución de controversias, tales como los Protocolos de Brasilia y de Olivos. En consecuencia, no carece de lógica que haya concluido su actividad profesional como Miembro Titular del Tribunal Permanente de Revisión.

Respecto a este órgano, expresó en discurso pronunciado en su sede el 12 de agosto del 2010, que el mismo

“...no fue creado sólo para solucionar y prevenir conflictos y preservar la armonía y un razonable equilibrio entre los Estados. El TPR puede y debe cooperar activamente en la interpretación y desarrollo jurídico para la vida y certeza jurídica de nuestras naciones y pueblos, sin reivindicaciones mesiánicas y lógicamente desde la concepción desde la que se lo ha erigido”.

Puceiro participó en un seminario: “Aplicación del Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR” celebrado en Asunción el 10 y 11 de marzo de 2005. Allí, en una disertación sobre las Opiniones Consultivas en el TPR, expresó

“Es de lamentar que no se haya concedido a los Estados (la facultad de solicitarlas) sin requerir su unanimidad, que no se regulara la posibilidad de declararse un Estado obligado por una opinión consultiva, ni se confiriere la posibilidad de que los particulares de alguna manera pudieran activar este resorte”.

La disertación referida Puceiro la tituló “*Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de Revisión*”. La expresión “fuegos fatuos” la extrajo de los versos de una canción de

“El Amor Brujo” de Manuel de Falla.

Con esta referencia estamos poniendo de relieve otra peculiar característica de la personalidad de Puceiro: su afición a la literatura clásica que lo llevó, en su juventud, a tener intervención destacada en representaciones y grupos teatrales.

Esas inclinaciones literarias hicieron que muchas de sus producciones como jurista, sin perjuicio de su rigor técnico, aparecieran salpicadas de expresiones poéticas que liberaban su exposición del lenguaje no pocas veces acartonado propio de la jerga jurídica.

La imagen evanescente de los fuegos fatuos, antes mencionada, ejercía aparentemente cierto poder de atracción sobre Puceiro. Así al analizar el tema de los derechos humanos se permitió recordar a Mahatma Gandhi en cuanto expresaba

“La verdadera fuente de los derechos es el deber. Si todos cumplimos con nuestros deberes los derechos no estarán lejos de ser alcanzados. Si dejando los deberes incumplidos corremos detrás de los derechos, éstos escaparán de nosotros como los fuegos fatuos. Y cuanto más los persigamos, más lejos volarán”.

No creemos hacer violencia al pensamiento de a quien hoy recordamos si este pensamiento de Gandhi, que Puceiro aplicaba a las relaciones interpersonales, nosotros lo extendemos a las relaciones interestatales, en particular, en el MERCOSUR. Hagamos votos para que entre sus Estados Miembros se reconozca y afirme esa inseparable relación de derechos y deberes.



**José María Gamio**  
*Árbitro Titular del Tribunal Permanente de  
Revisión por la República Oriental del Uruguay*



# PRÓLOGO

## IN MEMORIAM

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca recordar nesta edição um jurista ligado a nossa experiência de integração desde suas origens. Primeiro, por sua participação ativa na elaboração do Protocolo de Olivos e, mais tarde, por integrar o Tribunal, em sua etapa inaugural, em caráter de Membro Titular designado pela República Oriental do Uruguai.

Fazemos referência ao Dr. Roberto Puceiro Ripoll que faleceu na cidade de Montevideu em 24 de junho último. Dr. Puceiro era advogado formado pela Faculdade de Direito da Universidad de la República no ano de 1966.

Foi professor Titular de Direito Internacional Público lecionando em cursos de graduação e de pós-graduação em diversas universidades e instituições de ensino superior do Uruguai bem como na escola diplomática do Ministério das Relações Exteriores (Instituto Artigas del Servicio Exterior). Da mesma forma, foi diretor do Instituto de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales da Universidad de la República.

Discípulo do grande internacionalista uruguaio, Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, teve a seu cargo, conjuntamente com seu companheiro de cátedra Dr. Heber Arbuet-Vignali, sucessivas reedições atualizadas do curso de Jiménez “*Derecho Internacional Público*” que, há mais de meio século, conserva como toda obra clássica a plenitude de seu frescor.

Em um ramo essencialmente dinâmico e sujeito a mudanças, como o direito internacional público, a inquietude levou Puceiro a investigar e indagar aqueles que poderiam ser qualificados como “novos temas” ao menos em nossa disciplina: direito aéreo e espacial, Direitos Humanos, direito ao meio ambiente. No mesmo sentido, foi protagonista nos trabalhos que permitiram ao Uruguai a conquistar o papel de Membro Consultivo do Tratado Antártico, constituindo-se como especialista reconhecido nesse tema peculiar.

Essa mesma preocupação pelas novas orientações lhe permitiram avaliar de imediato a transcendência que deveria ter a recepção das normas de “*jus cogens*” realizada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Por este instituto, e através de normas internacionais, produziu-se o retorno ao direito geral do tema dos valores como finalidade de todo o ordenamento jurídico, questão que foi relegada por correntes positivistas que imperaram no século XX.

A sensibilidade de Puceiro nesse enfoque axiológico do direito lhe levou a perceber, no que se refere à equidade, a superação do papel secundário que lhe dava o Direito Internacional clássico para concluir que atualmente adquire maior relevância tal qual se mostra claro em áreas como a dos direitos humanos, delimitação de zonas marítimas, direito econômico internacional, etc.

Não lhe deve haver permanecida alheia a essa atitude permanente de valorização de novos horizontes para a ordem internacional sua aproximação ao direito da integração ainda incipiente, ao menos em nossa região.

Puceiro teve participação ativa em diversos órgãos do MERCOSUL assim como na elaboração de alguns de seus instrumentos fundamentais, sobretudo na solução de controvérsias, tais como os Protocolos de Brasília e de Olivos. Em conseqüência, não carece de lógica que tenha concluído sua atividade profissional como Membro Titular do Tribunal Permanente de Revisão.

No que se refere a esse órgão, expressou em discurso feito em sua sede em 12 de agosto de 2010, que o mesmo

“...no fue creado sólo para solucionar y prevenir conflictos y preservar la armonía y un razonable equilibrio entre los Estados. El TPR puede y debe cooperar activamente en la interpretación y desarrollo jurídico para la vida y certeza jurídica de nuestras naciones y pueblos, sin reivindicaciones mesiánicas y lógicamente desde la concepción desde la que se lo ha erigido”.

Puceiro participou de um seminário: “Aplicación del Protocolo de Olivos para la solución de controversias del MERCOSUR” realizado em Assunção entre os dias 10 e 11 de março de 2005. Ali, em outra palestra sobre as Opiniões Consultivas do TPR expressou

“Es de lamentar que no se haya concedido a los Estados (la facultad de solicitarlas) sin requerir su unanimidad, que no se regulara la posibilidad de declararse un Estado obligado por una opinión consultiva, ni se confiriase la posibilidad de que los particulares de alguna manera pudieran activar este resorte”.

A referida palestra foi intitulada por Puceiro “*Fuegos fatuos en Villa Rosalba. Alcance de la jurisdicción del Tribunal Permanente de*

*Revisión*”. A expressão “fuegos fatuos” foi extraída dos versos da canção “El Amor Brujo” de Manuel de Falla.

Com esta referência estamos realçando outra peculiar característica da personalidade de Puceiro: seu apego à literatura clássica que o levou, em sua juventude, a ter participação destacada em apresentações e em grupos teatrais.

Essas inclinações literárias fizeram com que muitas de suas produções como jurista, sem prejuízo ao seu rigor técnico, aparecessem recheadas de expressões poéticas que liberavam sua expressão de linguagem não poucas vezes do hermetismo da linguagem jurídica.

A imagem tênue dos “fuegos fatuos”, antes mencionada, exercia aparentemente certo poder de atração sobre Puceiro. Assim, ao analisar o tema dos direitos humanos, permitiu-se referir-se a Mahatma Gandhi ao expressar que

“La verdadera fuente de los derechos es el deber. Si todos cumplimos con nuestros deberes los derechos no estarán lejos de ser alcanzados. Si dejando los deberes incumplidos corremos detrás de los derechos, éstos escaparán de nosotros como los fuegos fatuos. Y cuanto más los persigamos, más lejos volarán”.

Não acreditamos violar o pensamento de quem hoje recordamos se estendemos esse pensamento de Gandhi, que Puceiro aplicava às relações interpessoais, às relações interestatais, em particular, ao MERCOSUL. Façamos votos para que seus Estados Membros se reconheçam e reafirmem essa inseparável relação entre direitos e deveres.



**José María Gamio**  
*Árbitro Titular do Tribunal Permanente de Revisão  
pela la República Oriental del Uruguai*





# TRASCENDENCIA DE LA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES INTERNACIONALES

## IMPORTÂNCIA DA SOLUÇÃO JURISDICCIONAL DE CONFLITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS

*Heber Arbuet-Vignali\**

---

**Resumen:** *El asunto de la protección del ambiente humano se remonta a la aparición del ser humano en la Tierra, pero demora en percibirse como problema hasta mucho después y recién se plantea como cuestión internacional en el siglo XX. Cuando este asunto enfrenta a dos o más Estados la cuestión deberá resolverse y, cuando no alcancen las negociaciones ni los acercamientos, habrá que recurrir a los medios jurisdiccionales. El trabajo se orienta a plantear que características y facultades deben tener los tribunales llamados a actuar en estos casos para poder aportar soluciones satisfactorias y analizar si ellas existen en los actuales sistemas a nivel general y del MERCOSUR.*

**Resumo:** *O assunto da proteção do ambiente humano remonta-se à aparição do ser humano na Terra. Contudo, começa a ser percebido como problema muito tempo depois e somente no século XX é colocado como questão internacional. Quando este assunto envolve dois ou mais Estados, a questão deverá resolver-se e, quando nem as negociações nem as aproximações a solucionem, será necessário recorrer aos meios jurisdicionais. O trabalho orienta-se no sentido de apresentar que características e facultades devem ter os tribunais chamados a atuar nos casos para poder aportar soluções satisfatórias e analisar se elas existem nos atuais sistemas, a nível geral e no Mercosul.*

**Palabras clave:** Protección ambiental, Solución de controversias ambientales

**Palavras-chave:** Proteção ambiental, Solução de controvérsias ambientais

---

\* Antigo Catedrático de Derecho Internacional Público y antiguo Catedrático de Historia de las Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de UdelaR; antiguo Catedrático de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho de la UDE; Consejero y antiguo Director del Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales (CURI); premio CONICYT a la investigación jurídica, Nivel III, 1999-2001.

## **1. INTRODUCCION**

Esta Revista se dedica, con toda la justicia que naturalmente él merece, al recuerdo y homenaje de Elías Roberto Puceiro Ripoll. Mucho se puede decir de un jurista de su capacidad y de su trayectoria. Para resaltar esas virtudes académicas debe recurrirse a las fuentes que sobre ello hablan mejor que nadie: sus libros, sus artículos, el recuerdo de sus clases y conferencias, sus trabajos profesionales, en los que siguen aprendiendo, y lo harán por mucho tiempo, sus discípulos y sus colegas, entre éstos nosotros.

Pero queremos recordarlo desde una faceta más íntima y entrañable. Hace muchos años, ambos rendimos concurso frente a nuestros maestros y entramos juntos como catedráticos en efectividad en Derecho Internacional Público de Facultad de Derecho UdelaR. Naturalmente estábamos llamados a competir y lo hicimos con ahínco y dedicación. Nunca podré encontrar un competidor más leal, más honesto y más generoso. Eso nos permitió cooperar, trabajar en conjunto y aportar a la Cátedra.

Pero lo más importante a recordar y yo lo haré siempre, es que en un momento determinado, mis posiciones en la Facultad se debilitaron y me enfermé. Quién podría haber sacado mayores ventajas materiales de ello hubiera sido Roberto. En esa ocasión brilló con toda su rutilancia el amigo, uno distinguido entre mis mejores, que siempre lo fue: me acompañó, me ayudó, gestionó mis asuntos, me apoyó y me defendió. Sólo las almas grandes que se ganan la Gloria de Dios, proceden de esa manera.

Para rendirle homenaje he optado por tratar un tema sobre el que él escribió mucho y la pertenece en nuestro tratado, la protección ambiental<sup>1</sup> mezclándolo con otro que es más próximo a mis esfuerzos y no ajenos a los suyos: la importancia de la solución judicial y el sistema jurídico en la solución de los problemas ambientales.

## **2. LOS TRIBUNALES Y EL ESTADO CIVILIZADO Y DE PAZ**

Hobbes y Locke nos cuentan que la sociedad, mientras sólo dispone de la libertad irrestricta, sin reglas ni autoridades, se encuentra en estado de naturaleza y también de guerra; y esto no puede ser de otra forma, ya que sin tales instrumentos que impongan obligaciones para que se garanticen los derechos, sólo la fuerza de cada uno puede concretar el amparo de su felicidad. En esta idea es legítimo incluir a la sociedad internacional conformada por los Estados. Ambos filósofos, también entienden que a partir de la aceptación de reglas, que determinan conductas correctas y prohibidas y legitiman la constitución

---

<sup>1</sup> Para señalar sólo la última obra en que se ocupó del mismo, ver R. Puceiro Ripoll 2008.

de autoridades que garanticen su cumplimiento, se entra en el estado civilizado.

Pero en el paso siguiente difieren. Hobbes afirma que entrando en el estado civilizado automáticamente se está en estado de paz. En tanto Locke, más fino y perceptivo, dice que con reglas y autoridades se entra al estado civilizado; pero que si entre las autoridades establecidas no existe una que juegue el papel de tercero imparcial, en el que todos o la mayoría confían, y lo aceptan para dirimir sus pleitos privados, y al cual la sociedad proporcione las fuerzas materiales suficientes para hacer cumplir y aún hacer ejecutar coactivamente sus decisiones, es decir que disponga de “jurisdicción” e “imperium” plenos, se estará en estado civilizado, pero de guerra. Y esto es lógico. Cuando existen reglas y autoridades justificadas por ellas y todos están dispuestos a cumplirlas y acatarlas, aún así, si no existe una autoridad respaldada y respetada que dirima los conflictos particulares y pueda imponer sus veredictos, estos conflictos se definirán en algunos, pocos casos, por el acatamiento del perdedor de la decisión y en muchos otros, si el perdedor tiene fuerzas suficientes, no acatará el fallo y nada pasará: se está en estado civilizado, pero en definitiva de guerra ya que la fuerza material disponible por cada uno de los involucrados resolverá el asunto.

### **3. EL CUIDADO DEL AMBIENTE COMO PREOCUPACIÓN INTERNACIONAL**

En la Tierra siempre existieron actividades contaminantes, fueran de origen natural o humano. Mientras el mundo estuvo poco habitado, resultó ancho y ocupado por quién primero llegara, no es imaginable que el problema se notara. En la Edad Media, y en algunas pocas ciudades antes, cuando aumentó la densidad demográfica en los centros urbanos, el problema se incrementó, pero se dio sólo a nivel local y, de alguna manera controlable. Con la Revolución Industrial, mitad del siglo XVIII a principios del siglo XIX el asunto se extiende y llega a constituir un problema nacional y, excepcionalmente a ser también internacional, en zonas muy industrializadas en el entre cruce de fronteras. Pero esto no se notó

Será después de mediados del siglo XX que la polución ambiental se incrementará como resultado de los adelantos tecnológicos y científicos que aportan mayor amparo y felicidad al ser humano, pero a la vez, en muchas ocasiones, contaminan. Esto llevará el problema al ámbito internacional y un hito demostrativo en este aspecto lo constituye la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente de 1972.

Esta realidad determinó nuevas actitudes y acciones de los Estados, tanto internas como en el marco de las relaciones internacionales. Desde hace bastante tiempo los Estados en su ámbito interno han venido

adoptando soluciones técnicas y dictando normas jurídicas para evitar o paliar el problema de la contaminación ambiental. Sólo en épocas más recientes han adquirido clara conciencia de que las soluciones internas no son suficientes y que resulta imprescindible una prolija regulación internacional de las numerosas actividades susceptibles de producir contaminación ambiental transfronteriza generalizada.

Antes de la Conferencia de Estocolmo, pero especialmente a partir de su ocurrencia, el mundo, o partes de él, tomaron conciencia de una nueva amenaza y proliferaron los movimientos ambientalistas y las acciones de ONGs preocupadas por ese problema. El aporte muy positivo de sus actividades fue poner el tema en la agenda internacional y el negativo el desbalancear el necesario equilibrio y mutuo aporte entre la protección del ambiente y el desarrollo sustentable.

Hacia fines del siglo XIX aparecen los primeros tratados para la protección ambiental referidos al amparo de los recursos pesqueros, la fauna, la flora y algunos cursos de aguas internacionales; su finalidad última es la protección de bienes económicamente rentables y no precisamente del medio ambiente en sí mismo valorado. A principios del siglo XX se aprueban algunos convenios dónde se marca un sentido más ambiental, como el de 1900 para asegurar la conservación de las especies animales salvajes en las colonias de África o la Convención de 1902 para la protección de las aves útiles a la agricultura. También hay algunos pocos acuerdos bilaterales anteriores o contemporáneos sobre el asunto<sup>2</sup>. El Pacto de la Sociedad de las Naciones no tiene referencias al respecto<sup>3</sup> y la Carta de la ONU tampoco tiene referencias directas expresas sobre protección del ambiente humano y los recursos naturales, pero estos asuntos se han encarados dentro de marco de su art. 1 inc. 3<sup>4</sup>.

La normativa propiamente ambiental se desarrollará a partir de entonces, especialmente después de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Humano, de Estocolmo, realizada entre el 5 y 16 de junio de 1972<sup>5</sup>.

En cuanto a los conflictos entre Estados por controversias vinculadas al ambiente humano, el primero que conocemos que se llevó a una solución jurisdiccional ocurrió en 1941 entre Canadá y EE.UU. y fue sometido a un tribunal arbitral. Después, la búsqueda de soluciones

---

2 Por ej.: Convenio bilateral de pesca entre Francia y Gran Bretaña de 1867; el tratado sobre aguas fronterizas entre Canadá (Gran Bretaña) y EE.UU. de 1902.

3 Datos extraídos de A. Barreira, P. Ocampo y E. Recio, 2007.

4 “Los Propósitos de las Naciones Unidas son:....3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos...”.

5 R. Puceiro, 2008, en su trabajo analiza, además de la Conferencia de 1972 y su Declaración: el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1989 y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992.

jurisdiccionales se hizo más frecuente, y uno de los últimos casos, que nos toca de cerca y se ha reactualizado en estos tiempos (octubre 2013), es el de las fábricas de pasta de celulosa sobre el río Uruguay (ver H. Arbuet-Vignali y D. Vignali Giovanetti, 2010).

#### **4. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y EL ESTADO DE NATURALEZA O CIVILIZADO**

Siempre existieron Centros de Poder independientes<sup>6</sup> y entre ellos se relacionaron de diferente manera. Antiguamente lo hicieron en el marco geográfico de distintos ámbitos cerrados y aislados entre sí<sup>7</sup> y, dentro de los cuales había un poder hegemónico que desplegaba su preponderancia. Entre estos conglomerados prácticamente no existían sino escasas relaciones comerciales y culturales y en ocasiones grandes enfrentamientos<sup>8</sup>. No se daban entre ellos relacionamientos generalizados e instituidos. En el interior de esos grupos podía existir un mando ordenador civilizado, pero en sus vínculos con los demás se encontraban en estado de naturaleza y de guerra, sin normas ni autoridades comunes.

Hacia fines del Renacimiento esta situación comienza a modificarse con la aparición de los actuales prototipos de Centros de Poder independiente: los Estados Nacionales<sup>9</sup>. Estos, después de organizar su mando interno a partir de un principio laico y popular, el atributo de la soberanía (ver H. Arbuet-Vignali 2013a) y de desplazar a los poderes feudales internos, quisieron y lograron, quitar el control de las relaciones internacionales de la égida del Papado<sup>10</sup>. Habiendo aparecido las naciones, comienzan a darse entre ellas las relaciones internacionales y, para reglar estas, se va creando y afianzando un sistema jurídico: el Derecho Internacional Público<sup>11</sup>. Este aparece en

---

6 Los que caracterizamos como grupos humanos cerrados en algún límite; que tienen algún tipo de organización interna de la cual resulta la existencia de autoridades que no dependen de otro Centro de Poder que las subordinen; y que generalmente disponen de un territorio propio o, al menos, se desplazan por uno más extenso que comparten, utilizan o disputan con otros grupos similares. Quedan comprendidos en la idea las hordas, clanes y tribus, las ciudades-Estados, los imperios de la antigüedad, los reinos, ducados, principados y otros estamentos feudales, el Papado y el Imperio, los Estados nacionales, etc.

7 Los reinos e imperios del cercano oriente, el imperio chino, los reinos e imperios del subcontinente indio, Egipto, las ciudades griegas, el ámbito romano, el papado y el imperio medioeval, los imperios de mesoamérica, etc.

8 Las guerras médicas, las guerras de Alejandro, la conquista de las Indias Occidentales.

9 Francia, Inglaterra, España, Suecia-Noruega.

10 Y, en menor medida, del decadente Imperio Romano Germánico.

11 Hasta entonces sólo existía una única clase de sistemas jurídico, los de subordinación que informaban a todos los sistemas jurídicos internos y que se caracterizan por la clara diferencia que establecen entre las autoridades que ordenan y los sujetos que son ordenados. El Derecho Internacional Público, en cambio, es un sistema jurídico de coordinación cuyo destino es regular a unos sujetos que son soberanos, razón por la cual no admiten ser ordenados desde fuera de ellos y por eso este sistema que los ordena y somete irremisiblemente, se caracteriza por

Westfalia, 1648, se desarrolla en la fuente consuetudinaria, se afirma en Utrecht, 1709-13, vuelve a afirmarse en la vieja fuente consuetudinaria y en los tratados cada vez más numerosos, marca un punto de quiebre con los aportes de la Sociedad de las Naciones y se instala definitivamente en el marco de la Organización de las Naciones Unidas y su sistema de Organismos Especializados, a través de la infinidad de tratados que la Organización genera.

Si recordamos que para salir del estado de naturaleza y de guerra y entrar al estado civilizado es necesario que las sociedades se den normas y autoridades y tomamos en cuenta la evolución del Derecho Internacional Público y sus instituciones, podemos afirmar que la proto sociedad internacional, hasta el siglo XVII se desarrolló en estado de naturaleza y de guerra. También podemos decir que comenzó a dejar, en forma lenta y sostenida, ese estado a medida que se fueron dictando reglas y que con la Sociedad de las Naciones entra en un estado que llamamos semi civilizado, porque se dispone de suficientes reglas comunes, pero aún se carece de autoridades con ese alcance: antes directamente no existían<sup>12</sup> y las que pretendió aportar la Sociedad de las Naciones, fueron absolutamente ineficaces y no funcionaron nunca como tales. Recién con el sistema de las Naciones Unidas la sociedad internacional sale del estado semi civilizado para entrar en el civilizado porque con ella se aportan suficientes reglas jurídicas y también se establecen autoridades operativas<sup>13</sup>. Esta lenta evolución y las complejas situaciones a que dio lugar, condujo a que la doctrina jus internacionalista se confundiera y aplicara al Derecho Internacional

---

que en él, son los mismos sujetos reglados quienes participan directamente en todas las etapas del sistema: crean sus normas (tratados y costumbres), vigilan su cumplimiento (actividad diplomática, coordinación de acciones y necesidad de la voluntad del Estado para someterse a sus tribunales) y castigan a sus infractores (auto tutela y después sistema de seguridad colectiva con papel preponderante de los propios Estados). Recién a mitad del siglo XX aparecerá un nuevo sistema jurídico internacional mixto, donde tienen similar importancia las estructuras de subordinación y las de coordinación y que se funda en el Principio de la Supranacionalidad; pero este sistema por ahora sólo funciona a nivel regional (en la Unión Europea y, con dificultades, en la Comunidad Andina). Por otra parte, si bien desde principios del siglo XV existieron normas jurídicas internacionales aisladas que regularon relaciones entre ciudades comerciales, será recién a partir de 1648, con los tratados de Westfalia, que se sienten las bases de un sistema jurídico internacional organizado.

12 Lo más parecido a una autoridad generalizada fue el sistema de la Santa Alianza y del Concierto Europeo, los que en realidad sólo instituyen una sucesión de conferencias internacionales, más o menos previstas, para intentar lograr acuerdos generales en ciertos casos.

13 Esto hay que tomarlo dentro del marco de las posibilidades que permite el ámbito jurídico en que se insertan las Naciones Unidas, el Derecho Internacional Público, un sistema jurídico de coordinación en el cual siempre se requiere para tomar decisiones y ejecutarlas, contar con el respaldo de la voluntad de los Estados. Esto determina algunas debilidades inherentes a su estructura: su sistema de seguridad colectiva está confiado a un órgano político y en él algunos Estados pueden paralizarlo (ver H. Arbuét-Vignali 2012a) y su sistema jurisdiccional se abre sólo si la voluntad de las partes lo aceptan expresa o tácitamente, en cuyo caso la "jurisdicción" es amplia, pero los tribunales sólo tienen "imperium" en el marco internacional y no en el interno de los Estados.



Público una idea de soberanía que “tomara prestada” de las ciencias políticas (y que era hermenéuticamente inaplicable al derecho), con todas las negativas consecuencias y confusiones a que ello dio lugar (ver H. Arbuet-Vignali 2013b, especialmente Numeral 6).

## **5. LA SOCIEDAD INTERNACIONAL Y EL ESTADO DE PAZ**

La sociedad internacional general, la que comprende las relaciones entabladas entre los 195 Estados reunidos en Naciones Unidas<sup>14</sup>, y a la que desean pertenecer varias entidades estatales aún no reconocidas, se encuentra en estado civilizado, pero ¿también está en estado de paz en el sentido que al término da Locke? (ver supra 2). Pensamos que no, que en ese sentido está en estado de paz pero a la vez de guerra.

El único sistema jurídico que regula las relaciones de la sociedad internacional general, mundial, es el sistema del Derecho Internacional Público; sistema de coordinación, que se funda y desarrolla a partir del principio de la Igualdad Soberana de los Estados. Siendo un sistema jurídico, cuando entra a funcionar, sus reglas obligan a los Estados sin que éstos puedan desprenderse por su voluntad de esas obligaciones. Por ser un sistema de coordinación, sus reglas no pueden entrar a funcionar sin la previa aceptación, expresa o tácita, de los Estados que quedarán obligados (ver supra nota 13) y la existencia de cualquier diferendo entre Estados no podrá someterse a la resolución de un tercero imparcial, juez o árbitro, si todos los que se someterán a la decisión previamente no aceptan al tribunal. Sin cumplirse esto las partes no podrá ser juzgadas; y, cuando lo sean, después de abrir la jurisdicción y condenarse a uno de ellos, si éste no cumple voluntariamente con la sentencia o el laudo, éstos sólo podrán ser ejecutados coercitivamente en el marco internacional<sup>15</sup>, pero no en su ámbito interno, en el de la jurisdicción doméstica del Estado condenado<sup>16</sup>, por lo que muchas veces la decisión jurisdiccional

---

14 Incluimos a los dos Estados reconocidos por la Organización como observadores: Palestina y Vaticano.

15 Retorsiones, represalias en legítima defensa, eventualmente sanciones, incluso recurriendo al uso de la fuerza armada en el marco del Capítulo VII de la Carta, si el incumplimiento pone en peligro la paz y seguridad internacionales.

16 Un Estado podrá no cumplir con una obligación internacional y será responsable por ello en el marco de la comunidad internacional. Podrá no estar obligado a comparecer ante ningún tribunal internacional, porque no asumió ese compromiso y, en ese caso, ningún tribunal tendrá competencia para obligarlo, aunque para ello pagará fuertes costos políticos, de relacionamiento y en consecuencias, también económicos. Podrá tener que comparecer ante un tribunal internacional, hacerlo y ser condenado, pero posteriormente no acatar el fallo o laudo, ni cumplir con sus disposiciones. Siempre que haya incurrido en la violación de una obligación internacional incurrirá en responsabilidad internacional y el Estado perjudicado estará legitimado para imponerle retorsiones y la comunidad internacional, el perjudicado y sus pares, podrán legítimamente imponerle sanciones a ejecutar dentro del ámbito internacional (retorsiones, represalias en legítima defensa, sanciones en el marco de los Capítulos VI y VII de la Carta). Lo que no se podrá es ejecutar forzosamente la sentencia o el laudo en el ámbito interno del Estado que fue condenado y no acepta cumplirlo,

puede tornarse ineficaz (ver H. Arbuet-Vignali 2013c), especialmente Numeral 3).

Esta situación se hace tremendamente real y preocupante en los casos en que contiendas por polución ambiental internacional transfronteriza, se lleven ante un tribunal internacional general, la Corte Internacional de Justicia, o ante un tribunal regional, por ejemplo el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. En estos casos es posible, y además probable, que el tribunal condene a una de las partes y le ordene que cese ciertas actividades realizadas en su ámbito interno<sup>17</sup> y que resultan con efectos contaminantes más allá de los límites aceptables y más allá de sus fronteras. Cuando la decisión del tribunal exige que el perdidoso ejecute en su territorio la orden tomando cierto tipo de medidas para restaurar o mejorar la calidad del ambiente pueden darse dos situaciones.

Una primera posibilidad es que el Estado obligado a cumplir acate la decisión y exija a los particulares que están bajo su jurisdicción que tomen las medidas necesarias para ello; si en este caso los particulares no acatan su mandato, el Estado involucrado puede poner al servicio de la ejecución forzada del mismo, todos los instrumentos coercitivos internos de que dispone y obligar a los particulares. En este caso se habrá cumplido el derecho y todo saldrá bien.

Pero la segunda posibilidad se da cuando el Estado condenado, que debe ejecutar la decisión en su territorio, no está dispuesto a acatarla de buena fe. En este caso para obligar al Estado rebelde, el Tribunal dispondrá de instrumentos coercitivos aplicables en el ámbito internacional: imponer sanciones económicas o diplomáticas, por legítima defensa autorizar retorsiones o represalias a los Estados perjudicados o dar cuenta del fallo y su incumplimiento al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para que este pueda imponer sanciones; no dispondrá en cambio de ningún instrumento que le permita adoptar directamente medidas coercitivas dentro de las fronteras del Estado dónde debe ejecutarse el fallo.

Analicemos la eficacia de estas posibilidades. Cualquiera de las medidas internacionales disponibles, junto al desprestigio que alcanzará al Estado por su actitud rebelde, generalmente son eficaces y suficientes para obligarlo a rever su posición y acatar los fallos recaídos en aquellos asuntos normales al Derecho Internacional Público de todos los tiempos

---

porque hacerlo significaría la intervención en sus asuntos internos, atacaría los Principios sustentantes del Derecho Internacional Público y le destruiría. Para que pueda accederse a esa posibilidad, lo que nosotros recomendamos, debe transitarse del Derecho internacional Público fundado en el atributo de la Soberanía, a otro tipo de sistema fundado en el atributo de la Supranacionalidad. Lo que es posible y debe hacerse, al menos para ciertos asuntos.

<sup>17</sup> Por ejemplo: que deje de utilizar ciertos medios de producción; que no use determinados productos químicos; que rebaje su producción a niveles menores; que adopte medidas sanitarias para re purificar el ambiente agredido; etc.



y que aún se producen (problemas de límites, de desconocimiento de prerrogativas diplomáticas, de responsabilidad internacional, etc.). No ocurre lo mismo cuando la materia en que recae el fallo, como en los casos de conflictos ambientales, esté directamente vinculada con los nuevos riesgos que nos ha traído la nueva civilización (contaminación, protección de los derechos humanos, delitos internacionales, orientación del comercio, etc.) y las consecuencias de la decisión alcanza a particulares. Dada la magnitud de los daños que en estos casos producen los incumplimientos, esperar a que el Estado infractor sienta los perjuicios que le produce el desprestigio o las sanciones económicas o diplomáticas y cambie de actitud, más que peligroso sería suicida. Las retorsiones y las represalias son inimaginables para estos casos, ¿o es que alguien piensa que si un Estado deja funcionar una industria contaminante, el otro perjudicado pueda autorizar el funcionamiento de varios emprendimientos más contaminantes aún?. Sólo plantear la hipótesis pone en evidencia su absurdo. Por último respecto al recurso al Consejo de Seguridad, además de que sólo se podría llegar a él en casos extremos (cuando a consecuencias del incumplimiento se diera la posibilidad o se abriera un conflicto armado entre las partes de tal magnitud que pueda extenderse a la región, al continente o al mundo), no debe olvidarse que el Consejo es un órgano político en el cual cinco Estados tienen derecho a veto, lo que no constituye ninguna garantía para la objetividad requerida por las acciones jurisdiccionales.

Además los tribunales internacionales, arbitrales o judiciales, no pueden ejercer directamente coerción en el ámbito interno de los Estados (ni siquiera en el citado caso del Consejo de Seguridad, donde están condicionados a las circunstancias y a la voluntad política, lo cual no da seguridades jurídicas) para obligar a cualquiera de ellos. Pretender hacerlo no sería legítimo ni congruente, ya que para ejecutar una sentencia del Derecho Internacional Público, se desconocerían y atacarían los Principios que fundan y permiten funcionar al propio sistema: la Igualdad Soberana de los Estados, la No Intervención en los Asuntos Internos y la existencia de un Ámbito de Jurisdicción Doméstica excluyente. Si así se hiciere, por ejecutar un fallo del sistema, se violarían los Principios fundamentales del mismo y le destruirían, lo cual, jurídicamente no es pensable.

En los casos en los cuales se pretendiera resolver con operatividad real conflictos ambientales transfronterizos, sólo sería eficaz un fallo que proviniera de un tribunal que dispusiera de poderes coercitivos internacionales y que también dispusiera de instrumentos coercitivos operantes en el ámbito interno de los Estados. Esta posibilidad no la brinda, ni la puede brindar por su estructura, el Derecho Internacional Público. Pero el Derecho Internacional Público, que continúa manteniendo utilidad para resolver sus problemas tradicionales, también

es el único instrumento jurídico que permite crear un sistema más comprometedor para los Estados, un sistema que se basara en el Principio de la Supranacionalidad y permitiera trasladar poderes de gobierno de los Estados hacia Organizaciones Internacionales supranacionales. En conclusión es necesario disponer de un nuevo sistema que permita controlar y encausar una serie de nuevas actividades que últimamente se dan en las relaciones internacionales, para de esta manera procurar evitar o minimizar los graves riesgos que ellas producen. Para ello no se dispone en la actualidad, a nivel mundial, ni regional interamericano, ni en el subregional del Mercosur, de un sistema jurídico apropiado, que sea más compromisorio que el actual y que disponga de más fuertes medios de ejecución y, para crearlo, deberá recurrirse a los instrumentos que brinda el actual sistema, el Derecho Internacional Público.

## **6. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL, EL MERCOSUR Y EL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN**

La normativa ambiental en Mercosur no es demasiado abundante<sup>18</sup>, pero ello no crea un problema mayor, habida cuenta que todos sus Estados partes están vinculados por los principales Acuerdos Generales sobre el tema, lo cual los hace aplicables. Hay dos acuerdos que importan: el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercosur, aprobado por Decisión del Consejo Mercado Común 02 del 2001 y el protocolo Adicional al mismo para el caso de Emergencias Ambientales de Foz de Yguazu de julio de 2004.

En el primero las partes reafirman su compromiso con los Principios esenciales de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y se comprometen a tratar de instrumentarlos; se establecen también, para lograr el objeto del acuerdo seis líneas de conducta a seguir (arts. 1 a 3); el objeto del compromiso se describe en el art. 4 y se ubica en "...el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente..."; en los arts. 5 a 7 se sientan las reglas para la cooperación en materia ambiental; y el art. 8 dispone: "Las controversias que surgieran entre los Estados Partes respecto a la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contempladas en el presente Acuerdo serán resueltas por medio de Sistema de Solución de Controversias vigente en el Mercosur". Y el sistema de solución de controversias del Mercosur se establece en el

---

<sup>18</sup> El tratado de Asunción sólo refiere al tema en su Preámbulo, diciendo que la protección ambiental es un medio para lograr los objetivos del Acuerdo; la Decisión 9/95 que establece el Programa de Acción del Mercosur para el año 2000, también se ocupa del mismo y se remite a la Conferencia de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente de Río de Janeiro 1992; el Acuerdo Marco y el Protocolo Adicional al mismo que se verán de inmediato; la Declaración de Taranco hecha en la Reunión de Ministros de Medio Ambiente en Montevideo 1995; y también se hacen referencias en los Acuerdos del Mercosur con la Comunidad Europea de 1995 y con Canadá de 1998. Hay por otra parte variadas declaraciones de los Grupos de Trabajo.

Protocolo de Olivos, cuyo Capítulo VII, consagra el procedimiento de revisión y crea el Tribunal Permanente de Revisión<sup>19</sup>.

De todo lo que antecede debe concluirse de que en materia de conflictos ambientales la sociedad internacional regional que reúne a los Estados partes del Mercosur, se encuentra en estado civilizado ya que dispone de un sólido soporte de normas jurídicas convencionales, las cuales consagran la existencia de autoridades claramente establecidas, con competencias y poderes específicos, entre las cuales se dispone de órganos jurisdiccionales: los que resultan del procedimiento arbitral ad hoc (Protocolo de Olivos, Capítulo VI, arts. 9 a 16 y los que resultan del ya mencionado procedimiento de revisión, del Capítulo VII, arts. 17 a 24.

¿Podemos decir también que se encuentra en estado de paz, en el sentido que, para el caso, atribuye Locke a este término?

## **7. CONCLUSIONES**

### **7.1. Marco jurisdiccional del Mercosur**

La interrogante abierta es la que debe resolverse y, en caso necesario, indicar que hace falta hacer para que, en materia de asuntos de protección ambiental, en el marco del Mercosur, se alcance el deseado estado civilizado y de paz. Nadie puede discutir que el sistema jurídico del Mercosur, aún debilitado por decisiones políticas (ver H. Arbuét-Vignali 2012b), tiene una sólida base normativa vigente y dispone de autoridades que lo conducen, inclusive de órganos jurisdiccionales. También resulta claro que su sistema se inserta en el marco del Derecho Internacional Público, fundado y estructurado a partir del Principio de la Soberanía, y que es ajeno a cualquier tipo de sistema fundado en el atributo de la Supranacionalidad (ver H. Arbuét-Vignali 2004, Capítulo VI, especialmente Secciones II y IV). También resulta claro que el Mercosur, sin modificaciones previas en las constituciones de algunos de sus Estados partes, no puede acceder a este tipo de sistemas: porque las constituciones de Brasil y Uruguay no permiten a estos Estados derivar poderes de gobierno nacionales a Organizaciones Internacionales; porque, si bien las constituciones de Argentina y Paraguay, sí lo admiten, lo condicionan a la reciprocidad, la que, por lo anterior no puede ofrecerse<sup>20</sup>; y porque la constitución de Venezuela, que no es clara, en

---

<sup>19</sup> El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur del 18 de febrero de 2002, puede verse en E. J. Rey Caro 2002.

<sup>20</sup> Las disposiciones sobre la voluntad de integración, incluso supranacional, son claras y expresas en las constituciones argentina y paraguaya que regulan la posible delegación de competencias y poderes de gobierno a órganos internacionales atribuyéndoles el atributo de la supranacionalidad: Argentina, art. 77 inc. 24: "Corresponde al Congreso... Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a Organizaciones supraestatales en

forma confusa, permitiría la supranacionalidad sin condicionamiento expreso<sup>21</sup>.

En consecuencia, el conjunto de procedimientos y órganos jurisdiccionales que prevé el Protocolo de Olivos en sus Capítulos V a VII se insertan en el sistema del Derecho Internacional Público, con sus características y limitaciones (ver H. Arbuet-Vignali, 2005, Secciones II y III).

En definitiva puede afirmarse que el conjunto de las relaciones internacionales regionales establecidas por el grupo de Estados reunidos en el Mercosur y referidas a la protección ambiental, a las que deben agregarse las demás comprendidas en otros ámbitos de competencias, se encuentran en estado civilizado, porque se dispone de suficientes normas y de autoridades que las aplican y conducen el grupo. ¿Puede decirse que también se encuentran en estado de paz?

## **7.2. La solución de las controversias en el Mercosur**

El Mercosur siempre dispuso de un sistema para resolver sus controversias. Primero aquel que R. Puceiro (2002, p. 31), llama “embrionario” y se pacta en el Tratado de Asunción, después el arbitral del Protocolo de Brasilia y, por último, el más desarrollado del Protocolo de Olivos.

Nos ocuparemos de este último por ser el que actualmente

---

condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes” (se exige diferente “cuorum” para aprobarlas); y Paraguay: art. 145: “La República del Paraguay en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo en lo político, económico, social y cultural”. No se hacen referencias directas a esta posibilidad en las constituciones de Brasil y de Uruguay, siendo más explícita la primera. Dice el art. 4 de la Constitución de Brasil: “La República Federativa de Brasil procurará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, procurando la formación de una comunidad latinoamericana de Naciones”. Más débil es la referencia de la Constitución de Uruguay en el art. 6 inc. 2: “La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.

21 Artículo 153. La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes. Para estos fines, la República podrá atribuir a organizaciones supranacionales, mediante tratados, el ejercicio de las competencias necesarias para llevar a cabo estos procesos de integración. Dentro de las políticas de integración y unión con Latinoamérica y el Caribe, la República privilegiará relaciones con Iberoamérica, procurando sea una política común de toda nuestra América Latina. Las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna.

está en vigor. En él, además de lo que Puceiro (2003, p.193), llama “procedimientos cuasi jurisdiccionales” ante el Grupo Mercado Común, el Protocolo abre la competencia de los tribunales arbitrales ad hoc (art. 9 inc. 1) a las controversias entre Estados partes sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones del Tratado de Asunción, el Protocolo de Ouro Preto, de los Protocolos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Declaraciones del Consejo Mercado común, de las Resoluciones del Grupo Mercado común, de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, las que podrán ser sometidas a los procedimientos del Protocolo de Olivo.

También el art. 17, inc. 1, dispone que el Tribunal Permanente de Revisión atenderá en los recursos de revisión interpuestos contra los laudos de los tribunales arbitrales ad hoc, aunque esto sólo podrá hacerse con respecto a “las cuestiones de derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo” (art. 17 inc. 2).

Además, y por último, en el art. 23 se consagra la competencia directa del Tribunal Permanente de Revisión, cuando las partes, después de concluir las negociaciones entre sí (arts. 4 y 5), acuerden someterse directamente y en única instancia al TPR.

Como, por su parte, el Acuerdo Marco sobre medio ambiente del Mercosur (ver supra 6, párrafos 1 y 2), somete las controversias ambientales a la resolución del sistema de solución de controversias del Mercosur, podría sostenerse la existencia en el de un estado de paz.

### **7.3. ¿Existe un estado de paz en el sistema?**

No pensamos que sea así. Si bien el sistema se encuentra en estado civilizado pensamos que se continúa en estado de semi guerra o semi paz. Es correcto sostener que no se carece de terceros imparciales para resolver los conflictos, órganos jurisdiccionales tales como los tribunales ad-hoc y el Tribunal Permanente de Revisión y que la ocurrencia ante ellos no requiere un acuerdo previo en cada caso, sino que resulta obligatorio si una de ellas lo deciden y se han cumplido ciertas instancias (arts. 4 a 9). También es correcto sostener que todo ello se enmarca dentro del marco del Derecho Internacional Público, un sistema fundado en el atributo de la soberanía y que excluye el atributo de la supranacionalidad. Por esta razón, en última instancia, cuando un laudo no sea cumplido por iniciativa del obligado y deban ser ejecutados coercitivamente dentro de la jurisdicción interna del Estado condenado, esto no podrá hacerse por la Organización ya que, si lo intentara, violaría los Principios que sustentan el sistema dentro del cual actúa<sup>22</sup> y, por lo tanto, lo destruiría

---

22 El principio de la Igualdad Soberana de los Estados, aceptado desde el comienzo del Derecho Internacional Público en los tratados de Westfalia, recogido expresamente en los tratados de Utrecht y que funda el sistema de las Naciones Unidas según el art. 2 inc. 1 de la

(ver H. Arbuét-Vignali 2013c, Numeral 3). En estos caso la ejecución forzada para hacer cumplir el contenido del fallo resultaría imposible y la superioridad del Derecho Internacional resultaría de que, en el ámbito de las relaciones internacionales, se le impondrían sanciones, indemnizaciones, retorsiones o represalias<sup>23</sup> (ver H. Arbuét-Vignali 2013c, Numeral 3), pero nada más. Ello es así porque en definitiva la jurisdicción de los tribunales del Derecho Internacional Público es de apertura voluntaria<sup>24</sup>, si bien disponen de “jurisdictio” plena<sup>25</sup>, su “imperium”<sup>26</sup> se extiende al ámbito de las relaciones internacionales, pero no existe en el ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados. Tenemos que afirmar que en este marco se está en estado civilizado, pero con muchas posibilidades de caer en estado de guerra, lo cual no es deseable, ni bueno.

#### **7.4. ¿Es posible superar esta situación?**

En primer término nos permitimos afirmar que en nuestro concepto sería muy positivo que ello ocurriera, porque una jurisdicción para la solución de las controversias instalada dentro del marco del Derecho Internacional Público, nunca resultará totalmente adecuada para solucionar satisfactoria y definitivamente un problema internacional de contaminación ambiental transfronteriza. Para mostrar sus carencias bastará que una de las partes no cumpla de buena fe el laudo o fallo; y que estas cosas ocurren puede ser constatado atendiendo a lo que está sucediendo (octubre 2013) respecto a la ejecución del fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso N° 135, entre Argentina y Uruguay, en el asunto de las fábricas de paste de celulosa sobre el río Uruguay.

La única respuesta adecuada para superar estos problemas resulta de ubicar el sistema de solución de controversias para asuntos ambientales, en el marco de un sistema supranacional, que otorgue a la organización la posibilidad de ejercer poderes de gobierno y a sus tribunales la competencia y la posibilidad fáctica de ejecutar coercitivamente sus fallos o, en el caso del Mercosur, sus laudos, también en el ámbito de la jurisdicción doméstica de sus Estados partes.

Para que el sistema Mercosur pueda transitar avanzando hacia un

---

Carta y de sus corolarios, especialmente el Principio de no Intervención en los Asuntos de la Jurisdicción Doméstica.

23 Las retorsiones son impensables en materia de protección ambiental y las demás resultan generalmente ineficaces, suelen perjudicar también a quién las aplica y no conciben con un propósito de integración.

24 En este caso la voluntad de los Estados miembros del Mercosur manifestada en el Tratado de Asunción, los demás del sistema y, especialmente, el Protocolo de Olivos.

25 La decisión del tribunal en su última instancia resulta definitiva y jurídicamente lo que resuelve es una verdad inamovible.

26 Legitimación para recurrir al uso de la fuerza para imponer sus decisiones y disponibilidad de respaldo fáctico para hacerlo.



ordenamiento jurídico basado en el atributo de la supranacionalidad veo dos caminos, ambos difíciles de seguir en la realidad política, pero no imposibles dentro de ella: uno aparentemente más corto, pero en la realidad azas difícil de concretar; y otro que requeriría un tránsito más largo, pero quizá más accesible.

El primero consistiría en adecuar el sistema Mercosur, modificando los acuerdos y dotándolo de los instrumentos jurídicos supranacionales necesarios para cumplir con las ilusiones que alimentan las menciones a la creación de una comunidad, el establecimiento de un mercado común, la constitución de una unión aduanera y el arribo a otros logros comunitarios, aunque el sistema jurídico que se adopta no es el adecuado para ello.

No es que el sistema del Derecho internacional Público, fundado en el atributo de la soberanía, impida definitivamente lograr esos avances, pero para que ellos se concreten sería necesario que sus actores actuara con tanta responsabilidad y seriedad, con tanto equilibrio y ponderación en la actividad de los conductores, que se dieran tantas casualidades felices, que no se diera ninguna complicación ni desavenencia, que resulta ingenuo pensar que ello pueda darse en la realidad. Para que este avance realmente se de, se debe transitar hacia un sistema jurídico fundado en el atributo de la supranacionalidad, que la Organización disponga realmente de poderes de gobierno, que las normas que dicte sean prevalente y tengan eficacia directa y que sus tribunales dispongan de la fuerza necesaria para hacer ejecutar coactivamente sus laudos.

En el ámbito del Mercosur este tipo de avances resulta difícil de concretar porque, para ello, hay Estados que previamente deben modificar sus constituciones (ver *supra* 7.1) y, fundamentalmente, porque sus sistemas constitucionales presidencialistas y las posiciones políticas internas hacen poco factible que esos Estados aporten la voluntad política necesaria para concretar acuerdos que les obliguen a cumplir con las decisiones de la Organización sin tener la posibilidad jurídica de liberarse pagando indemnizaciones o sufriendo sanciones.

El segundo se daría si, como ocurrió en las Comunidades Europeas (ver P. Pescatore 1973), un tribunal del sistema (en el caso el TPR), asumiera la responsabilidad de interpretarlo y pudiera encontrar en el, como creemos que se puede, elementos que abran las vías de la supranacionalidad; y ese tribunal fuera expresándolo en sus laudos, creara conciencia de la especificidad del sistema, obligara a los Estados partes a asumir sus responsabilidades respecto al fenómeno que han creado y les conduzca a ajustar sus constituciones en los casos necesarios (o a retirarse del sistema si no lo hacen), contribuyendo a la formación de un acuerdo por vía consuetudinaria.

También este camino es difícil de recorrer, especialmente porque

el Tribunal Permanente de Revisión ha registrado poca actividad<sup>27</sup> y en el caso 01/2012 en que, por sus características tuvo la oportunidad de hacer una evaluación general del sistema, se limitó a enfocar sólo asuntos formales de competencia (ver H. Arbuet-Vignali 2012c). No obstante, una opinión disidente en minoría, abre la esperanza de que se transite por ese camino, lo que a nuestro entender, podría ser importante.

**Agradecimiento:** Mi reconocimiento al Dr. Fausto Vieira Coutinho de la Embajada de Brasil en Montevideo, por su apoyo lingüístico.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARBUET-VIGNALI Heber (2004) *Claves jurídicas de la integración*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- ARBUET-VIGNLI Heber (2005) “La sociedad y el orden jurídicos internacionales”. En JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Eduardo, ARBUET-VIGNALI Heber y PUCEIRO RIPOLL Roberto. *Derecho internacional público: principios, normas, estructuras, tomo I*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 23-81.
- ARBUET-VIGNALI Heber (2012a) *Intervenir o actuar. El uso lícito de la fuerza armada. Estudios del CURI 01/12*. Montevideo: CURI. [online] disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/estudiodelcuri01del12arbuets.pdf>> [acceso noviembre de 2013].
- ARBUET-VIGNALI Heber (2012b) *Crisis en Paraguay ¿o en los conceptos políticos y jurídicos de la región? Estudios del CURI 04/12*. Montevideo: CURI. [online] disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/Estudiodelcuri04del12Arbuets.pdf>> [acceso noviembre de 2013].
- ARBUET-VIGNALI Heber (2012c) *Laudo 01/2012 del T.P.R. Un vacío imposible de llenar. Estudios del CURI 08/12*. Montevideo: CURI. [online] disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/Estudiodelcuri08del12arbuetsvignali%20rev%20mi%20C3%A9rcoles.pdf>> [acceso noviembre de 2013].
- ARBUET-VIGNALI Heber (2013a) *Teoría jurídica de la soberanía. Y su influencia en la doctrina del Estado posmoderno*. Inédito.
- ARBUET-VIGNALI Heber (2013b) “Un concepto entre las brumas. La construcción de la soberanía en las ciencias jurídicas”. *Revista de Derecho Público*, 22(43), p. 9-32. [online] disponible en: <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/archivos/43/Arbuets.pdf>> [acceso noviembre de 2013].
- ARBUET-VIGNALI, Heber (2013c) *Necesidad de un nuevo sistema jurídico para las relaciones internacionales posmodernas. Estudios del CURI 02/13*. Montevideo: CURI. [online] disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/Estudiodelcuri02del13arbuets.pdf>> [acceso noviembre de 2013].

---

<sup>27</sup> Después de 9 años de instalado ha actuado en alza en 5 casos y en jurisdicción directa en 1.



org.uy/archivos/estudiodelcuri02del13arbuextx.pdf> [acceso noviembre de 2013].

ARBUET-VIGNALI Heber y VIGNALI GIOVANETTI Daniel (2010) *Corte Internacional de Justicia. Caso 135. Estudios del CURI 03/10*. Montevideo: CURI. [online] disponible en: <<http://curi.org.uy/archivos/Estudio03del10arbuextx.pdf>> [acceso noviembre de 2013].

BARREIRA Ana, OCAMPO Paula y RECIO Eugenia (2007) *Medio ambiente y derecho internacional. Una guía práctica*. Madrid: Caja Madrid/Obra Social.

PESCATORE Pierre (1973) *Derecho de la integración. Nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires: BID-Intal.

PUCEIRO RIPOLL Roberto (2002) *Exposición del Dr. Roberto Puceiro Ripoll*. “Jornada Académica sobre el Protocolo de Olivos para la solución de las controversias en el Mercosur”, 10 de junio de 2002, Montevideo. Montevideo: ALADI, p. 31-40.

PUCEIRO RIPOLL Roberto (2003) “Protocolo de Olivos: sus reformas esenciales y su significado en el régimen de solución de controversias del Mercosur”. En BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA DOS DEPUTADOS *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Congresso Nacional. Câmara dos Deputados, p. 189-208.

PUCEIRO RIPOLL Roberto (2008) “La preservación internacional del medio ambiente natural”. En JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Eduardo, ARBUET-VIGNALI Heber y PUCEIRO RIPOLL Roberto. *Derecho internacional público: principios, normas, estructuras, tomo II*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 43-76.

REY CARO Ernesto J. (2002) *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba.



# APLICACIÓN E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO, REGIONAL Y EN EL URUGUAY

## A APLICAÇÃO E A INFORMAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO NO ÂMBITO INTERAMERICANO, REGIONAL E NO URUGUAI

*Eduardo Tellechea Bergman\**

---

**Resumen:** *El actual incremento de las relaciones privadas internacionales consecuencia, entre otras variables, del desarrollo de los medios de comunicación internacional en sus distintas modalidades y de una paralela flexibilización de las fronteras nacionales, es determinante a nivel jurisdiccional del planteo de diversas cuestiones vinculadas a la aplicación e información del derecho extranjero, que el presente trabajo aborda en su regulación a nivel interamericano y regional, así como en el Derecho Internacional Privado uruguayo.*

**Resumo:** *O atual incremento das relações privadas internacionais consequência, entre outras variáveis, do desenvolvimento dos meios de comunicação internacional nas suas diferentes modalidades e de uma paralela flexibilização das fronteiras nacionais, é determinante a nível jurisdiccional a proposta de diversas questões vinculadas à aplicação e informação do direito estrangeiro, que o presente trabalho aborda na sua regulação a nível interamericano e regional, bem como no Direito Internacional Privado uruguaio.*

**Palabras clave:** Derecho extranjero, Aplicación, Interpretación, Información, Tratados de Montevideo, Código de Bustamante, Convenciones Interamericanas, Protocolo de Las Leñas, Código General del Proceso de Uruguay

**Palavras-chave:** Direito Estrangeiro, Aplicação, Interpretação, Informação, Tratados de Montevideú, Código de Bustamante, Convenções Interamericanas, Protocolo de Las Leñas, Código Geral de Processo do Uruguai

---

\* Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Internacional Privado y Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay.

## 1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de las relaciones privadas internacionales y el predominio de regulaciones convencionales y de fuente nacional que responden a una metodología conflictualista suscita un creciente número de situaciones jurídicas en las que el foro actuante se enfrenta a la necesidad de aplicar derecho extranjero. Cuestión de la que emergen interrogantes referidas a como dicho derecho deberá traerse a juicio, como deberá ser interpretado, la recurribilidad de los fallos dictados en tales casos y de qué modo los tribunales y otras autoridades de un Estado pueden informarse del derecho de los otros países.

## 2. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN LOS TRATADOS CLÁSICOS REGIONALES

Los Tratados de Montevideo y el Código de Bustamante acogieron tempranamente la denominada concepción moderna que, a diferencia de la postura tradicional<sup>1, 2</sup>, supone la aplicación de oficio del Derecho

---

1 La posición tradicional nace en los albores del Derecho Internacional Privado con la estatutaria italiana, que restringe el alcance del aforismo “iuria novit curia” a los estatutos de la ciudad a la que pertenece el magistrado actuante y sostiene que es a los litigantes a quienes corresponde alegar y acreditar el derecho extranjero. Concepción que adquiere expresión clásica a mediados del siglo XIX con Foelix y Story, que asimilan el derecho extranjero a los hechos, lo que apareja como consecuencias: a) tener que ser invocado y probado por las partes; b) ser renunciante; c) no poder ser alegado en segunda instancia; y d) que los errores cometidos en su aplicación no sean susceptibles de los recursos previstos contra los errores de derecho. Esta posición mantiene cierto predicamento hasta avanzado el siglo XX y autores como Battifol, señalan que la norma extranjera no posee fuera del país de origen imperatividad, por lo que no corresponde su aplicación de oficio, BATIFFOL H. (1959) *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. París: L. G. D. J., p. 381 y ss. En similar sentido, S. SATTA, afirma que quien se presenta ante un juez italiano indicando una norma extranjera como elemento constitutivo de su derecho, está obligado a ofrecer prueba de la existencia de esa norma, SATTA S. (1955) “Iuria novit curia”. *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, IX, p. 382.

Una importante innovación en la concepción del derecho extranjero como hecho es la “teoría del hecho notorio”, planteada por W. GOLDSCHMIDT que afirma que en tanto hecho notorio, el juez debe tener en cuenta la norma extranjera aún cuando las partes no la acrediten, GOLDSCHMIDT W. (1935) *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*. Barcelona: Bosch.

2 Otro criterio manejado en relación al derecho extranjero ha sido considerarlo como derecho propio. La “teoría del derecho propio” sostiene que al dotar la norma de conflicto de imperatividad al derecho foráneo lo integra al derecho nacional, pudiendo distinguirse en esta postura dos vertientes, la “teoría de la incorporación y la teoría de la recreación”. La “teoría de la incorporación” considera que el magistrado incorpora la solución dada por el derecho extranjero a la mención en blanco que hace la norma de conflicto a través del punto de conexión. La norma indicada por la conexión se incorpora al texto de la norma de conflicto del juez y en consecuencia éste la debe de aplicar como derecho propio. Entendemos que esta concepción resulta criticable cuanto supone la absorción por cada derecho nacional de la totalidad de los sistemas jurídicos, siendo una condición en definitiva contraria a la esencia del DIPr., basada en el reconocimiento recíproco por los Estados de sus ordenamientos jurídicos. Si la norma de conflicto da competencia para regular a una relación jurídica a un derecho extranjero, éste se debe aplicar como tal; ver al respecto, ALFONSÍN Q. (1955) *Teoría*

extranjero<sup>3</sup>. Concepción que reconoce en la región el precedente del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Gonzalo Ramírez, antecedente directo de las soluciones de los Tratados de Montevideo de 1889, cuyo artículo 94 dispone pioneramente: “La aplicación de las leyes de un país por los tribunales de otro, en los casos en que este tratado lo autorice es de riguroso precepto, aun cuando la parte interesada no haya producido prueba sobre la existencia de tales leyes”<sup>4</sup>. Posición que abreva en conceptos nuevos para la época plasmados por la jurisprudencia alemana de 1868 del Tribunal Superior de Comercio<sup>5</sup>, acogidos luego por la legislación de tal origen en la ZPO de 1877, párrafo 293<sup>6</sup>. L’Institut de Droit International en la Sesión de

---

*del Derecho Internacional Privado*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, p. 511 y ss.

La “teoría de la recreación” entiende que el juez al dictar sentencia en un caso internacional recrea el derecho extranjero aplicable, por lo que la norma foránea no actúa como tal, sino que da contenido a una norma del foro de igual sustancia a la de aquella. Al respecto ha dicho con razón YASSEEN M. K. (1962) “Problèmes relatifs à l’application du droit étranger”. *Recueil des Cours*, T. 106-II, p. 499-596, que esta posición no refleja el espíritu del legislador de la norma de conflicto, ni el del juez que aplica el derecho extranjero, pues la norma de conflicto tiene como cometido designar el derecho aplicable y no incorporarlo ni nacionalizarlo, ni dar origen en el foro a una norma con el contenido del derecho extranjero. En el mismo sentido, ZAJTAY I. (1958) *Contribution à l’étude de la condition de la loi étranger en Droit International Privé français*. París: Ed. Pedone.

3 La “teoría moderna” o “de la aplicación del Derecho extranjero como Derecho”, tiene origen en la escuela histórica alemana, Savigny, Puchta, etc, que al destacar la índole jurídica de la norma extranjera sienta las bases que propician su aplicación de oficio. En igual sentido, P. E. MANCINI, “De l’utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, MANCINI P. E. (1874) *Journal de Droit International Privé*. París, p. 231, al sostener que los Estados “no pueden rehusarse legítimamente a aplicar leyes extranjeras”. Esta concepción aparece como consecuencias: a) aplicación de oficio del Derecho extranjero, cualquiera que fuere la actitud procesal de las partes; b) las partes son meros colaboradores en la acreditación de la norma foránea, y si no lo hacen, el juez está obligado, igualmente, a aplicarlo cuando así correspondiere; c) irrenunciabilidad, las partes no pueden optar por no aplicar la norma extranjera cuando ésta es indicada para regular el caso; y d) recurribilidad, la no aplicación del Derecho Extranjero o su errónea interpretación da lugar a la interposición de todos los recursos previstos en el ordenamiento del foro en relación a la aplicación errónea del Derecho nacional material. Por un análisis detallado de las distintas posiciones acerca de la aplicación del Derecho extranjero y en especial de la “concepción moderna”, ver TELLECHEA BERGMAN E. (1980) *Tratamiento e Información del Derecho extranjero*. Montevideo: FCU.

4 RAMÍREZ G. (1888) *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario*. Buenos Aires: Félix Lajouane Editor, p. 8.

5 Sentencia de 1868 del Tribunal Superior de Comercio que proclama: “Cuando una relación de derecho esté sometida por su naturaleza al predominio de una ley extranjera, el juez debe aplicar el derecho extranjero en cuanto le sea conocido, pudiendo fundar ese conocimiento ya en su propia ciencia, ya en la prueba suficiente que a su juicio las partes hayan practicado”, citada por VICO C. (1935) *Curso de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, p. 231.

6 ZPO alemana, párrafo 293, “El derecho extranjero, el consuetudinario y el estatutario, solo necesitarán ser probados cuando el tribunal no los conozca. Para la determinación de los preceptos de esta clase, el tribunal no queda limitado a las pruebas que produzcan las partes, está facultado para servirse de otras fuentes de conocimiento y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de las mismas”.

Hamburgo de 1891 es coincidente con tales desarrollos y señala: “en el estado actual del derecho y las relaciones internacionales y en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, las pruebas de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes”<sup>7</sup>.

En consonancia con lo expuesto el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889, art. 2, solución luego repetida por el mismo artículo del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, acoge la aplicación de oficio (sin perjuicio que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada) y en posición congruente con la anterior, confiere contra las sentencias dictadas en error del derecho extranjero todos los recursos acordados por las leyes procesales del lugar del juicio para los casos resueltos de acuerdo a sus propias normas, arts. 3 de ambos Protocolos. Cabe señalar que si bien los Protocolos emplean la expresión “ley”, corresponde que la misma sea interpretada en el sentido de Derecho aplicable, incluyendo en consecuencia otras fuentes de Derecho, tales, la jurisprudencia y, en su caso, la costumbre, como señalara Q. Alfonsín<sup>8</sup>.

En cuanto al conocimiento del Derecho de un Estado por los tribunales de los otros, los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940, arts. 5 y 6 respectivamente, establecen la obligación para cada país de remitir a los demás dos ejemplares auténticos de sus leyes vigentes y de aquellas que posteriormente sancionen. Procedimiento que en la práctica se vió frustrado por la inexistencia en la época de órganos especializados encargados de la información del Derecho.

La otra codificación continental clásica sobre Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante de La Habana de 1928, también consagra la aplicación preceptiva de la norma extranjera, art. 408, así como el derecho de la parte que la invoque o disienta de ella a justificar su texto, vigencia y sentido, art. 409 y en materia de recurribilidad, dispone la procedencia del recurso de casación o “institución correspondiente”, ante casos de “infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto al derecho nacional”, art. 412. Para las hipótesis de ausencia o insuficiente información sobre el Derecho extranjero, el tribunal interviniente es autorizado a solicitar vía diplomática que el Estado de cuya legislación se trate informe sobre su texto, vigencia y sentido, art. 410; disposición que prefigura la concepción de que el Derecho extranjero debe aplicarse con el sentido que le otorga el ordenamiento al que pertenece, que posteriormente acogiera la Convención Interamericana sobre Normas Generales de

---

7 Conclusiones citadas por VICO, Op. cit., nota 5, p. 236.

8 Q. ALFONSÍN, Op. cit., nota 2, p. 493.

Derecho Internacional Privado de 1979, art. 2. A los efectos indicados los Estados se obligan a suministrarse información en el menor tiempo posible, la que deberá proceder de su Tribunal Superior o de sus Salas o Secciones, del Ministerio Público, o del Ministerio o Secretaría de Justicia, art. 411.

La doctrina latinoamericana más prestigiosa de la época fue coincidente con los desarrollos normativos del Derecho Internacional Privado regional. En Uruguay, con posterioridad a Gonzalo Ramírez, Rafael Gallinal afirmaba en sentido coincidente en 1916, “parece evidente que la ley extranjera no puede ser considerada como un hecho, sino que debe serlo como el derecho según el cual el juez debe decidir”<sup>9</sup>. Posición que en los años cincuenta desarrolla Q. Alfonsín con sólida argumentación<sup>10</sup>, constituyendo su pensamiento importante precedente considerado por la doctrina nacional en ocasión de analizar el tema con vistas a la CIDIP II<sup>11</sup>.

En la misma época, en Argentina, el pensamiento iusprivatista internacional de Goldschmidt hace escuela<sup>12</sup> y en las “Jornadas de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Belgrano”, en 1971, se concluye: “es deseable por ser justa, la aplicación de oficio de la ley extranjera competente”<sup>13</sup> y en Brasil, Haroldo Valladao señala, “la aplicación de ese derecho - por el extranjero - se hará como derecho en su totalidad”<sup>14</sup>. Posición compartida por los juristas venezolanos G. Parra Aranguren, J. Sánchez Covisa y Roberto Goldshmidt en su “Proyecto de Normas de Derecho Internacional Privado”<sup>15</sup>, así como por

---

9 GALLINAL R. (1916) *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil - De las pruebas. Comentarios a los arts. 327 a 349*. Montevideo: Barreiro y Ramos, p. 36.

10 “La investidura del juez lo obliga a administrar justicia con arreglo al derecho vigente en su propio Estado, si este derecho comprende normas de derecho internacional que señalen como aplicable un derecho privado extranjero, el juez está obligado a aplicarlo. Para cumplir con esta obligación, no es preciso que el juez conozca de antemano todo el derecho privado del mundo, basta con que de oficio pueda mover los medios oficiales que la ley o el Tratado ponen a su alcance ...”, ALFONSÍN, Op. cit., nota 2, pp. 539-540.

11 Así la posición sostenida en Cátedra y en los trabajos preparatorios a la CIDIP por el maestro OPERTTI y los relatos presentados por Uruguay a las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, relato de M. SOLARI (1978) “Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos”. *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional*. Montevideo: FCU, p. 53-61; y relato de TELLECHEA BERGMAN E., “Cuestiones procesales relativas a la aplicación de la ley extranjera”, p. 35-51.

12 W. GOLDSCHMIDT, Op. cit., nota 1, tal como se ha señalado, desarrolla en *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, la teoría del “uso jurídico”, que si bien concibe al Derecho extranjero como un hecho, al calificarlo de “notorio”, es decir, “hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico”, modifica sustancialmente el enfoque tradicional.

13 Citada por GOLDSCHMIDT W. (1974) *Derecho Internacional Privado*. 2a. ed. Buenos Aires: Depalma, p. 469.

14 VALLADAO H. (1980) *Direito Internacional Privado*. Río de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, p. 224.

15 Proyecto art. 57, “El derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los tribunales podrán dictar providencias encaminadas al mejor conocimiento del mismo”, *Separata del Boletín de la*



el colombiano Monroy Cabra<sup>16</sup>.

Tal, el estado del derecho convencional y de la doctrina de la región al abordarse el tratamiento de la materia por la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, CIDIP II<sup>17</sup>.

### 3. LAS SOLUCIONES ACTUALES

#### 3.1. Las Convenciones Interamericanas y la aplicación e información del derecho extranjero

La codificación de los principios generales de Derecho Internacional Privado iniciada a nivel regional, en lo que hace a textos efectivamente entrados en vigor, con el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889, alcanza su culminación con la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>18</sup> que en sus artículos 2 y 4 atiende específicamente lo atinente a la aplicación del derecho extranjero y la recurribilidad de las sentencias dictadas en tales casos. En tanto que todo lo referido a la información del derecho foráneo es regulado por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero, también aprobada por la CIDIP II.

##### 3.1.1. Aplicación del derecho extranjero

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado al disponer en el art. 2, “Los jueces y autoridades de los Estados estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable...”, si bien no utiliza la expresión “de oficio”, consideramos que

---

*Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, octubre – noviembre 1977, año XXXII, Caracas, p. 32.

16 MONROY CABRA M. G. (1972) *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá, p. 532.

17 Por un panorama detallado sobre el tratamiento del derecho extranjero en el Uruguay y en la región en la época de aprobación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ver TELLECHEA BERGMAN E. (1982) *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, p. 15-110.

18 Otras cuestiones asimismo vinculadas a la aplicación del Derecho indicado por la norma de conflicto reguladas por la Convención, son: institución desconocida, art. 3; orden público internacional, art. 5; fraude a la ley, art. 6; reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero de acuerdo a todas las leyes con las que tengan conexión al momento de su creación, art. 7; cuestión previa o incidental, art. 8; y aplicación armoniosa de las distintas leyes que puedan ser competentes para regular diferentes aspectos de una misma relación jurídica con miras a alcanzar la finalidad perseguida por cada una de dichas legislaciones, art. 9.



consagra su aplicación preceptiva en coincidencia con sus precedentes directos, los arts. 2 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940 y 408 del Código de Bustamante, así como el art. 3 del Proyecto de Convención Interamericana elaborado por el Comité Jurídico Interamericano el 24.1.1978 como documento preparatorio de la CIDIP II<sup>19</sup> y los criterios acordados por las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional celebradas en Montevideo en octubre de 1978 con finalidad de aunar posiciones con miras a la CIDIP II<sup>20</sup>. Alcance del art. 2 de la Convención, avalado tanto por el “Informe del Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión II de la Conferencia”, Dr. Mac Lean Ugarteche, Delegado de Perú<sup>21</sup>, como por el Presidente de dicha Comisión, Dr. Gonzalo Parra Aranguren, Delegado de Venezuela, que resaltara al respecto el consenso alcanzado “acerca del deber de juez de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero que resulte competente por mandato de la respectiva norma de Derecho Internacional Privado”<sup>22</sup>.

---

19 Art. 3, “La aplicación de las leyes de los Estados contratantes será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

20 Resolución de las 1ras. Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, Montevideo, octubre de 1972: “Visto: Que el temario de la CIDIP II incluye el tratamiento de un proyecto sobre “Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los Países Americanos”...

LAS PRIMERAS JORNADAS RIOPLATENSES DE DERECHO INTERNACIONAL RESUELVEN RECOMENDAR:

1) Se consagre en la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, como principio básico, la aplicación de oficio del derecho extranjero, ratificándose de tal manera las soluciones contempladas en el Código de Bustamante de 1928 y los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

2) Igualmente se acepte la facultad de las partes de colaborar con el Juez, ya sea en la forma de mera alegación del derecho foráneo, ya sea aportando información acerca del mismo.

3) Los jueces y autoridades administrativas puedan valerse de cuantos medios de averiguación del derecho extranjero consideren necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.

4) Sería indispensable que siguiéndose los lineamientos del Convenio sobre “Información en Materia Jurídica respecto del Derecho vigente y su Aplicación” adoptado por la II Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano Luso Americanos y Filipinas – ratificado entre otros por la República Argentina – los Estados Partes en la futura Convención de la O.E.A. centralicen la actividad de información sobre sus respectivos derechos en un órgano nacional especializado.

5) La información sobre el derecho vigente en cada país, especialmente la proporcionada por los órganos nacionales pertinentes, contenga, según el caso, las normas y sus fuentes, así como la jurisprudencia judicial y administrativa y doctrinas nacionales existentes.

6) Se promueva dentro del marco de la O.E.A., la creación de un Centro de Información sobre el derecho de los países de la región, a cuyos efectos cada Estado contratante se obligue a transmitir al mismo la información a que se refiere el apartado anterior, actual y futura.

7) Es conveniente que la futura Convención Interamericana, en forma expresa disponga que en la aplicación de la Ley extranjera debe estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicación espacial, temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece.

8) Hacer llegar a las autoridades pertinentes las presentes conclusiones.

21 El informe aclara que el Grupo de Trabajo consideró que la aplicación debía hacerse de oficio, *Documento CIDIP II/62*, p. 3.

22 PARRA ARANGUREN G. (1982) *Codificación del Derecho Internacional Privado en*

Interpretación del alcance del artículo confirmada por la pacífica aceptación de su tenor por Delegaciones de países que como Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela, sostuvieran firmemente en la Conferencia la aplicación de oficio del derecho foráneo.

En cuanto al alcance a otorgar a la expresión “derecho” utilizada por el art. 2, surge del “Informe del Relator de la Comisión II”, Prof. Opertti, que el término fue empleado en sentido amplio, comprensivo no sólo de las normas escritas sino de todas las fuentes jurídicas de un ordenamiento<sup>23</sup>, tal como propusiéramos al respecto en la “Recomendación 5” de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional; en igual sentido, Tatiana B. de Maekelt<sup>24</sup>.

Este deber de las autoridades respecto a la aplicación del derecho extranjero, no inhibe la facultad de las partes de “alegar y probar” la “existencia y contenido” del mismo. Actividad informativa que no corresponde interpretar como sinónimo de una potestad probatoria capaz de restringir los parámetros dentro de los cuales puede moverse el magistrado, que siempre será titular del poder - deber de identificar y aplicar el derecho llamado a regular la situación jurídicamente relevante llevada a su conocimiento.

En relación al mandato de aplicar la norma ajena “tal como lo harían - con el sentido y el alcance - los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable”<sup>25</sup>, debe tenerse presente en relación a países en los que su ordenamiento no consagra la obligatoriedad del precedente judicial, que los tribunales del Estado aplicador no deben conferir a las decisiones judiciales del ordenamiento de origen de la norma mayor autoridad que las que ellas tienen en dicho país<sup>26</sup>, por lo que corresponde concluir que el magistrado posee respecto al Derecho ajeno una libertad interpretativa no inferior a la de los tribunales del Estado al que dicha norma pertenezca. Al respecto, en un caso de aplicación por tribunales uruguayos de derecho chino, Opertti ha sostenido: “El juez uruguayo dispone de suyo, de por lo menos, igual libertad para fallar que el juez chino, pero en ningún caso menor a la de éste”<sup>27</sup>: Posición que compartimos y que enunciáramos hace ya años

---

*América*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, p. 420; Idem, *Documento CIDIP/II/62*, p. 4.

23 Informe del Relator, *Documento CIDIP/II/68*, p. 4.

24 MAEKELT Tatiana B. de (1984) *Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, pp. 154.

25 Mandato del que surge la importancia de proveer posibilidades ciertas de información a los aplicadores del Derecho extranjero. Como se verá, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero cumple con tal finalidad permitiendo la efectiva aplicación del art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

26 Conforme, entre otros, CIRYLLE D. (1965) *La loi étrangère devant le juge du fond*. París: Dalloz, p. 278.

27 Consulta emitida en el “caso Xiang - Cheng”, transporte marítimo entre Uruguay y la

en nuestra obra, “Tratamiento e información del Derecho extranjero”<sup>28</sup>, al señalar: “El magistrado al interpretar la norma ajena, si bien debe atenerse a las pautas proporcionadas por el derecho referido sin poder alterar la jurisprudencia existente, no es un copista, sino que realiza una actividad necesariamente valorativa ...”. “Esta necesidad de valorar la solución más adecuada se acentúa en el caso de que el sistema jurídico remitido esté fundado en un régimen de libertad jurisprudencial, donde de existir distintas soluciones respecto a una misma cuestión, la posibilidad de opción del foro será ciertamente aún mayor”, pues como dice Aguilar Navarro<sup>29</sup>, “el juzgador si bien debe afanarse por alcanzar una interpretación conforme con la que domina en el ordenamiento extranjero, ello no le priva de libertad de apreciación ...”.

### *3.1.1.1. Aplicación del derecho perteneciente a Estados con distintos sistemas jurídicos territoriales o personales*

En hipótesis en que la norma de conflicto señale para regular el caso un ordenamiento perteneciente a un país con diferentes sistemas jurídicos de base territorial, en consonancia con criterios generales ya enunciados en materia de aplicación del Derecho extranjero que imponen: “Los jueces y autoridades de los Estados Parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable”, Convención Interamericana de 1979 de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, art. 2<sup>30</sup>, consideramos que tal como preveía la Recomendación 7<sup>a</sup> de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado, debe estarse a lo dispuesto por el ordenamiento del país cuyo derecho resulte aplicable a la especie en consideración<sup>31</sup> y a falta de soluciones al respecto, a la legislación de la unidad territorial en que la conexión se realice. El Proyecto uruguayo de Ley General de DIPr., art. 2, “Aplicación del Derecho extranjero”, acoge esta posición<sup>32</sup>. Los actuales desarrollos convencionales de La Haya también buscan resolver estas situaciones en base a similar criterio, así, la Convención de 19 de octubre de 1996 Relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parentelar

---

República Popular China, Revista de Transporte y Seguros, N° 10, p. 109.

28 TELLECHEA BERGMAN E., Op. cit., nota3, p. 43.

29 AGUILAR NAVARRO M. (1955) *Derecho Internacional Privado, Tomo I, Parte General*. Madrid: Ed. E. I. S.A., p. 433.

30 Solución coincidente con la del Código General del Proceso de Uruguay, art. 525.3.

31 Ver nota 20.

32 Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, art. 2, numeral 2: “Cuando el derecho extranjero corresponde a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el derecho de ese Estado determina cual de ellas es aplicable. En su defecto debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya legislación se realiza el punto de conexión”.

y de Medidas de Protección de los Niños, aprobada por Uruguay por Ley 18.535 del 21.8.2009, art. 48 y el Protocolo sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias del 23.11.2007, art. 16, “Sistemas unificados de carácter territorial”, numeral 2.

Asimismo, en situaciones en las que la remisión refiera al derecho de un país en el que dos o más sistemas normativos se apliquen a diferentes categorías de personas, de acuerdo a principios ya expuestos, sostenemos que de existir en dicho Estado soluciones que permitan identificar cual de dichos sistemas es el aplicable, deberá estarse a tales soluciones y en su defecto deberá acudir al conjunto normativo con el cual el caso presente los vínculos más estrechos, tal lo resultante de la Convención de La Haya de 19.10.1996, art.49.

### *3.1.1.2. La jurisprudencia nacional y la aplicación del derecho extranjero*

Los tribunales uruguayos en distintos fallos, tal el “*caso Corrit*”<sup>33</sup>, han concretado en la práctica judicial el mandato de que la normativa extranjera debe aplicarse e investigarse de oficio, sin perjuicio de los aportes informativos de las partes. En el caso de referencia, el tribunal que dictó el fallo definitivo basó sus conclusiones sobre el derecho extranjero aplicable - chino, en la especie - en sus propias investigaciones, sin perjuicio de los informes de los litigantes.

Entre casos jurisprudenciales más recientes, cabe citar el del “*buque Uniforward*”, también vinculado a la aplicación de derecho chino, referido a un transporte marítimo entre Uruguay y China en el que el armador y transportista es demandado ante tribunales nacionales por incumplimiento de contrato y perjuicios derivados en relación a un embarque de noventa fardos de lana que llegan a destino con perjuicios por daños por mojadura. En la especie, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, integrado por los Dres. Julio Cesar Chalar,

---

<sup>33</sup> El *caso Corrit* supuso una controversia acerca del valor en el Derecho uruguayo de un convenio de sociedad familiar universal de bienes celebrado en Shangai en 1946. El acuerdo involucraba al esposo, un dinamarqués residente en China y su esposa, una rusa exiliada, que se habían casado en Shangai ante el cónsul dinamarqués en 1927. Tiempo después y en razón del cambio institucional operado en China el matrimonio se radica en Uruguay, tramitado su separación conyugal en los años sesenta. Se plantea entonces ante tribunales nacionales y en relación al reclamo de disolución de la sociedad de bienes pactada, la cuestión de su validez. La esposa afirmaba el valor de la misma apoyándose en el derecho Chino de la época de constitución de la sociedad, en tanto que el marido lo negaba fundándose en el derecho dinamarqués que consideraba era el aplicable en razón de lo establecido en capitulaciones sino - dinamarquesas del siglo XIX, posteriormente denunciadas por China. La justicia uruguaya finalmente falló pronunciándose por el valor de dicha sociedad familiar y aplicó el derecho chino. El caso se planteó ante el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. Turno a cargo del Dr. R. Addiego Bruno, y en segunda instancia conoció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, Ministros, Dres. Torello, Reyes Terra e Igorra. Por más información sobre este caso, ver *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, (4), 1975/1976.

Bernandette Minvielle y Selva Klett, en sentencia definitiva N° 171 del 15.9.1999 (redactora: Dra. Minvielle), falla considerando “aplicable la ley china de 7.11.92, en vigor desde el 1.7.93, tal como lo harían los tribunales de la República Popular de China” señalando al respecto, “Como enseña Batiffol, el magistrado actúa como un sociólogo, buscando no aquella solución que le pueda parecer justa, útil, sino por el contrario, tratando de establecer aquello que efectivamente es el derecho extranjero (Cfr: Droit International Privé, n° 325, p. 381-382), concluyendo: “En su mérito, en la materia objeto de agravio, corresponde la aplicación de los arts. 56 y 44 del CMCh (cuya traducción obra a fs. 98-98 vta., y 95 vta. respectivamente), en tanto por el primero se fija un piso en el monto de las reparaciones acorde – por otra parte – con el principio de reparación integral del daño y por el segundo, se prohíben cláusulas que vulneren tal regla”<sup>34</sup>.

### *3.1.1.3. El art. 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y el reenvío*

El mandato legislado por el artículo, referido a la obligación de aplicar el Derecho extranjero según lo aplican los tribunales del país de origen, ha sido interpretado por alguna doctrina como una implícita consagración del reenvío<sup>35</sup>. Entendemos, por el contrario, que tal como surge del propio texto aprobado y de sus antecedentes, se dejó de lado la regulación del instituto, pues mientras que Delegaciones como las de Venezuela y Argentina propugnaban por incluirlo, otras, como las de Uruguay y Brasil se oponían al mismo, por lo que ante la disparidad de criterios se convino en no tratar el tema<sup>36</sup>. Razón por la que cabe concluir que existe un silencio convencional que no puede interpretarse ni como aceptación ni como rechazo, sino como no regulación del instituto, quedando la cuestión librada a lo que dispongan los respectivos ordenamientos nacionales. Al respecto consideramos que en nuestro DIPr. vigente únicamente puede tener recepción el reenvío, de manera acotada y excepcional, en el ámbito de la hipótesis del art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr.,

<sup>34</sup> *Revista Uruguaya de Transporte y Seguros*, (13), 2000, “Jurisprudencia anotada”, con consulta de D. OPERTTI “Aplicación del Derecho Extranjero y Reenvío en el Derecho Internacional Privado uruguayo”.

<sup>35</sup> PARRA ARANGUREN G. (1979) “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo, 1979)”. *Anuario Jurídico Interamericano*. Washington: OEA, p. 172, en relación al art. 2, dice: “por vía de consecuencia acepta el reenvío desde una perspectiva sociológica, es decir cuando se encuentre encapsulado en la solución fáctica extranjera que debe tratarse de reproducir”; en el mismo sentido, GOLDSCHMIDT W. (1979) “Normas Generales de la CIDIP II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano”. *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington: OEA, p. 151.

<sup>36</sup> Informe del Relator de la Comisión II de la CIDIP II, OPERTTI D. “Actas y Documentos” *Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr*, V.I. S/e, p. 290.

búsqueda de la equidad del caso concreto<sup>37</sup>. El Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, art. 12, “Reenvío”, excluye en principio su aplicación, permitiendo su uso sólo en casos concretos con objeto de corregir un resultado incompatible con la finalidad de la norma de conflicto que señala el derecho aplicable y precisa además, que en materia contractual no habrá reenvío.

#### 3.1.1.4. *Recurribilidad de los fallos dictados en error del derecho extranjero*

El art. 4 de la Convención sobre Normas Generales consagra la procedencia de todos los recursos previstos por la ley procesal del foro contra la errónea aplicación o interpretación del derecho local respecto a los casos en que corresponda la aplicación del derecho de las otras Partes. La norma, con antecedentes directos en los arts. 3 de los Protocolos a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940 y 4 del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sobre normas Generales del DIPr., constituye una solución que juzgamos correcta, cuanto que resultan rechazables los argumentos esgrimidos para negar la recurribilidad de los fallos dictados en los casos en que corresponda aplicar derecho extranjero<sup>38</sup>.

Respecto a la procedencia del recurso de casación, atento a la finalidad que persigue, uniformizar y asegurar la correcta aplicación del derecho, su interposición no puede quedar limitada al estrecho recinto del derecho interno y debe alcanzar a todas las normas jurídicas, inclusive las extranjeras aplicables por mandato de las normas de conflicto, que no sólo deben ser aplicadas, sino además deben serlo en forma correcta<sup>39</sup>. En posición concordante, G. Parra Aranguren, dice:

---

37 Ver en relación al tema, TELLECHEA BERGMAN E., Op. cit., nota 3, p. 47-49; también FRESNEDO DE AGUIRRE C. (2001) *Curso de Derecho Internacional Privado - Parte General*, T. I. Montevideo: F.C.U, p. 234-235.

38 Las razones invocadas para denegar la recurribilidad en estos casos varían desde aquellas fundadas en una superada concepción fáctica del Derecho foráneo, a posiciones que sostienen que en tanto el principio “iura novit curia” no es de recibo en relación al Derecho ajeno al foro, no corresponde corregir los errores que cometan los tribunales inferiores, SALOMÉ Y. (1938) *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation en matière de conflicts de lois*. París: Librairie du Recueil Sirey, p. 141-142; o que dadas las dificultades que plantea la información del Derecho extranjero y el descrédito que acarrearía a los tribunales superiores una decisión desacertada, no debe admitirse dicha recurribilidad, NIBOYET J. P. (1948) *Traité de Droit International Privé français*. París: Librairie du Recueil Sirey, p. 610-611. Posiciones en relación a las cuales decimos: respecto a la sostenida por Yvonne Salomé, que si bien es exacto - como ya se indicara - que el aplicador no está obligado a conocer de antemano el Derecho extranjero, tiene en cambio el deber de investigarlo e individualizarlo una vez planteado el caso y en la eventualidad que no lo aplique o lo haga incorrectamente, es lógico y necesario que la sentencia sea recurrible; y en relación al argumento de Niboyet, creemos que lo pertinente es dotar a los tribunales de los medios informativos adecuados para el cabal cumplimiento de sus cometidos y no proceder a la inversa, negando los recursos.

39 En coincidencia, D. OPERTTI, *Doc. CIDIP II/62*, p. 15.



“parece indiscutible que el precepto – por el art. 4 de la Convención de Normas Generales – no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Partes la admisibilidad del recurso de casación por infracción a la ley extranjera; y de acuerdo con sus propios términos equipara el derecho foráneo con las normas nacionales en los diversos aspectos relativos al funcionamiento del mencionado instituto; por tanto no sería aceptable que existirán regímenes distintos establecidos ad “libitum” en cada uno de los países vinculados por la Convención”<sup>40</sup>.

### 3.1.2. Información del derecho extranjero

En tanto la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. desarrolla principios recibidos por textos anteriores consagrando la obligatoriedad para jueces y otras autoridades de los Estados de aplicar el derecho de los otras Partes con el sentido que tienen en el de origen, resultaba necesaria una regulación que proveyera de medios idóneos de información jurídica. La Convención Interamericana sobre Prueba e información del Derecho Extranjero da respuesta a tal necesidad.

Respecto a la expresión “prueba”, término utilizado por la Convención en el título, acápite y en varios artículos, consideramos inconveniente su empleo, pues puede conducir al error que se interprete que el sistema interamericano se afilia a una concepción atributiva de índole fáctica al derecho extranjero, posición opuesta a aquella consagrada por el examinado art. 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales. En la medida que esta Convención, que regula la teoría general del DIPr., concibe a la normativa ajena al foro como derecho, no corresponde en puridad hablar de “prueba”, sino de “información”<sup>41</sup>. Textos convencionales de fecha posterior vigentes para nuestra República, han empleado correctamente el término “información”<sup>42</sup>.

El art. 2 de la Convención sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero precisa el alcance de los informes a proporcionar, señalando que los mismos pueden referir al “texto, sentido y alcance legal”. De lo que resulta que los datos no sólo pueden estar vinculados

---

40 PARRA ARANGUREN G., Op. cit., nota 35, p. 177.

41 En el mismo sentido, G. PARRA ARANGUREN, “El término prueba del derecho extranjero no es correcto, ya que se presta a confusiones porque alguien puede entender que el derecho extranjero es un elemento de hecho del proceso ... solución contraria a la aceptada por esta misma Conferencia en la Convención de Normas Generales”, *Doc. CIDIP II/82*, p. 4.

42 Convenio bilateral sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero concluido con Argentina, aprobado por Decreto-ley 15.109 del 17.3.1981; Convenio de Cooperación Judicial uruguayo – brasileño del 9.2.1996, art. 24; Protocolo del Mercosur sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92 y Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulo VII, “Información del Derecho Extranjero”, arts. 28 a 30 de ambos textos.

al contenido de la norma, sino, además, a su aplicación en el tiempo, interpretación y relación jerárquica dentro del ordenamiento al que pertenece. Solución coherente con el mandato de aplicar el derecho extranjero como sus tribunales lo hacen.

### 3.1.2.1. Medios de información

Además de la admisión de todos aquellos procedimientos previstos tanto por la legislación del Estado requirente como el requerido, el art. 3 realiza una enumeración, no taxativa, de medios considerados como especialmente adecuados a los fines perseguidos<sup>43</sup>, sin que ello suponga una jerarquización de los mismos:

a) *“prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales”*. Las copias de los textos legales constituyen un medio útil para conocer el contenido y vigencia de las normas, en tanto que los precedentes judiciales no sólo revisten especial significación para el conocimiento del derecho de países pertenecientes al common - law, sino que suponen un importante aporte para informar acerca de la interpretación y aplicación de la normativa de los Estados de derecho escrito. Estos medios siempre ha de resultar útil complementarlos por el previsto en el literal siguiente.

b) *“prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia”*, procedimiento ya contemplado por el Código de Bustamante, art. 409, aun cuando en éste se reservara su empleo únicamente a las partes. La Convención Interamericana no contiene tal limitación y agrega como novedad, la posibilidad que el dictamen pueda ser hecho además de abogados, por “expertos”, a los que no se exige la calidad de abogados, autorización que adquiere sentido si se piensa en juristas radicados en un país distinto a aquel en el que se graduaron y que por alguna razón no hubieren revalidado su título y que precisamente por su calidad de titulados en el extranjero, puedan resultar expertos en el derecho aplicable<sup>44</sup>.

En tanto la pericia proporcionada por los litigantes puede originar sospechas de parcialidad, es conveniente extremar controles que acrediten la calidad y autenticidad de los informes aportados.

c) *“los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos”*. Se trata del procedimiento informativo en derredor del cual gira en gran medida la Convención, habiéndose transformado a nivel regional en el método más utilizado para informar con exactitud y objetividad acerca del derecho extranjero. Esta actividad a cargo del Estado exige

---

43 Tal lo expresado en la Conferencia al abordarse el tema, *Doc. CIDIP II/82*, p. 3.

44 Situación planteada por W. GOLDSCHMIDT al estudiarse el tema en la CIDIP II, *Documento CIDIP II/82*, p. 3.



la puesta en funcionamiento de organismos capaces de llevarla a cabo, las Autoridades Centrales<sup>45</sup>, dotándolas de personal técnico capacitado para el correcto cumplimiento de estos cometidos.

### *3.1.2.2. Autoridades legitimadas para solicitar la información*

El art. 4, última parte, extiende a todas las autoridades la posibilidad de acceder a los medios informativos previstos en los literales a y b del art. 3, pero de acuerdo a su párrafo primero, reserva el procedimiento indicado por el apartado c del art. 3, a las solicitudes provenientes de autoridades jurisdiccionales. Al respecto debe entenderse por tales no sólo las pertenecientes al Poder Judicial de un país sino todas aquellas que integren o no dicho Poder desarrollen actividad jurisdiccional, requisito que implica imprescindible independencia del órgano actuante y potestad para resolver con autoridad de cosa juzgada el litigio sometido a su conocimiento. El art. 4, párrafo segundo, admite que los Estados puedan extender a otras autoridades la posibilidad de acceder a la vía oficial, beneficiándolas así con el modo de información jurídica hoy más utilizado.

### *3.1.2.3. El papel de las Autoridades Centrales en la información del derecho*

Las Autoridades Centrales en tanto organismos especializados a través de los cuales se presta la asistencia jurídica internacional, constituyen el centro de la información jurídica vía oficial, previendo la Convención a tales efectos que cada Estado designe su Autoridad Central, art. 9.

En Uruguay la Autoridad Central, creada en cumplimiento de diversos compromisos internacionales asumidos por la República que prevén su funcionamiento, está organizada por el Decreto 95/96 del 12.3.1996, que sustituyó al Decreto 407/85, y tiene a cargo entre sus cometidos, art. 4.a, “responder por sí o cometiendo la respuesta, las consultas provenientes de órganos competentes del exterior, acerca del Derecho interno e Internacional Privado de la República, así como aquellas provenientes de órganos públicos nacionales referidas al contenido y vigencia del Derecho Internacional Privado del país o de un Derecho extranjero”.

Las comunicaciones cursadas a las Autoridades Centrales solicitando información jurídica, no requieren de legalización, Convención, art. 7.

---

<sup>45</sup> Ver numeral 3.1.2.3, “El papel de las Autoridades Centrales en la información del derecho”.

#### 3.1.2.4. Contenido de las solicitudes de información

El pedido debe emanar de órgano jurisdiccional del país requirente o de otras autoridades, si los Estados así lo hubieren autorizado, de lo que surge que la Convención no legitima a los particulares para recurrir directamente a esta vía<sup>46</sup> y debe ajustarse a determinados requisitos, art. 5, indicando:

a) *“autoridad de la que provienen y naturaleza del asunto”*. La identificación de la autoridad requirente resulta imprescindible a efectos de asegurar que la solicitud emane de órgano legitimado para solicitarla, en principio, órgano jurisdiccional. En cuanto a la determinación de la *“naturaleza del asunto”*, la calificación que hace el solicitante tiene valor meramente informativo, pues la Autoridad Central requerida debe informar sobre su derecho aplicable al caso concreto según lo harían sus jueces, tal como impone el mandato del art. 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales.

b) *“indicación precisa de los elementos probatorios que se solicitan”*. La exigencia permite asegurar una información exacta, capaz de satisfacer las posibles dudas del tribunal rogante acerca del derecho foráneo que debe aplicar - texto, vigencia y jurisprudencia - a la vez que evita al Estado informante una engorrosa y superflua labor de pesquisa de datos eventualmente ya conocidos por el peticionante.

c) *“determinación de cada uno de los puntos a que se refiere la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de los hechos pertinentes para su debido comprensión”*. La condición tiene por finalidad dotar a la Autoridad Central requerida de medios imprescindibles para un adecuado conocimiento de la situación concreta sobre la cual deberá informar la normativa aplicable.

El art. 5 en su parte final exige a fin de asegurar la debida comprensión de la solicitud, que en casos en los que el idioma del Estado requirente sea diferente al del requerido, el pedido sea acompañado de una traducción al idioma del país que debe proporcionar el informe. La respuesta, en cambio, bastará que esté redactada en la lengua del Estado informante.

#### 3.1.2.5. Diligenciamiento de las solicitudes

La Autoridad Central del Estado rogado proporcionará la información solicitada ya de manera directa, ya transmitiendo la consulta a *“otros órganos del mismo Estado”*, art. 6, párrafo primero, de lo que resulta que la Convención no preve que las Autoridades Centrales

---

<sup>46</sup> Ello no impide que los particulares puedan requerir en un proceso judicial que el tribunal actuante sea quien solicite información sobre derecho extranjero a través del sistema de Autoridades Centrales.

puedan acudir a efectos de obtener información jurídica a instituciones ajenas al Estado al que pertenecen. La contestación deberá efectuarse a través de la Autoridad Central rogada, por lo que de recurrir ésta a otros órganos para evacuar la consulta, éstos necesariamente deberán remitir su informe a su Autoridad Central para que sea ésta quien la haga llegar a la Autoridad Central o tribunal extranjero requirente.

El Estado requerido “*deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible*”, art. 5, párrafo segundo, por lo que la Autoridad Central deberá proporcionar una respuesta detallada, que asegure la efectiva aplicación por las autoridades de un país del derecho del otro, tal como lo harían los jueces de dicho Estado.

### *3.1.2.6. Excepciones a la obligatoriedad de respuesta*

La obligación de responder reconoce como límite los casos en que la contestación afecte “los intereses”, “seguridad o soberanía” del país requerido, art. 10. La disposición supuso un cambio significativo respecto a la fórmula en principio manejada, que para lograr simulares propósitos acudía equivocadamente al concepto de orden público internacional, cuando en realidad esta excepción actúa en contra de la aplicación de un derecho extranjero que ofenda de manera grave y concreta principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro, pero no respeto al deber de informar acerca del derecho propio. Cabe señalar que en la práctica de la Autoridad Central uruguaya no se han registrado casos en que se hayan invocado excepciones para denegar información de la normativa nacional solicitada.

La Convención no establece plazos dentro de los cuales la Autoridad Central requerida deba responder; no obstante el deber de cumplir de buena fe con la obligación de informar, impone hacerlo en el plazo más breve posible.

### *3.1.2.7. Efectos de la respuesta*

La contestación carece de obligatoriedad tanto para el Estado emisor, cuanto para el que la recibe, art. 6, párrafos 2 y 3. La previsión referida a que la respuesta no obliga al Estado emisor a aplicar su Derecho de acuerdo a lo informado, clásica en la materia<sup>47</sup>, evita graves inconvenientes que para el sistema judicial de un país devendrían de dictámenes jurídicos emanados de órganos administrativos que

---

<sup>47</sup> Ya recibida por la Convención de Londres de 1968 sobre Información del Derecho Extranjero y reafirmada a nivel del Mercosur por el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional, Decisión CMC 05/92 y el Acuerdo espejo entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, Capítulos VII, “Información del Derecho Extranjero”, arts. 30 de ambos textos.

podieren obligar a su jurisprudencia.

En cuanto al carácter no vinculante de la respuesta para el Estado que la recibe, ello no supone mengua alguna al principio referido a que la aplicación y valoración del Derecho ajeno al foro debe hacerse de acuerdo al ordenamiento de origen, sino que tiene por finalidad asegura la libertad valorativa del tribunal requirente de la información, que podrá dejar de lado aquella obtenida vía oficial cuando de acuerdo a su propia investigación o al aporte de los litigantes considere que el verdadero contenido o interpretación de la norma ajena no se ajusta al que se le ha informado.

### **3.2. Otros convenios multilaterales con disposiciones atinentes a la aplicación e información del derecho extranjero**

#### **3.2.1. Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, “Información del Derecho Extranjero”, arts. 28 a 30**

En tanto tema atinente al ámbito de la cooperación jurisdiccional internacional, el Protocolo atiende lo referido a la información del derecho de un Estado Parte a los otros adjudicando dicho cometido a las Autoridades Centrales, art. 28, aun cuando también prevé que tales datos puedan brindarse a través de las autoridades diplomáticas o consulares del Estado cuyo derecho es informado, art. 29. La no obligatoriedad de la información tanto para el país que la brinda, cuanto para el que la recibe, art. 30, responde a parámetros similares a los establecidos en el ámbito interamericano.

Dado que los Estados Parte del Mercosur son a su vez Parte de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero<sup>48</sup>, además de la información vía oficial prevista por el Protocolo, siempre podrá acreditarse el derecho de los demás países por cualquiera de los demás procedimientos previstos por la Convención, hoy el texto en la región más aplicado en la materia.

El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, reproduce las soluciones consagradas por el Protocolo del Mercosur.

#### **3.2.2. Convenios en materia de minoridad y familia**

---

<sup>48</sup> Los Estados Partes del Mercosur, como se ha visto, son también Estados Parte de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que en los arts. 2 y 4 regula el tema de la aplicación del Derecho extranjero.

Distintos acuerdos referidos a la protección internacional de los niños y a las relaciones de familia contienen regulaciones específicas sobre información del Derecho.

En materia de restitución internacional de menores ilícitamente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual, la Convención de La Haya del 25.10.1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, art. 7.e y la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 9.1.c, contemplan que las solicitudes de restitución informen acerca del derecho en que se funda el pedido.

En lo relativo a la prestación internacional de alimentos, la Convención de Naciones Unidas de Nueva York del 20.6.1956 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero, art. 3, “Solicitud a la autoridad remitente”, numeral 2, exige que cada Estado Parte informe a la Secretaría General acerca de los elementos de prueba normalmente requeridos por su legislación para fundar la demanda, el modo como deben ser presentados y cualquier otro requisito que de acuerdo a su derecho deba ser satisfecho. En igual sentido la Convención de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia del 23.11.2007, en el art. 57, numeral 1.a, “Información relativa a leyes, procedimientos y servicios”, dispone que los Estados al momento del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión proporcionen a la Oficina Permanente de la Conferencia una descripción de su legislación y de los procedimientos aplicables en materia de alimentos.

### **3.3. El Código General del Proceso de Uruguay y el Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado**

El Código, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo I, “Principios Generales, consagra la aplicación de oficio del derecho extranjero y su interpretación tal como lo harían los tribunales a cuyo ordenamiento pertenezca la norma, así como la recurribilidad de las decisiones dictadas en tales casos, art. 525, numerales 3 y 4. Regulaciones aplicables en defecto de tratado o convención, art. 524, que transitan la línea de los textos convencionales ratificados por la República en la materia.

El art. 525.3 al disponer además de la aplicación de oficio, que las partes puedan “acreditar la existencia, vigencia y contenido de la ley extranjera”, párrafo segundo, no sólo atiende la cuestión de la aplicación del derecho foráneo sino también lo referido a su información. Cuestión también abordada por el Código en el art. 143, “Prueba del derecho”, que más allá de lo criticable de su título al referir a “*prueba*”, consagra el criterio correcto al disponer: “El derecho a aplicar, sea nacional o

extranjero, *no requiere prueba* y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”. Solución amplia, que permite al juez un adecuado margen para informarse del contenido de la norma foránea y cumplir de este modo con el deber de aplicarlo tal como lo harían los tribunales de origen.

El numeral 4 del art. 525 agrega que todos los recursos previstos por la legislación nacional deben ser admitidos en los casos en que proceda la aplicación de un derecho ajeno al foro. Recurribilidad que abarca, como se señalara, la procedencia del recurso de casación, cuanto que las razones que fundan el mismo, art. 270 del C.G.P., “infracción o errónea aplicación de la norma de derecho”, también se dan cuando no se aplica o se aplica incorrectamente el derecho extranjero señalado por la norma de conflicto para regular el caso.

De manera coincidente el Proyecto uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado, Título I, “Normas Generales”, art. 2, “Aplicación del derecho extranjero”, numeral 1, acoge los principios básicos en el tema y dispone que éste debe ser aplicado de oficio e interpretarse tal como harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva, agregando que si el derecho extranjero corresponde a un Estado cuyo ordenamiento se compone de varias legislaciones, “el derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable” y en su defecto, “debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión”. Y en materia de recurribilidad, el art. 4, “Admisión de recursos procesales”, dispone de manera amplia que “Cuando corresponda aplicar derecho extranjero, se admitirán todos los recursos previstos por la ley nacional”. En tanto que en relación al “Conocimiento del derecho extranjero”, el art. 3 prevé: “El texto, la vigencia, la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio por las autoridades competentes, sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en el caso”, agregando en el numeral 2 que a tales efectos, “se puede recurrir a todos los medios idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable”. La información jurídica deberá ser interpretada por los tribunales y demás autoridades en la forma cómo lo harían los tribunales del país de origen de la norma, art. 3, numeral 3.

Cabe agregar que en la investigación del derecho foráneo los tribunales uruguayos actuantes podrán recurrir siempre, aún en casos de inexistencia de tratados vigentes en la materia con el país de origen de la norma, a solicitar información a la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, Decreto 95/96 del 12.3.1996, art. 4.a. La Autoridad Central requerirá directamente la información a su similar del Estado cuyo Derecho resulte aplicable si existiere tratado vigente que prevea esta posibilidad y en caso contrario, la información



será solicitada a través del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República, el que oportunamente hará llegar a la Autoridad Central el informe recibido del exterior.

Tal, el panorama acerca de la aplicación y tratamiento del derecho extranjero a nivel interamericano, regional y en el DIPr. uruguayo.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AGUILAR NAVARRO Mariano (1955) *Derecho Internacional Privado, T.I - Parte General*. Madrid:E.I.S.A.
- ALFONSÍN Quintín (1955) *Teoría del Derecho Privado Internacional*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.
- ARAUJO Nadia de (2006) *Direito Internacional Privado - Teoria e Prática Brasileira*. Río de Janeiro: Renovar.
- ARMINJON Pierre (1928) “L’Objet et le méthode du Droit International Privé”. *Recueil des Cours*. T. 21- I, p. 429-512.
- AUDIT Bernard (2010) *Droit International Privé*. 6ta. ed. París: Económica.
- BATIFFOL Henri (1959) *Traité Élémentaire de Droit International Privé*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BATIFFOL Henri (1976) “Conflits de lois dans l’espace et conflits de lois dans le temps”. En *Choix D’Articles Rassemblés par ses Amis*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- BUSTAMANTE Y SIRVÉN Antonio Sánchez de (1929) *El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Interamericana*. La Habana: Imp. Avisador Comercial.
- CALVO CÁRAVACA Alfonso Luis (1987) “Problemas de Aplicación de las Normas Derecho Internacional Privado”. En PÉREZ VERA Elisa (coord.) *Derecho Internacional Privado*. Madrid: UNED, p. 137 -160.
- CAPELLETTI Mauro (1968) *El valor de las sentencias y de las normas extranjeras en el proceso civil*. Buenos Aires. EJEA.
- CIRYILLE David (1965) *La loi étrangere devant le juge du fond*. París: Dalloz.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS Sara (1994) *Reformas al Código Civil. Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.
- FERNÁNDEZ ROSAS José Carlos y SÁNCHEZ Lorenzo Sixto (2007) *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Thomson - Civitas.
- FOELIX Jean Jacques Gaspard (1866) *Traité du Droit International Privé ou du Conflit des Lois de Différentes Nations en Matière de Droit Privé*. 4ta. ed. París: Marescq.
- FRANCESKAKIS Phocion (1958) *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé*. París: Sirey.
- FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia (1997) “Aplicación del Derecho Extranjero: sentido y alcance del art. 525.3 CGP”. *Revista de Transporte*

y Seguros, (10), p. 116-124.

FRESNEDO DE AGUIRRE Cecilia (2001) *Curso de Derecho Internacional Privado, T. I, Parte General*. Montevideo: FCU.

GALLINAL Rafael (1916) *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil - De las Pruebas. Comentarios a los artículos 327 a 349*. Montevideo: Barreiro y Ramos.

GOLDSCHMIDT Werner (1935) *La consecuencia jurídica de la norma de derecho internacional privado*. Barcelona: Bosch.

GOLDSCHMIDT Werner (1979) "Normas Generales de la CIDIP – II. Hacia una teoría general del derecho internacional privado interamericano". En *Anuario Jurídico Interamericano, Vol. 1979*, p.141-155.

GOLDSCHMIDT Werner (1974) *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. 2da. Buenos Aires: Depalma.

MAEKELT Tatiana B. de (1984) *Normas Generales de Derecho Internacional Privado en América*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

MAEKELT Tatiana B. de (2005) "Aplicación del Derecho Extranjero". En MAEKELT Tatiana B. de, VILLAROEL Ivette Esis, RESENDE Carla (coord.) *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada, T. 1*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

MANCINI Pascual Estanislao (1874) "De la utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles". *Journal de Droit International Privé*, 1(1), p. 221-239, 285-304.

MAURY Jacques (1949) *Derecho Internacional Privado*. Puebla: José M. Cajica.

MAYER Pierre (1977) *Droit International Privé*. París: Editions Montchrestien.

MIAJA DE LA MUELA Adolfo (1976) *Derecho Internacional Privado, T.I, Introducción y Parte General*. Madrid: Ediciones ATLAS.

MONROY CABRA M. G. (1972) *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá

MORELLI Gaetano (1953) *Derecho Procesal Civil Internacional*. Buenos Aires: EJEA.

MOTULSKY Henri (1960) "L'office de juge et la loi étrangère". En MAURY J. (edit.) *Mélanges offerts a*. París: Dalloz-Sirey, p. 337-375.

NIBOYET Jean Paulin (1948) *Traité de Droit International Privé français*. París: Librairie du Recueil Sirey.

NUSSBAUM Arthur (1947) *Principios de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Depalma.



- OPERTTI BADÁN Didier (1980) "Informe del Relator de la Comisión II Referente al Tema Normas Generales de Derecho Internacional Privado". En SECRETARÍA JURÍDICA DE LOS ESTADOS AMERICANOS (edit.) *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*, Vol. I. Secretaría Jurídica de los Estados Americanos.
- OPERTTI BADÁN Didier (1997) "Ley Aplicable y Pautas Para la Aplicación de un Derecho Extranjero". *Revista de Transporte y Seguros*, (10), p.100-110.
- OPERTTI BADÁN Didier (2000) "Aplicación del Derecho Extranjero y Reenvío en el Derecho Internacional Privado Uruguayo". *Revista de Transporte y Seguros*, (13), p.169-174.
- PARRA ARANGUREN Gonzalo (1979) "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr. (Montevideo 1979)". *Anuario Jurídico interamericano*, Vol. 1979, p. 157-186.
- PARRA ARANGUREN Gonzalo (1982) *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- RAMÍREZ Gonzalo (1888) *Proyecto de Código de Derecho internacional Privado y su Comentario*. Buenos Aires: Félix Lajouane.
- RIGAUX Francois (1985) *Derecho Internacional Privado*. Parte General. Madrid: Civitas.
- RUIZ DÍAZ LABRANO Roberto (1992) *La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al derecho*. Asunción: Intercontinental Editora.
- SALOMÉ Yvonne (1938) *Le pouvoir de contrôle de la Cour de Cassation en matière de conflits de lois*. París: Librairie du Recueil Sirey.
- SATTA Salvatore (1955) "Iuria novit curia". *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, IX, p.380-401.
- SAVIGNY Carlos Federico De (1879) *Sistema de Derecho Romano Actual*, T. VI. Madrid: F. Góngora y Compañía.
- SOLARI BARRANDEGUY Marcelo (1978) "Prueba del derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos". En *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional*. Montevideo. FCU, p.53-61.
- SOTO Alfredo Mario (2001) *Derecho Internacional Privado. La Importación del Derecho Extranjero*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- TELLECHEA BERGMAN Eduardo (1978) "Cuestiones procesales relativas a la aplicación de la ley extranjera". En *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional*. Montevideo: FCU, p.33-51.
- TELLECHEA BERGMAN E. (1980) *Tratamiento e Información del Derecho extranjero*. Montevideo: FCU.
- TELLECHEA BERGMAN Eduardo (1982) *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*. Montevideo: Ediciones

Jurídicas Amalio Fernández.

TELLECHEA BERGMAN Eduardo (2010) *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley Uruguay

VALLADAO H. (1980) *Direito Internacional Privado*. Río de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos.

VICO Carlos (1935) *Curso de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina.

YASSEN Mustafá Kamil (1962) “Problèmes relatifs à l’application du droit étranger”. *Recueil des Cours*, T. 106 - II, p. 499-596.

ZAJTAY Imre (1958) *Contribution à l’étude de la condition de la loi étranger en Droit International Privé français*. París: Pedone.

# MERCOSUR AMBIENTAL. EL APORTE DEL LAUDO 1/2012 DEL TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN

## MERCOSUL AMBIENTAL. O APORTE DO LAUDO 1/2012 DO TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO

*Alberto Cesar Moreira\**

---

**Resumen:** El trabajo reflexiona acerca de la dimensión ambiental del MERCOSUR, identificando los desarrollos institucionales y normativos más significativos e intentando desentrañar algunas de las causas que dificultan su consolidación. En ese orden de ideas, destaca la escasa utilización que los Estados han hecho del sistema de solución de controversias de este esquema y pone de resalto el aporte del laudo 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión, ya que al resolver sobre su competencia en razón de la materia, reconoce y acompaña a las distintas dimensiones que el MERCOSUR ha ido desarrollado, entre ellas la ambiental.

**Resumo:** O trabalho traz reflexão sobre a dimensão ambiental do MERCOSUL identificando os desenvolvimentos institucionais e normativos mais significativos e buscando esmiuçar algumas das causas que dificultam sua consolidação. Nessa ordem de idéias, destaca-se a escassa utilização que os Estados tem feito de seu sistema de solução de controvérsias e coloca-se em evidência a contribuição do laudo 1/2012 do Tribunal Permanente de Revisão, o qual – ao fixar a competência em razão da matéria – reconhece e acompanha as distintas dimensões que se desenvolveram no MERCOSUL, entre elas a ambiental.

**Palabras clave:** Mercosur, Medio ambiente, Solución de controversias, Competencia material

**Palavras-chave:** Mercosul, Meio ambiente, Solução de controvérsias, Competência material

---

\* Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Director del Grupo de Estudio Medio Ambiente de la Sociedad Latinoamericana para el Derecho Internacional.

## 1. INTRODUCCIÓN – PROPUESTA DEL TRABAJO

La protección del ambiente es una problemática compleja y que atraviesa todas las áreas de gestión comunitaria. Así, puede considerarse como una cuestión transversal, dado que impacta en todas las políticas.

Aun aquellos esquemas de integración<sup>1</sup> cuyo objetivo primordial sea comercial deben tener en cuenta, inexorablemente, consideraciones ambientales, debido al mutuo impacto que puede producirse entre la liberalización del comercio y el cuidado del ambiente. Se entabla entre ambos objetivos una dialéctica que, a simple vista, se presenta como un problema de lógicas contrapuestas.

Sin embargo, la consolidación del paradigma del desarrollo sustentable, y con ello la idea de integrar los factores económicos, sociales y ambientales, refuerza la necesidad de atribuir competencias relativas a la conservación del ambiente, a la vez que plantea un desafío: lograr la complementación de estos factores, considerando tanto a las restricciones como a las oportunidades que pueden derivarse de medidas de protección.

El tratamiento de los problemas ambientales en los esquemas de integración pudo haberse originado en necesidades de tipo comercial, fundamentalmente, como respuesta a las distorsiones en materia de competitividad ocasionadas por las asimetrías normativas. No obstante ello, paulatinamente ha adquirido una razón de ser autónoma, construida a partir de una mayor consciencia ambiental y de la presión de la opinión pública<sup>2</sup>.

Si tomamos como ejemplo la experiencia europea, máximo exponente de integración regional, observamos que si bien en sus Tratados constitutivos no contaba con previsiones expresas, hoy el cuidado del ambiente es una política estructural, que informa todas las otras políticas, siendo una de las áreas que reciben mayor cofinanciación comunitaria<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Por razones epistemológicas adoptamos la terminología seguida por Negro: “La denominación “esquema de integración” se corresponde en forma más correcta con una descripción desde el punto de vista jurídico-institucional, mientras que la expresión “proceso de integración regional” aparece mejor justificada desde un enfoque histórico-político.” NEGRO Sandra (dir.) (2010) *Derecho de la Integración Manual*. Buenos Aires: Editorial B de F, p. 33.

<sup>2</sup> En el ámbito comunitario europeo, para sectores como el medio ambiente, investigación y desarrollo, la técnica de integración seguida es la “funcionalista”, con delegación de competencias a favor de instituciones comunes, siguiendo el criterio de distribución de competencias (reservadas, delegadas y concurrentes) establecido en el derecho originario. *Ibid.*, p. 47.

<sup>3</sup> En los Tratados constitutivos de las Comunidades no existía referencia expresa a la protección ambiental. Esta temática se constitucionalizó a través del Acta Única Europea del 16 de febrero de 1986 que incorporó el Título VII relativo al medio ambiente. Posteriormente, el tratado de Maastricht (1992) jerarquizó la política ambiental elevándola a un lugar central dentro de los objetivos de la Unión. Finalmente, en el Título XX del Tratado de Lisboa se contemplan las políticas vinculadas al Medio Ambiente en los artículos 191 a 193. “Se incorpora entre otros objetivos de esta política, la “proyección externa” o sea, el fomento de medidas a escala

Por su parte, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) tiene una innegable dimensión ambiental, cuya piedra de toque se encuentra en el propio tratado fundacional<sup>4</sup>.

El presente trabajo propone una mirada retrospectiva que abarque los desarrollos institucionales y normativos más importantes del MERCOSUR en materia ambiental y exponga algunas de las principales razones que llevan al actual estado de situación.

En ese sentido, la intervención se detendrá en el sistema de solución de controversias del MERCOSUR para, finalmente, destacar lo que se estima un valioso aporte del laudo 1/2012 del Tribunal Permanente de Revisión<sup>5</sup>, ya que al resolver sobre su competencia en razón de la materia, reconoce y acompaña a las distintas dimensiones que este esquema ha ido desarrollado, entre ellas la ambiental.

## 2. EL MERCOSUR AMBIENTAL. UNA DIMENSIÓN EN CONSTRUCCIÓN

El MERCOSUR, si bien concebido como un acuerdo prioritariamente de tipo comercial, contempla desde su génesis una dimensión ambiental que lentamente, y no sin esfuerzos, continúa construyéndose.

El Tratado de Asunción en ninguno de sus artículos se refiere de manera expresa a la protección del medio ambiente, pero sí la menciona en el tercer párrafo del preámbulo:

“... ese objetivo debe ser alcanzado mediante el más eficaz aprovechamiento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de diferentes sectores de la economía, con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;”<sup>6</sup>.

---

internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular se menciona la lucha contra el cambio climático.” NEGRO Sandra (2012) “De Maastricht a Lisboa: Las innovaciones del nuevo Tratado en la Unión Europea”. En NEGRO Sandra (coord.) *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional. Homenaje a Susana Czar de Zalduendo*. Buenos Aires: La Ley, p. 465.

4 Tratado de Asunción firmado el 26 de marzo de 1991 por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, por el que se decide la creación de un mercado común.

5 Laudo dictado en el asunto “Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los Órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la incorporación de la República Bolivariana de Venezuela como Miembro Pleno”.

6 Sobre el valor preambular véase DRNAS de CLEMENT Zlata, La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR, ponencia presentada en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, AADI, Córdoba, 2009, p. 8.

Una correcta interpretación de la parte preambular transcrita, nos lleva a concluir que la protección del ambiente informa todo el proceso y es un camino que debe recorrerse para alcanzar los objetivos comerciales del Tratado. El MERCOSUR es un proceso multidimensional, en donde la preocupación por el ambiente debe penetrar como un vector transversal en todos los foros de este espacio integrado.

## **2.1. Desarrollos institucionales y normativos**

La consolidación institucional en la materia se produjo con la creación del Subgrupo de Trabajo 6 – medio ambiente (SGT6)<sup>7</sup>, órgano técnico encargado de proponer y formular estrategias y directrices que garanticen la protección del medio ambiente en los miembros del bloque, en un contexto de libre comercio y consolidación de la Unión Aduanera. Años más tarde se creó un órgano político dependiente del Consejo Mercado Común (CMC), la Reunión de Ministros de Medio Ambiente del MERCOSUR<sup>8</sup>, cuyo fin es coordinar las políticas ambientales y articular la cooperación.

En líneas generales, las agendas de trabajo de ambos órganos apuntan a cumplir el Plan de Implementación del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente, instrumento sobre el que nos referiremos más adelante, pero deben ser adecuadas constantemente para adaptarlas a los estadios por los que atraviesa el proceso, a las agendas ambientales internacionales y, más recientemente, a las respuestas ensayadas por los Estados frente a la crisis financiera internacional.

De todos modos, es cierto que:

“...el desarrollo de instituciones ambientales no necesariamente implica mayor poder de incidencia en los demás foros del MERCOSUR, particularmente los vinculados al sector productivo o comercial. Lo que interesa particularmente es si efectivamente hay correlación entre la aparición de instancias técnicas y políticas ambientales en el MERCOSUR y las respuestas normativas y aquí es donde aparecen los primeros reflejos de las incompatibilidades y se hace evidente la complejidad del vínculo”<sup>9</sup>.

Desde el punto de vista normativo, en el año 1994 se aprobaron las Directrices Básicas en Materia de Política Ambiental<sup>10</sup>, documento

---

7 Res. 20/95 del Grupo Mercado Común (GMC).

8 Dec. 19/03 del CMC.

9 Véase documento de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo de la Nación Argentina, con motivo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20, [online] disponible en: <<http://www.ambiente.gov.ar/>> [recuperado el 10/6/12].

10 Res. 10/94 del GMC.

que si bien no tiene carácter vinculante sirvió de base para posteriores desarrollos.

El instrumento jurídico de carácter general adoptado sobre la temática es el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR<sup>11</sup>, que se negoció sobre la base de un proyecto de Protocolo Adicional al Tratado de Asunción elaborado por el SGT6<sup>12</sup>. Se trata de una norma de carácter blando, que no fija obligaciones concretas, plazos, ni responsabilidades y que tiene como eje central la cooperación de la Estados en materia ambiental.

En el marco de dicho acuerdo, en el año 2004 se aprobó el Protocolo Adicional en Materia de Cooperación y Asistencia ante Emergencias Ambientales<sup>13</sup>, en virtud del cual los Estados Parte, a través de sus Puntos Focales, se prestarán cooperación recíproca y asistencia cuando se produzca una emergencia que tenga consecuencias efectivas o potenciales en el medio ambiente o en la población de su propio territorio o de otro Estado Parte.

En 2007 se adoptó la Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible<sup>14</sup>, cuyo objetivo es promover de manera coordinada iniciativas para mejorar el desempeño ambiental en los procesos productivos, y cooperar en la adopción de prácticas de producción y consumo sustentables buscando aumentar la competitividad y reducir los riesgos para la salud humana y el ambiente.

Finalmente, y sin pretender ser exhaustivos, cabe mencionar que se han aprobado documentos no vinculantes referidos a estrategias sobre biodiversidad, estrategias sobre lucha contra la desertificación, la degradación de la tierra y los efectos de la sequía, y un conjunto de directrices generales para la promoción de energías renovables y la eficiencia energética.

## 2.2. Un magro balance

Han transcurrido casi dos décadas desde la creación del SGT6 y a pesar del esforzado trabajo de este órgano técnico, el balance evidencia que, aun reconociendo la importancia de los desarrollos normativos e institucionales señalados y de algunos acuerdos de cooperación exitosos<sup>15</sup>, poco se ha podido avanzar en aquellas cuestiones identificadas

---

11 Dec. 02/01 del CMC.

12 LACIAR Mirta (2003) *Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. Los desafíos del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 89 y ss.

13 Dec. 14/04 del CMC.

14 Dec. 26/07 del CMC.

15 La primera experiencia de cooperación en materia ambiental en el ámbito del MERCOSUR fue el acuerdo: "Fomento de Gestión Ambiental y de Producción Más Limpia (Proyecto CyMA Competitividad y Medio Ambiente)", concluido entre el MERCOSUR y el gobierno alemán, a través de la *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit* (aprobado mediante Dec. 02/02 CMC), que finalizó en el año 2007. Tuvo como objetivo apoyar a las pequeñas y



como prioritarias (armonización de legislaciones, restricciones no arancelarias, *internalización* del costo ambiental, desarrollo de mecanismos de mercado, entre otras) y mucho menos en el diseño de una política ambiental común que prevea instrumentos regionales de gestión sustentable<sup>16</sup>.

En la misma línea, los Estados han utilizado muy poco el sistema de solución de controversias del esquema y en las escasas ocasiones en que los Tribunales arbitrales fueron llamados a resolver controversias vinculadas a la protección ambiental, con una sola excepción, los laudos dictados han desechado la llamada cláusula ambiental, confiriendo una incorrecta prioridad al principio de libre comercio<sup>17</sup>.

Así vemos que los órganos de este esquema de integración no han sido utilizados para dirimir la controversia de neta sustancia ambiental que mantuvieran la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, con motivo de la instalación de las plantas de pasta de celulosa en la ribera oriental del Río Uruguay.

Si bien excede el objeto y la extensión de este trabajo ahondar en las causas que conducen al estado de situación descripto, trataremos de identificar sólo aquellas que consideramos más relevantes.

En primer lugar, no sería justo atribuir la responsabilidad al SGT6, ya que con su esforzada tarea fue el impulsor de prácticamente todos los logros reseñados anteriormente.

El problema central radica en la *naturaleza* del MERCOSUR y su consecuente ausencia de supranacionalidad<sup>18</sup>.

---

medianas empresas para que mejoraran su competitividad, a través de una gestión ambiental adecuada y de métodos de producción más limpia y eficiente. Contribuyó a instalar la cuestión ambiental en el sector productivo del MERCOSUR y, con ello, a la formulación de la Política de Promoción y Cooperación en Producción y Consumo Sostenible en el MERCOSUR. En el marco de dicha Política y gracias a la intensa labor del SGT6, se está ejecutando un interesante acuerdo de cooperación técnica con la Unión Europea: "Apoyo a la Profundización del Proceso de Integración Económica y Desarrollo Sostenible del MERCOSUR (ECONORMAS MERCOSUR). Su objetivo general es mejorar la calidad y seguridad de los productos del MERCOSUR y fortalecer su capacidad de conciliar el crecimiento de la actividad económica y comercial con la gestión sostenible de los recursos y el fortalecimiento de la protección ambiental. Para ello trabaja en 4 líneas de acción integradas y complementarias. Véase Convenio N°DCI-ALA 2009/19707, [www.mercosur/int](http://www.mercosur/int).

16 En trabajos anteriores hemos puesto de manifiesto la necesidad de desarrollar una norma regional sobre evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica para el contexto transfronterizo, así como la creación de un Fondo MERCOSUR de implementación de planes y proyectos ambientales.

17 En particular, no se comparte la interpretación hermenéutica que realizó el TPR en su primer laudo (1/2005) en donde sostiene que la cláusula ambiental contemplada en el art. 50 del Tratado de Montevideo es una excepción al principio de libre comercio, tal como es considerada en el sistema comunitario europeo, en el andino y en el GATT/OMC. Críticas a los laudos del MERCOSUR pueden verse en: DREYZIN de KLOOR Adriana (2009) "La normativa sobre medio ambiente en el derecho del MERCOSUR y su aplicación en los laudos arbitrales". En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba: Editorial Lerner. y DRNAS de CLEMENT Zlata, Op. cit., nota 6.

18 Negro destaca las dificultades que presenta la definición de este término, así como la diferenciación entre los términos *supranacionalidad* y *supraestatalidad*. NEGRO Sandra, Op.



Constituido en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el MERCOSUR es:

“...una organización de carácter intergubernamental con vocación de integración, pero aún de carácter cooperativa, ya que los Estados Parte (EP) no han delegado en instituciones centrales ninguna de sus competencias soberanas, debiendo lograrse el acuerdo de todos los representantes de los Estados Parte para adoptar una disposición normativa en los órganos del sistema, dispositivos que en su mayor parte deben ser internalizados en el derecho interno de los países integrantes del sistema”<sup>19</sup>.

En otras palabras, ante la falta de delegación de competencias, el MERCOSUR se mantiene en el plano intergubernamental y al no producirse legislación supranacional no hay efecto directo ni primacía de las normas mercosureñas.

Otro de los inconvenientes, estrechamente relacionado con el anterior, es la falta de armonización de las legislaciones nacionales, asimetría normativa que en materia ambiental puede impactar en el comercio y en la competitividad. La ausencia de delegación de competencias legislativas y de supranacionalidad conspira contra la armonización normativa. Esto se torna aún más complejo debido al tipo de organización federal de la mayoría de los Estados Partes, ya que puede presentarse superposición de jurisdicciones (federal, provincial o estatal y local).

Finalmente, debemos señalar que el MERCOSUR no se ha propuesto desarrollar una política ambiental común<sup>20</sup>. Así vemos que el objeto plasmado en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente es la coordinación de las políticas nacionales<sup>21</sup>, lo que probablemente se deba, entre otras razones, al desigual desarrollo de industrialización de sus miembros y la necesidad de éstos de atraer inversiones extranjeras.

La mirada retrospectiva ensayada nos permite afirmar que el MERCOSUR aún no ha superado la lógica de considerar a las medidas de protección del ambiente como barreras al comercio, concepción que

---

cit., nota 1, p. 43 y ss. A los fines de esta intervención adoptamos el primero de ellos, ya que es el mayoritariamente utilizado para denominar a la autoridad que tienen las organizaciones internacionales para hacer que su derecho sea aplicable directamente a los nacionales de sus Estados miembros, sin requerir la adopción de medidas nacionales.

19 DRNAs de CLEMENT, Op. cit., nota 6, p. 2.

20 En sentido contrario, Ruiz Díaz Labrano hace referencia a una política mercosureña de preservación del medio ambiente, afirmación que, no obstante, no es desarrollada. RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (2011) “El Tratado de Asunción en sus veinte años: fuente para la reforma institucional y la creación de órganos comunes, con especial referencia al Tribunal del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO Carlos y PIZZOLO Colagero (coords.) *La Administración de Justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR. Un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: Eudeba, 2011, p.107-108.

21 Cfr. Artículo 3.

la actual crisis financiera internacional probablemente tienda a agravar.

### **2.3. Necesidad de profundizar la dimensión ambiental**

A pesar de la desalentadora diagnosis que presentamos en los párrafos anteriores, insistimos en la necesidad de llenar de contenido a la dimensión ambiental del MERCOSUR. Y es que la integración regional no tiene un valor por sí misma; debe visualizarse como el camino para lograr un beneficio común de los países que lo emprenden, viendo en ellos a los destinatarios últimos, sus habitantes. El disfrute de un ambiente sano y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales es un derecho de las generaciones presentes y futuras.

Para las economías nacionales de los miembros del MERCOSUR el comercio exterior es muy importante y una alta proporción del mismo se basa en bienes primarios obtenidos de la naturaleza. Este proceso abarca un área geográfica privilegiada, con valiosos recursos naturales, muchos de ellos compartidos, por lo que el desarrollo de emprendimientos industriales, de infraestructura o cualquier intervención en el ambiente, pueden impactar de manera negativa en el territorio de otro u otros Estados<sup>22</sup>.

Así, la naturaleza de los problemas ambientales muchas veces exige un abordaje regional, y los esquemas de integración se presentan como uno de los caminos más idóneos para afrontar su tratamiento.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no es suficiente crear órganos técnicos y políticos con competencia en la materia y aprobar normas de protección. Para el logro de los objetivos es imprescindible también que los esquemas ofrezcan un sistema de solución de diferendos eficiente y adecuado y que los Estados – y eventualmente a los particulares – lo utilicen para obtener la interpretación del derecho y el cumplimiento del mismo.

Se ha dicho con acierto que las controversias surgidas en un espacio regional deben ser resueltas por su propio sistema de solución de controversias y que “la solución endógena puede garantizar mayor seguridad y coherencia al orden normativo específico”<sup>23</sup>.

---

22 Es preciso reconocer que al momento de realizar estas reflexiones se tiene presente la controversia mantenida entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay con motivo de la instalación de dos plantas de pasta de celulosa y la puesta en funcionamiento de una de ellas en la orilla oriental del Río Uruguay, que fuera resuelta por la Corte Internacional de Justicia el 20 de abril de 2010. Oficialmente denominado por la Corte “*The Pulp Mills on the River Uruguay*”, disponible en [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

23 SUÑE Natasha y VASCONCELOS Raphael Carvalho de (2013) “Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría Tribunal Permanente de Revisión*, 1(2), p. 216.

### 3. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL MERCOSUR Y LA CUESTIÓN AMBIENTAL

El MERCOSUR dispone de un sistema de solución de arbitraje-institucional que se rige por el Protocolo de Olivos (PO)<sup>24</sup>, integrado por los Tribunales Arbitrales Ad Hoc (TAH) y por el Tribunal Permanente de Revisión (TPR).

Son funciones de los TAH: a) conocer y resolver las controversias que se susciten entre los Estados Partes, a instancia de éstos o de los particulares, b) dictar medidas provisionales, c) emitir recursos de aclaratoria, d) resolver divergencias sobre el cumplimiento del laudo y e) pronunciarse sobre las medidas compensatorias adoptadas por el Estado Parte en la controversia beneficiado por el laudo.

Por su parte, son funciones del TPR: a) revisar los laudos emitidos por los TAH, a solicitud de cualquiera de las partes, b) emitir opiniones consultivas, que podrán ser solicitadas por todos los Estados Partes actuando conjuntamente, los órganos con capacidad decisoria del MERCOSUR, los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes y el Parlamento del MERCOSUR, c) actuar como única instancia en determinadas controversias; d) actuar en aquellos casos en que los Estados Partes activen el procedimiento establecido para las medidas excepcionales de urgencia<sup>25</sup>.

La coexistencia de los TAH y el TPR “refleja la naturaleza jurídica peculiar del sistema de solución de controversias del MERCOSUR, que ha mutado de un sistema arbitral del tipo ad hoc a uno mixto con tendencia a transformarse en uno del tipo institucionalizado”<sup>26</sup>. Esto se reafirma con la suscripción del Protocolo modificadorio del Protocolo de Olivos, en virtud del cual se transfieren funciones sobre solución de controversias de la Secretaría Administrativa del MERCOSUR a la Secretaría del Tribunal<sup>27</sup>.

Es importante recordar que el sistema sigue siendo provisorio, ya que según el artículo 53 del PO:

“Antes de finalizar el proceso de convergencia del arancel externo común,

---

24 Antes del Protocolo de Olivos se aplicaba el de Brasilia (PB) y antes de éste el Anexo III del Tratado de Asunción. Con la entrada en vigor del PO, el 1 de enero de 2004, se creó el TPR.

25 A pesar de su nombre, el TPR no es permanente, en el sentido que los árbitros residan en la sede del Tribunal, sino que deben estar disponibles de modo permanente para actuar ante una convocatoria concreta. Por otra parte, no es solo de revisión, dada la facultad de actuar en primera y única instancia y de emitir opiniones consultivas.

26 DELUCA Santiago (2011) “El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión”. En MOLINA DEL POZO Carlos y PÍZZOLO Colagero (coords.) *La Administración de Justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR. Un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: Eudeba, p. 88.

27 Cfr. Artículo 5 del Protocolo Modificadorio del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, firmado en Río de Janeiro, el 19 de enero de 2007 y aún no vigente por la falta de ratificación de Uruguay, Paraguay y Venezuela.

los Estados Partes efectuarán una revisión del actual sistema de solución de controversias, a fin de adoptar el Sistema Permanente de Solución de Controversias para el Mercado Común a que se refiere el numeral 3 del Anexo III del Tratado de Asunción”<sup>28</sup>.

Los Estados han utilizado muy poco el sistema de solución de diferendos del MERCOSUR, al menos en lo que se refiere al procedimiento arbitral, optando por resolver los diferendos mediante negociaciones en ámbitos sectoriales.

Las escasas oportunidades en que los Tribunales del MERCOSUR analizaron cuestiones ambientales, siempre estaban vinculadas a restricciones al comercio. Así, en el caso de los productos fitosanitarios<sup>29</sup> y en las controversias por la prohibición de importar neumáticos remoldeados<sup>30</sup>.

En todos los casos resueltos, a excepción de un laudo que fue revocado<sup>31</sup>, se rechazó la “cláusula ambiental”, sin considerar que no está incorporada como una excepción al principio de libre comercio, sino que “...es norma general de un proceso de integración que ha dispuesto incorporar la dimensión ambiental a los mecanismos del proceso, aún

---

28 Cabe señalar que mediante Dec. 28/10 el CMC aprobó el Acuerdo Político para la Consolidación del MERCOSUR y propuestas correspondientes, propuesto por el Parlamento del MERCOSUR el 28 de abril de 2009. El punto b) determina que se avance en la creación de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR. En diciembre 2010 el Parlamento del MERCOSUR aprobó el proyecto de norma MERCOSUR/PM/PN 02/2010 que contiene el Protocolo Constitutivo de la Corte de Justicia del MERCOSUR. No obstante la importancia de la iniciativa señalada, el autor de este trabajo considera que aún no se evidencia la voluntad política de los Estados de dar el salto cualitativo que significa reestructurar todo el sistema de solución de controversias y, en ese sentido, es un dato a tener en cuenta que la propuesta no haya nacido del CMC, órgano natural para impulsar modificaciones de esa naturaleza. Para una reseña histórica y prospectiva del sistema de solución de controversias en el MERCOSUR se recomienda RUIZ DIAZ LABRANO Roberto, Op. cit., nota 20, p. 118 y sgtes.

29 Laudo del TAH constituido para entender en la controversia presentada por la Argentina y al Brasil sobre obstáculos al ingreso de productos fitosanitarios argentinos en el mercado brasileño.

30 Laudo del TAH constituido para entender en la controversia presentada por el Uruguay y al Brasil sobre prohibición de importación de neumáticos remoldeados procedentes de Uruguay; laudo del TAH constituido para entender en la controversia presentada por el Uruguay a la Argentina sobre Prohibición de importación de neumáticos remoldeados (revocado por el Laudo del TPR); laudo 1/2005 del TPR constituido para entender en el Recurso de Revisión presentado por el Uruguay contra el Laudo del TAH en la Controversia “Prohibición de Importación de Neumáticos Remoldeados Procedentes del Uruguay”; laudo 1/2006 complementario del TPR que resuelve el Recurso de Aclaratoria interpuesto por la Argentina en relación al laudo 1/2005; laudo 1/2007 del TPR constituido para entender en la solicitud de pronunciamiento sobre exceso en la aplicación de medidas compensatorias - Controversia entre Uruguay y Argentina sobre “Prohibición de importación de neumáticos Remoldeados procedentes del Uruguay” y laudo 1/2008 del TPR en el asunto N° 1/2008 “Divergencia sobre el cumplimiento del laudo N° 1/05, iniciada por la República Oriental del Uruguay (Art. 30 Protocolo de Olivos)”.

31 Laudo del Tribunal AD HOC del MERCOSUR constituido para entender en la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre “PROHIBICIÓN DE IMPORTACIÓN DE NEUMÁTICOS REMOLDEADOS”, revocado por el Laudo 1/2005 del TPR.

cuando hasta la fecha no se haya logrado de modo satisfactorio”<sup>32</sup>.

No obstante estos antecedentes, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR debiera ser, a pesar de sus limitaciones y de la necesidad de perfeccionamiento, el ámbito adecuado para dirimir los diferendos de contenido ambiental que pudieran surgir en este espacio regional.

Dreyzin de Klor sostiene con acierto que:

“La perspectiva del derecho vivo, dinámico, se alcanza cuando este pasa a la tierra, a través de la interpretación de las normas materialmente orientadas. De otro modo, podemos tener el mejor ordenamiento jurídico regional, pero este no evitará que reine el peor sistema ecológico asentado en acciones graves no sancionadas legítimamente”<sup>33</sup>.

La controversia por la instalación de las plantas de pasta de celulosa en el río Uruguay no llegó a conocimiento de los tribunales del MERCOSUR, más allá de una reclamación derivada de ella, originada en el corte de los puentes internacionales General San Martín y General Artigas realizado por los asambleístas<sup>34</sup>.

De ningún modo se pone en crisis la decisión argentina de llevar el asunto a la Corte Internacional de Justicia, toda vez que el Estatuto del Río Uruguay, cuya violación se comprobó, expresamente faculta a cualquiera de las partes a acudir al Tribunal de La Haya<sup>35</sup>.

Sin embargo, si sostenemos, como hemos hecho, la dimensión ambiental de este esquema de integración, debemos admitir que la instalación de una planta fabril de la magnitud de UPM (ex Botnia), sobre la ribera de un curso de agua internacional compartido por tres de los Estados que integran el bloque, y cuyos potenciales efectos negativos, en aguas con tendencia a la eutrofización, se acumulan a los impactos de emprendimientos preexistentes, no puede serle indiferente al MERCOSUR<sup>36</sup>.

32 DRNAS DE CLEMENT Zlata, Op. cit., nota 6.

33 DREYZIN de Klor Adriana, Op. cit. nota 17. Idéntico temperamento adopta Ciuro Caldani cuando expresa: “...El desenvolvimiento arbitral, en este caso del MERCOSUR y en materia ambiental posee, siempre, significados axiológicos y especialmente dikelógicos.(...) procuramos aportar al despliegue de la axiología referida (...) atendiendo en especial a la justicia del comercio internacional, más orientado al “Mercosur de los comerciantes”, y la protección ambiental, más dirigida a un Mercosur político general”. CIURO CALDANI Miguel (2009) *Un posible complemento al relato. Aportes para un régimen de justicia ambiental en el MERCOSUR, comunicación presentada en el XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional*, AADI.

34 “Impedimentos a la Libre Circulación derivado de los Cortes en Territorio Argentino de Vías de Acceso a los Puentes Internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas”, laudo del TAH del 21 de junio de 2006 y laudo del TPR N° 2/2006. [http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=5](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=375&site=1&channel=secretaria&seccion=5).

35 Cfr. Artículo 60 primer párrafo del Estatuto del Río Uruguay de 1975.

36 Lo dicho es en términos estrictamente ambientales y sin considerar la cuestión de las ventajas comparativas que en materia de competitividad pueden presentarse debido a los distintos estándares ambientales y regímenes de autorización. Coincidimos con Stahli

Ante la ausencia de precedentes y el comportamiento de los Estados, cabía preguntarse si los órganos del sistema de solución de controversias tienen competencia en razón de la materia (*ratione materiae*), cuando se cuestiona la interpretación, aplicación o incumplimiento de una norma de protección ambiental, sin necesidad de invocar una afectación al principio de libre comercio.

Indudablemente, la respuesta afirmativa a este interrogante pondrá de manifiesto una percepción multidimensional del esquema de integración, que reconoce la entidad de las diversas esferas que el mismo ha ido desarrollando.

Por el contrario, sostener que todo el sistema ha sido creado para resolver controversias exclusivamente de tipo comercial, virtualmente vaciaría de contenido las otras dimensiones del MERCOSUR.

Veamos entonces porqué el laudo 1/2012 del TPR constituye una importante contribución a la consolidación de la dimensión ambiental del MERCOSUR.

#### **4. EL APOORTE DEL LAUDO 1/2012 DEL TPR**

El día 21 de julio de 2012 el TPR dictó su laudo 1/2012 en el procedimiento excepcional de urgencia solicitado por la República del Paraguay.

El contenido político de la cuestión sometida a consideración, y su impacto en el funcionamiento institucional del MERCOSUR, de alguna manera eclipsaron ciertos aspectos valiosos de la decisión. Nos detendremos en el reconocimiento del carácter multidimensional del esquema y la vocación del sistema de solución de diferendos para resolver controversias más allá de lo comercial.

##### **4.1. Antecedentes**

En la Cumbre de Presidentes del MERCOSUR celebrada en la ciudad de Mendoza el día 29 de junio de 2012, los Presidentes de la República Argentina, la República Federativa de Brasil y la República Oriental del Uruguay decidieron suspender a la República del Paraguay en la participación de los órganos del MERCOSUR, por considerar que éste había violado el Protocolo de Ushuaia (PU)<sup>37</sup>.

---

cuando, refiriéndose a la controversia, sugiere: "...Sin embargo, es factible suponer otra forma de respuesta ante el conflicto y sus causas primarias. Un tratamiento desde el Derecho de la Integración probablemente ofrezca otro punto de vista inicial o, cuanto menos, un escenario más amplio en la elaboración de la solución". STAHLI Jorge (2008) *Integración: Prospectivas en Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XVII, AADI, Córdoba: Lerner Editora, p. 239. Sin embargo, durante el tiempo en que duró la controversia, la Argentina se esforzó por mantenerla en el plano bilateral evitando que se trasladada al ámbito regional.

<sup>37</sup> El 22 de junio de 2012 el Senado Paraguayo había destituido al entonces Presidente Fernando Lugo Méndez, mediante un procedimiento sumárisimo que fue considerado por



Ese mismo día, los tres Estados decidieron el ingreso de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR como miembro pleno, dando fin a varios años de bloqueo por parte del Parlamento Paraguayo<sup>38</sup>.

El día 9 de julio de 2012 Paraguay promovió una demanda ante el TPR, cuyo objeto era la aplicación de una medida excepcional de urgencia con base en el artículo 24 del PO, a fin de que se declaren inaplicables 1) la decisión que suspende a Paraguay de participar en los órganos del MERCOSUR y 2) la declaración que incorpora a la República Bolivariana de Venezuela como miembro pleno del MERCOSUR.

Como se ha dicho, el Tribunal se pronunció el día 21 de julio de 2012, y sin expedirse sobre las cuestiones de fondo, rechazó la demanda por considerar que no estaban presentes los requisitos para la admisibilidad del procedimiento excepcional de urgencia<sup>39</sup>.

#### 4.2. De la competencia *ratione materiae*

El aspecto del laudo que queremos resaltar a los fines de esta intervención se refiere a la competencia del Tribunal y de todo el sistema de solución de controversias, en razón de la materia.

Tal como surge del párrafo 7 del laudo, en su contestación conjunta los tres Estados demandados oponen como primera cuestión preliminar la incompetencia *ratione materiae* del TPR. Sostienen que la decisión adoptada en la Cumbre de Mendoza es de naturaleza eminentemente política, tomada en el marco del PU y por lo tanto si el Tribunal decidiera sobre la misma invadiría la esfera exclusiva de jurisdicción de los Estados.

En palabras del Tribunal, los demandados argumentan que “el sistema de solución de controversias del MERCOSUR fue creado para resolver conflictos comerciales<sup>40</sup>”.

El carácter reservado en que se mantienen ciertos documentos nos impide acceder a las presentaciones de las partes, hecho que resulta lamentable. Sería importante conocer si hay fundamentos que sustenten la excepción opuesta, ya la postura asumida por tres de los cuatro Estados que en ese momento revestían la condición de miembros

---

los tres Estados demandados por Paraguay como una ruptura del orden democrático y una violación del Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático, instrumento firmado en esa ciudad el 24 de julio de 1998 y que entró en vigor el 17 de enero de 2001.

38 De acuerdo con el artículo 12 del Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR, firmado el 4 de julio de 2006, el mismo entraría en vigencia el trigésimo día contado a partir de la fecha de depósito del quinto instrumento de ratificación.

39 A criterio de este autor, la vía excepcional elegida por Paraguay era ostensiblemente impropcedente y el TPR no tenía otra alternativa que rechazar la demanda. Sin perjuicio de ello, los términos expresados en el numeral 4 del decisorio pueden interpretarse como una invitación al demandante para que ocurra a través del procedimiento arbitral *ad hoc*.

40 Párrafo 30 a) del laudo 1/2012 del TPR.

plenos, parece quitarle contenido jurídico a las distintas dimensiones que el MERCOSUR ha ido desarrollando.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo primero del PO, podrán ser sometidas a los procedimientos establecidos en el mismo:

“...las controversias que surjan entre los Estados parte, sobre la interpretación, aplicación o incumplimiento del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción, de las Decisiones del Consejo Mercado Común, de las Resoluciones del Grupo Mercado Común y de las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur...”

Del texto transcrito no surge limitación alguna en razón de la materia, en tanto se trate de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las normas *mercosureñas*, tanto originarias como derivadas.

Este ha sido el temperamento adoptado por el TPR en el párrafo 36 del laudo al expresar:

“Ratione materiae, esta jurisdicción se conforma sobre controversias entre los Estados Partes referidas a la interpretación o incumplimiento de la normativa MERCOSUR. No hay, de forma implícita o explícita en el texto del PO, exclusión de jurisdicción con base a la materia objeto de la controversia”.

El párrafo 37 del pronunciamiento completa la idea:

“Desde esta óptica, no se puede hablar de “falta de vocación” del sistema para solucionar controversias mas allá de la esfera comercial. La legitimidad del sistema se fundamenta en la contribución a la estabilidad, en la medida en que avanza el proceso de integración, en sus diversas esferas. Esta legitimidad debe ser apreciada conforme al texto acordado en el PO por los Estados Parte, el cual no excluye a priori el análisis de cualquier tipo de controversia en el marco normativo del MERCOSUR”.

En otras palabras, la decisión bajo análisis reconoce las diversas dimensiones (esferas en los términos del Tribunal) que ha desarrollado el MERCOSUR y destaca que la legitimidad del proceso encuentra fundamento en la estabilidad que el esquema ofrezca a través del sistema de solución de controversias. En definitiva, confirma el contenido jurídico de estas dimensiones.

En esa inteligencia, a la par que se va desarrollando normativa mercosuereña en materia ambiental, es perfectamente posible que se presenten reclamaciones con fundamento en la misma sin necesidad de alegar una limitación o distorsión al comercio. La eventual



presentación de estos litigios probablemente nos enfrente a un nuevo problema, vinculado a la eficacia de las disposiciones a aplicar, dada la técnica legislativa que suele utilizarse en la elaboración de las normas ambientales (textura abierta, redacción programática e incompleta, escasa precisión de las obligaciones, utilización de verbos en tiempos condicionales, entre otras características). Sin duda será de fundamental importancia la labor del intérprete llamado a resolver, problemática que, en todo caso, excede el objeto de esta intervención<sup>41</sup>.

## 5. REFLEXIONES FINALES

La integración regional debe ser entendida como un proceso multidimensional, cuya razón de ser está en el logro del bien común de los Estados que la emprenden, teniendo siempre presente que los últimos destinatarios son sus ciudadanos. El disfrute de un ambiente sano y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales es un derecho de las generaciones presentes y futuras.

La preocupación por el cuidado del ambiente está presente tanto en el derecho originario como en el derivado del MERCOSUR. Sin embargo, el magro balance de lo logrado, permite concluir que este esquema aún no ha superado la lógica de considerar a las medidas de protección ambiental como barreras al comercio.

Reconocer la existencia de una dimensión ambiental en el MERCOSUR significa, a la par que desarrollar instituciones con competencia en la materia y normas de protección ambiental, reconocer la existencia de mecanismos que permitan su interpretación, aplicación y cumplimiento.

El sistema de solución de controversias del MERCOSUR, aun con sus limitaciones, debiera ser el ámbito adecuado para dirimir diferendos en materia ambiental. Y es que las mayores objeciones no radican tanto en el propio sistema, sino en la utilización que de él hagan los Estados y el desempeño de los árbitros encargados de resolver.

El laudo 1/2012 del TPR, en lo que se refiere a la competencia material de todo el sistema, constituye un aporte significativo al reconocer y acompañar la consolidación de todas las dimensiones que se están construyendo, entre ellas la ambiental.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. SECRETARÍA DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE DE LA NACIÓN. *Documento elaborado con motivo de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20.*

---

<sup>41</sup> Sin embargo, la técnica progresiva que se utiliza en este tipo de regulación permite suponer que los instrumentos se irán completando e integrando de modo de alcanzar mayor precisión y más alto grado de exigibilidad.

“Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20”. [online] disponible en: <<http://www.ambiente.gov.ar/>>, [acceso el 10/6/12].

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. INSTITUTO PARA LA INTEGRACION DE AMERICA LATINA (1992) *Instrumentos básicos de integración económica en América Latina y el Caribe*. 2da. ed. Buenos Aires: Intal. [online] disponible en: <[http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Publicaciones\\_INTAL/documentos/e\\_INTALPUB\\_396\\_1992.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Publicaciones_INTAL/documentos/e_INTALPUB_396_1992.pdf)>.

BARBOZA Julio (2008) *Derecho Internacional Público*. 2da. ed. Buenos Aires: Zavalía.

BARBOZA Julio (2011) *The Environment, Risk and Liability in International Law*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

CIURO CALDANI Miguel (2009) Un posible complemento al relato. Aportes para un régimen de justicia ambiental en el MERCOSUR. “XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, AADI”. 1 a 3 de octubre de 2009, Córdoba, Argentina.

CORIA Silvia (1997) *Integración, Desarrollo sustentable y medio ambiente*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

CORIA Silvia (2010) “Consideraciones sobre la temática ambiental” en BERTONI Liliana (coord.) *Las papeleras en cuestión. Un recorrido por el Derecho ambiental e internacional de La Haya al MERCOSUR*. Buenos Aires: Eudeba.

CRETELLA NETO José (2012) *Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente*. São Pablo: Saravia.

CZAR DE ZALDUENDO Susana (2008) “Panorama Actual del MERCOSUR: ¿Meseta o Pendiente abajo? En *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: La Ley.

DELUCA Santiago (2011) “El procedimiento ante el Tribunal Permanente de Revisión”. En MOLINA DEL POZO Carlos y PIZZOLO Calogero (coords.) *La Administración de Justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR. Un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: Eudeba.

DEVIA Leila (2000) “La Política Ambiental en el Marco del Tratado de Asunción”. En DIVIA Leila (coord.) *MERCOSUR y Medio Ambiente*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 27-34.

DREYZIN de KLOR Adriana (2009) “La normativa sobre medio ambiente en el derecho del MERCOSUR y su aplicación en los laudos arbitrales”. En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba: Editorial Lerner.

DREYZIN de KLOR Adriana y PEROTTI Alejandro (2011) *El Derecho originario del Mercosur*. Buenos Aires – Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

- DRNAS DE CLÉMENT Zlata (2009) *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*. “XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, AADI”. 1 a 3 de octubre de 2009, Córdoba, Argentina. [online] disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-clausula-ambiental-en-el-mercosur>>.
- KLEIN VIEIRA Luciana (2011) *Interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- LACIAR Mirta (2003) *Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable. Los desafíos del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- MAITO Miguel (2011) *Reformulación de las instituciones para la eficacia del Mercosur en la integración económica*. Buenos Aires: La Ley.
- MASTAGLIA Gabriela (2010) “Conflicto Bilateral entre Argentina y Uruguay por el caso de las plantas de pasta de celulosa: análisis de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril de 2010”. En BERTONI Liliana (coord.) *Las papeleras en cuestión. Un recorrido por el Derecho ambiental e internacional de La Haya al MERCOSUR*. Buenos Aires: Eudeba.
- NEGRO Sandra (2010) “Caracterización y clasificación de los esquemas de integración”. En NEGRO Sandra (dir.) *Derecho de la Integración. Manual*. Buenos Aires: Editorial B de F, p. 33-49.
- NEGRO Sandra (2012) “De Maastricht a Lisboa: Las innovaciones del nuevo Tratado en la Unión Europea”. En NEGRO Sandra (coord.) *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional. Homenaje a Susana Czar de Zalduendo*. Buenos Aires: La Ley, p. 441-469.
- PAREJO ALFONSO Luciano (1996) *Derecho medioambiental de la Unión Europea*. Madrid: Mc Graw-Hill.
- RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (2011) “El Tratado de Asunción en sus veinte años: fuente para la reforma institucional y la creación de órganos comunes, con especial referencia al Tribunal del MERCOSUR”. En MOLINA DEL POZO Carlos y PIZZOLO Colagero (coords.) *La Administración de Justicia en la Unión Europea y el MERCOSUR. Un análisis para su fortalecimiento*. Buenos Aires: Eudeba.
- STAHLÍ Jorge (2008) “Integración: Prospectivas”. En *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 17, AADI. Córdoba: Lerner Editora.
- SUÑÉ Natasha y CARVALHO DE VASCONCELOS Raphael (2013) “Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR”. *Revista del Tribunal Permanente de Revisión*, 1(2), p. 195-220.



# O MERCOSUL E A CRISE: A INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA DO SUL E O APARENTE PARADOXO EUROPEU

## EL MERCOSUR Y LA CRISIS: INTEGRACIÓN DE AMÉRICA DEL SUR Y LA APARENTE PARADOJA EUROPEA

*Alex Ian Psarski Cabral\**

*Cristiane Helena de Paula Lima Cabral\*\**

---

**Resumo:** *O presente trabalho tem o intuito analisar, sob o enfoque da integração econômica, os efeitos das crises americana e européias para o processo de integração na América do Sul e Latina, especialmente, o Mercosul. Inobstante a crise quem tem atravessado, o projeto europeu ainda pode considerado como paradigma significativo de integração. Por outro lado, o projeto da América do Sul core deste trabalho impõe que se analise a construção sulamericana, suas instituições e desafios para esse novo contexto mundial. Numa Era da Espionagem que ameaça pessoas e instituições públicas e privadas é preciso refletir-se sobre o impacto do individualismo Estatal e as possibilidades do incremento das relações de cooperação entre os povos.*

**Resumen:** *Este artículo tiene por objeto examinar, desde el punto de vista de la integración económica, los efectos de las crisis americana y europea para el proceso de integración en Sudamérica y América Latina, en especial el Mercosur. A pesar de la crisis por la que ha pasado, el proyecto europeo todavía puede considerarse paradigma de integración significativa. Por otro lado, el proyecto de América del Sur, objetivo de este trabajo, hace necesario el análisis de la integración Sudamericana, sus instituciones y los retos de este nuevo contexto mundial. En una era de espionaje que amenaza a personas y a instituciones públicas y privadas, es necesario reflexionar sobre el impacto del individualismo Estatal y las posibilidades de incremento de las relaciones de cooperación entre los pueblos.*

---

\* Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito do Estado. Professor universitário. Email: professor.alex@yahoo.com.br.

\*\* Doutoranda em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora universitária. Email: professoracristianelima@yahoo.com.br.

**Palavras-chave:** Mercosul, Integração, União Europeia, Crise, Saída

**Palabras clave:** Mercosur, Integración, Unión Europea, Crisis, Salida

---

## 1. INTRODUÇÃO

Diante de tantas mudanças globais – recentemente a crise nos EUA e na Europa, além da instabilidade no mundo Árabe - nunca foi tão necessário discutir o aprofundamento das relações de cooperação no projeto de integração dos Estados da América do Sul e América Latina.

A situação econômica dos vizinhos do Norte repete em muito a tragédia do ano de 2008 e a diferença é que, dessa vez, o enredo contempla um novo e relevante personagem: o Velho Mundo. Enquanto os Estados Unidos cogitam rever estratégias no seu sistema financeiro, a Europa amarga o seu próprio drama, arrastando consigo países como Portugal, Grécia, Espanha e até a Itália.

Esses episódios não devem ofuscar o rompante de democracia vivido nos últimos meses pelo Mundo Árabe. Inaugurados pela Tunísia e favorecidos pelas redes sociais da internet, os movimentos populares disseminaram-se por países como Egito, Líbia e Síria, exigindo respeito à liberdade e profundas reformas sociais contra a tendência repressora das teocracias absolutistas que há décadas perpetuam-se no poder.

Desde o século XIX, outros dois fenômenos proporcionaram profundas transformações nas relações internacionais, com repercussão direta sob a organização interna dos Estados. A globalização e a diminuição das fronteiras entre os Estados, e posteriormente, a abertura das economias, possibilitou a formação de compartimentos regionais de integração, os denominados blocos econômicos.

Há algum tempo, a tendência para o regionalismo acentuou-se, na sequência dos processos de descolonização, resultando na elaboração de projetos de integração política e econômica para os Estados. Grandes potências, especificamente europeias, foram as primeiras a despertar para a necessidade de se preparar para os desafios da regionalização, recorrendo ao aprofundamento dos laços de cooperação como tática defensiva<sup>1</sup>.

É aí que reside o grande paradoxo. Embora pioneira e visionária, a Europa integracionista não foi capaz de evitar a crise de 2011. Ao contrário, após a disseminação dos efeitos da crise, a União Europeia passou a conviver com a antiga sombra da desconfiança dos mais céticos em relação à chamada Zona Euro.

Como consequência, velhos questionamentos ressoaram impondo novos desafios à comunidade internacional. Até que ponto a Europa

---

1 Cfr. DINH Nguyen Quoc, DAILLIER Patrick Daillier, PELLET Alain (1999) *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

pode servir de paradigma para modelos integracionistas neonatos como o Mercosul? A integração, até então tida como um grande trunfo europeu, ainda pode ser considerada uma alternativa confiável para os Estados da América do Sul?

Antes de pormenorizarmos a questão da integração, esboçando suas conseqüências e aferindo suas potencialidades para o futuro, cumpre aqui registrar alguns conceitos relevantes a esse respeito.

## **2. O CONCEITO DE INTEGRAÇÃO: SUPRANACIONALIDADE E INTERGOVERNAMENTALIDADE**

Inicialmente, destacam-se dois conceitos distintos: integração e cooperação - enquanto a cooperação tem natureza econômico-social, o fenômeno da integração pressupõe índole político-econômica.

Na distinção de Balassa<sup>2</sup>, ao tempo em que a integração pressupõe um amplo entendimento entre os Estados, pretendendo-se a supressão completa de formas de discriminação entre os envolvidos, a cooperação tem objetivos menos ambiciosos, satisfazendo-se com a mera redução dessas diferenças em torno da consecução de objetivos específicos mais restritos.

A *integração* pressupõe etapas de um processo contínuo e global, tal como ocorreu na gênese das comunidades européias, sua construção e respectivos alargamentos, culminando na União Européia. Daí afirmar-se que o regionalismo internacional está relacionado, ao mesmo tempo, a conceitos políticos, econômicos e jurídicos.

Do ponto de vista jurídico, destaca-se uma função internacional geral que consistente em favorecer as instituições regionais e reforçar o “*corpus*” das normas regionais, evitando-se os mecanismos universais e a adoção de regras de alcance geral.

A integração política é decorrente de uma afinidade preexistente no campo econômico<sup>3</sup>, nomeadamente nas trocas comerciais entre os Estados<sup>4</sup>. Ou seja, embora a proposta da integração se construa pelo

---

2 “(...) enquanto a cooperação inclui uma ação tendente a diminuir a discriminação, o processo de integração econômica pressupõe medidas que conduzem à supressão de algumas formas de discriminação”. BALASSA Bela (1962) *The theory of economic integration*. Trad. Clássica editor. Londres: George Allen e Unwin.

3 “Do ponto de vista econômico a integração internacional é um instrumento - e não um fim - ao serviço de interesses econômicos nacionais dos países participantes. Aliás, sempre a análise é feita em relação aos efeitos produzidos sobre as economias nacionais por comparação com a situação anterior à integração. Integram-se as economias com vista a melhorar a eficiência da sua estrutura produtiva e comercial (...)” FERREIRA Graça Enes (1997) *A Teoria da integração econômica internacional e o modelo de integração do espaço econômico europeu*. Porto: Legis Editora.

4 Segundo Mendonça Pinto, “a integração monetária surge, de fato, como conseqüência lógica e inevitável do aprofundamento da integração nos domínios comercial, produtivo e financeiro, assim como também será um potente mecanismo de convergência das políticas econômicas e de aproximação dos comportamentos sociais nos vários Estados-membros, originando, a prazo,



viés econômico, a iniciativa econômica não é mais que um instrumento a favor da integração, orientado, nesse sentido, por decisões de caráter político-econômico.

Além disso, para a realização dos objetivos pretendidos pelos Estados participantes do processo, é imprescindível que haja também uma integração no âmbito normativo. O dogma da segurança jurídica impõe a criação de uma ordem jurídica comum e harmoniosa, respeitada por todos os Estados integrantes<sup>5</sup>.

Contudo, não é exagero concluir-se que o procedimento de integração econômica tangencia a integração política<sup>6</sup>, ainda que para isso se valha de um complexo regime jurídico e econômico. A integração política aqui é, ao mesmo tempo, o método e o objetivo, o fim e o meio<sup>7</sup>.

Nas relações internacionais, os Estados podem alinhar-se conforme um modelo intergovernamental ou supranacional de integração, a depender de uma série de fatores que variam conforme a percepção preponderante de soberania entre eles.

Segundo o Professor Fausto de Quadros:

os europeus sempre se convenceram, mesmo os britânicos – estes mais tarde – de que a integração só seria possível num quadro de limitação da soberania dos Estados”. Segundo ele, “foi e é uma opção consciente. Fracassou o projeto de mundialização ou globalização da Comunidade

---

uma maior integração política”. De certo modo, continua ele, pode dizer-se que no processo da União Monetária, para além dos argumentos econômicos, há também uma intenção política de manter a Europa no caminho da integração. Tal como uma bicicleta só se mantém em equilíbrio se estiver em andamento, assim também a integração monetária parece ser agora a força necessária para fazer avançar a UE, vindo a propósito citar Jacques Rueff, o economista conselheiro do general De Gaulle, que em tempos escreveu: “A Europa far-se-á pela moeda, ou não se fará”. PINTO Segundo Mendonça (1995) *União monetária europeia*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

5 Cite-se como exemplo, o Título VI do Tratado de Maastrich, referente à Cooperação policial y judicial em matéria penal, em substituição ao antigo Título VI do Tratado de Maastrich, entitulado “Cooperação nos assuntos de Justiça e Internos”. Desde o ponto de vista material, a maior parte do conteúdo dos assuntos de justiça e internos foram ali comunitarizados passando a constituir objeto do Título IV do TCE. Esse comunitarização encontrou uma grande resistência nas matérias de cooperação policial e judicial penal, por sua evidente vinculação especial ao exercício da coerção, próprio do núcleo duro da soberania estatal. NOGUERAS Diego J. Liñan, MARTÍN Araceli Mangas (2002) *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.

6 Foram sempre objetivos de natureza política que determinaram decisivamente os processos de integração. Assim sucedeu na Europa, quer com as CEs, quer com a EFTA. Nas outras experiências de integração as razões políticas foram também as determinantes (tendo estado, posteriormente, também na origem do seu relativo fracasso). Nas mais recentes evoluções da integração econômica internacional as razões políticas não estão afastadas e relacionam-se directamente com o fenómeno de polarização que as relações econômicas internacionais assumem actualmente. FERREIRA Graça Enes. Op cit.

7 Daí afirmar João Mota de Campos a existência de um “*método de integração institucional ou voluntarista*”, que, segundo ele, “*supõe a intervenção de uma organização habilitada a promover, usando de instrumentos jurídicos e políticos adequados, a compatibilização dos planos de conjunto dos diversos centros de decisão (indivíduos, empresas, Estados) que se pretende integrar num único sistema econômico*”.

Internacional (...)⁸.

A ordem supranacional se reflete na legislação derivada, emanada dos órgãos comunitários, bem como na própria aplicação das normas jurídicas, sujeitas a um Tribunal de Justiça, cujos julgados se impõem aos Estados membros.

Segundo Fausto de Quadros⁹, uma concepção comunitária das relações entre os Estados e entre os indivíduos visa criar entre esses Estados uma margem tão ampla quanto possível de solidariedade, impondo a criação de um poder integrado, de relações verticais de subordinação entre esse poder, por um lado, e os Estados e seus sujeitos internos, por outro, com base em um Direito Comum.

A chamada “supranacionalidade”, definida como ordem das soberanias subordinadas normativamente, tem lastro, segundo ele, na “*superioridade hierárquica do poder supranacional sobre o poder estadual*”. Desafia o conceito clássico de soberania e impõe uma série de medidas no sentido de regulamentar esse poder supranacional.

A supranacionalidade implica, portanto, numa cessão da soberania dos Estados em favor de uma organização dotada de capacidade decisória e de participação plena em toda a conjuntura do processo de integração.

É marcada pelo *Modelo Comunitário*¹⁰, dotado de bases com estrutura vertical, cujos Estados têm a soberania limitada. É esse limite que assegura o poder de integração, dando substância ao poder comunitário ou supranacional¹¹.

Vale dizer, apesar das evidentes diferenças perante o modelo intergovernamental, no sistema supranacional as revisões dos tratados constitutivos são feitas via conferências intergovernamentais, e a sua aprovação depende da assinatura de todos os Estados Membros, para a consequente entrada em vigor.

Ao contrário da supranacionalidade, o modelo intergovernamental implica no absoluto respeito à soberania clássica. Por conta disso, os Estados estão em primeiro plano e são dotados de amplos poderes de

---

8 In QUADROS Fausto de (1997) “O modelo europeu”. *Revista Conselho da Justiça Federal*, (2), [online] disponível em: <[www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo2.htm](http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo2.htm)> [acesso em 02 de março de 2013].

9 In QUADROS Fausto de (2004) *Direito da União Européia*. Coimbra: Almedina.

10 Não se deve confundir a dicotomia existente entre modelo comunitário e modelo societário (ou de cooperação) com outra não menos importante, existente entre método comunitário e método intergovernamental. O método comunitário, situado no plano comunitário, relaciona-se com aspectos da supranacionalidade, enquanto que o método intergovernamental, baseando-se na idêntica dignidade e capacidade de decisão, estrutura a intergovernamentalidade. In VILHENA Maria do Rosário (2005) *Dicionário de Termos Europeus*. Lisboa: Alêtheia Editores.

11 O Direito Comunitário, vale dizer, nasce sob esse contexto, vinculando os Estados Membros. E, no âmbito interno de cada um desses Estados, são as pessoas físicas ou jurídicas que se vinculam diretamente, uma vez que esse direito deve primar sobre o direito nacional. O modelo comunitário atualmente só é alcançado pela União Européia.

decisão, conforme o interesse individual de cada um deles e não da organização de um modo geral.

As organizações intergovernamentais seguem o *Modelo Societário ou de Cooperação*, que, como o próprio nome sugere, propõe a cooperação de soberanias nacionais.

Está inserido no contexto da comunidade internacional clássica, sob a égide do respeito à soberania desses Estados. É, portanto, a afirmação do individualismo de cada um deles, que se sobrepõe aos interesses comuns<sup>12</sup>.

O modelo intergovernamental é formado por órgãos deliberativos, compostos por representantes dos Estados e estão diretamente subordinados a eles.

As decisões não possuem efeito direito nos Estados, nem se sobressaem perante o direito interno, mas devem respeitar o critério da unanimidade e refletir a concordância de todos os Estados. Apesar de serem obrigatórias, para surtirem efeitos nos seus membros, devem antes submeter-se ao processo constitucional de internalização.

Essas linhas conceituais são relevantes para necessária distinção entre projetos mais avançados de integração como a União Europeia e aqueles que ainda almejam ultrapassar a etapa da cooperação, a exemplo do Mercosul.

### **3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO EUROPEU E A INTEGRAÇÃO NA AMÉRICA DO SUL**

#### **3.1. A Integração Europeia**

A pujante estrutura institucional da União Econômica e Monetária Europeia traduz um projeto voluntariamente sistematizado, produto da trajetória histórica das relações interestatais no continente europeu.

A vocação integracionista da Europa remonta ao período situado entre a Idade Média e o Renascimento, marcado, no plano político, pela afirmação da soberania dos Estados, no plano religioso, pela Reforma e, no plano econômico, pelo crescimento das rivalidades econômicas inerentes ao nacionalismo<sup>13</sup>.

O primeiro grande passo para a história da Europa comunitária foi dado pelo projeto Shuman, em maio de 1950<sup>14</sup>. Propondo acordo econômico de cooperação mútua entre França e Alemanha, traduziu a

---

12 No modelo de cooperação que caracteriza o sistema intergovernamental, não há nenhum poder superior aos Estados, havendo uma “*relação horizontal de coordenação de soberanias*”.

13 In QUADROS Fausto de, Op cit. p. 32.

14 Inspirado nos ideais de Jean Monnet, o projeto foi de autoria do então Ministro dos Negócios Estrangeiros da França, Robert Schuman, propunha a instituição de uma autoridade comum, dotada de decisões com poder vinculativo, para exercer a regulamentação dos dois maiores meios econômicos da época: o carvão e o aço.

primeira etapa daquela que seria a Federação Europeia, rompendo com os paradigmas regionais de produção de armas de guerra<sup>15</sup>.

Mais tarde, com a adesão da França, Alemanha, Itália, Bélgica, Holanda e Luxemburgo, teria como consequência a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 18 de Abril de 1951, pelo Tratado de Paris<sup>16</sup>.

O conceito de União Europeia como uma União Econômica e Monetária surge no ano de 1975, como consequência de um parecer elaborado pelo então primeiro ministro belga, por ocasião da Cimeira de Paris ocorrida no ano anterior. Léo Tindemans é considerado também um dos precursores da idéia de cidadania europeia.

Passados nada menos que sessenta anos desde então, a União Europeia experimentou sucessivos alargamentos e diversos tratados<sup>17</sup> – incluindo do Ato Único Europeu, que entrou em vigor no dia 1º de julho de 1987– até o mais recente documento, assinado em Lisboa em dezembro de 2007.

Atualmente, a União Europeia conta com um sofisticado quadro institucional. Para atender aos princípios democráticos, o processo de tomada de decisões funciona conforme um complexo esquema de atribuições e competências envolvendo quatro instituições fundamentais: o Conselho Europeu, o Conselho de Ministros, a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu.

Além dessa base institucional fundamental, há ainda o Tribunal de Justiça, com atribuição de garantir o cumprimento da legislação europeia, o Tribunal de Contas, que fiscaliza o financiamento das atividades da União; o Comitê Econômico e Social, representativo da sociedade civil, empregados e empregadores, o Banco Central Europeu, responsável pela política monetária, além outros muitos órgãos e

---

15 “A proposta de criação de uma federação européia também não trazia consigo o rasgo da inovação. Há mais de um século, a unidade européia era pensada e oferecida sob diferentes modelos organizatórios, com particularidade de quase todos eles reproduzirem o paradigma federal. Na verdade, o genuíno toque de inspiração do Plano Schuman reside no método proposto – é o chamado método de integração funcionalista”. In DUARTE Maria Luísa (2001) *Direito da união européia e das comunidades européias*. Lisboa: Lex Editora, p 40.

16 Entrando em vigor em 25 de Julho de 1952, “o *Tratado de Paris* foi a concretização da primeira organização comunitária a surgir das cinzas da Segunda Guerra Mundial, num contexto de reconstrução econômica e processo de pacificação do continente europeu. (...) Com vistas à criação do mercado comum, o *Tratado instaurou a liberdade de circulação dos produtos, sem direitos aduaneiros nem encargos*”. VILHENA Maria do Rosário (2005) *Dicionário de termos europeus*. Lisboa: Alêtheia Editores, p. 334.

17 O próprio Tratado de Paris, que constituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) assinado em 18 de Abril de 1951; o Tratado de Roma, assinado em 25 de Março de 1957, que deu origem à Comunidade Econômica Europeia (CEE) e à Comunidade Européia de Energia Atômica (EURATOM); o Tratado instituidor da União Européia (TUE), assinado em 07 de Fevereiro de 1992, em Maastrich, na Holanda; o Tratado de Amsterdã, assinado em 02 de Outubro de 1997; o Tratado de Nice, assinado em 26 de Fevereiro de 2001; o *Tratado Constitucional*, que chegou a ser adotado pelo consenso de cento e cinco membros, no dia 13 de junho de 2003, mas não prosperou; entre outros documentos.

agências com funções específicas nos quadros da União Europeia.

Inobstante a crise quem tem atravessado, o projeto europeu ainda pode considerado como paradigma significativo de integração. Por outro lado, o projeto da América do Sul core deste trabalho impõe que se analise a construção sulamericana, suas instituições e desafios para esse novo contexto mundial.

### 3.2. Breve Histórico da Integração na América do Sul

A trajetória de integração na América do Sul inicia-se com os projetos de aliança e união política na América Meridional no século XVIII, e segue com as ideias de integração na América Latina até desembocar na integração dos estados do Eixo Sul.

O venezuelano Francisco Miranda é considerado precursor na idéia de uma união americana no século XVIII. Em 1791, o plano de criar um único grande país, desde o Mississipi até a Patagônia, foi entregue ao Primeiro Ministro da Grã Bretanha, William Pitt<sup>18</sup>.

Em seguida, as “Declaraciones del Pueblo de Chile” aludia à necessidade de uma união através da criação de um Congresso, tudo com o intuito defender a soberania dos povos da América Latina. Considerada “*a primeira união do sul*” consistiu, na verdade, num primeiro acordo de amizade e comércio firmado entre a Junta de Buenos Aires, Argentina e o Chile em 21 de março de 1811.

Em 1822, Simón Bolívar, presidente de “*La Gran Colombia*” – união da Colômbia, Venezuela e Equador – propôs a criação de uma confederação perpétua, convidando os governos do México, Perú, Chile e Buenos Aires (Argentina)<sup>19</sup>.

Já no século XX, no final da Década de 50, a Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL) lançou as primeiras ideias integracionistas na região a partir do diagnóstico acerca da necessidade de industrialização da América Latina, baseado num processo de substituição de importações.

O propósito de integração econômica na América Latina foi inaugurado com a constituição da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC). Resultou fundamentalmente dos trabalhos da

---

18 “Miranda deseaba crear un único gran país, desde Mississipi a La Patagonia y propuso esta Idea a William Pitt, primer ministro de Gran Bretaña, con La salvedad de que tal unificación no fuera en contra del principio sacrosanto de la división internacional del trabajo”. In ARNAUD Vicente Guillhermo (1999) *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los Procesos de Integración Regional*. 2da. ed. amp. y act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.43.

19 Inspirado no “Ensayo sobre una Confederación Continental” de Bernardo de Monteagudo, Bolívar convidou Estados Unidos, Argentina, Brasil e Chile para um Congresso a realizar-se em 1826, no Panamá. SILVA Carlos A. (1946) *La Política Internacional de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Ministerio del Interior, p.15. In: ARNAUD Vicente Guillhermo (1999) *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los Procesos de Integración Regional*. 2da. ed. amp. y act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 45.

CEPAL, realizados por governos de Argentina, Brasil, Chile e Uruguai. Refletia um pouco de preocupação com a criação da Comunidade Econômica Europeia em 1957, através do Tratado de Roma<sup>20</sup>.

O Tratado da ALALC baseou-se no permissivo do artigo XXIV do GATT (Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, em inglês “*General Agreement on Tariffs and Services*”). O dispositivo autorizava as partes contratantes a estabelecer livremente uniões aduaneiras ou zonas de livre comércio entre si.

A ALALC tem antecedente na conferência intergovernamental de 1959, culminando no Tratado de Montevidéu - cujos efeitos durariam até o final dos anos 70 – constituindo a primeira tentativa de criação de uma Zona de Comércio Livre na América Latina<sup>21</sup>.

Além de uma Zona de Livre Comércio, a ALALC previa a criação de um Mercado Comum Latino-americano, conforme disposto no art. 54 do Tratado de Montevidéu. Criava mecanismos periódicos de negociação – as *listas nacionais* - com as concessões de cada país à Zona – e as *listas comuns*, enumerando os produtos livres de barreias alfandegárias<sup>22</sup>.

Inicialmente, estipulava um prazo de doze anos a partir da data da sua criação, conforme o art. 2º do Tratado da ALALC. Mas o prazo logo foi ampliado para vinte anos, através de protocolo assinado em Caracas em 12 de dezembro de 1970.

Todavia, não obteve o mesmo êxito de sua congênere europeia, a associação Europeia de Livre Comércio (EFTA)<sup>23</sup>, esbarrou na ausência de vontade política e nas próprias dificuldades das economias latino-americanas, e teve que ser substituída.

Vinte anos depois da ALALC, em 12 de agosto de 1980, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Cuba, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela<sup>24</sup> firmaram o 2º Tratado de Montevidéu, criando a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI).

---

20 Foi inicialmente subscrito por Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguai, Peru e Uruguai. Em seguida, aderiram Colômbia, Equador, Venezuela e Bolívia.

21 Também constituem exemplos de Zona de Livre Comércio o Grupo dos Três (Colômbia, México e Venezuela); o NAFTA (*North American Free Trade Association* - EUA, Canadá, México), entre outros.

22 ARNAUD Vicente Guillermo, Op cit.

23 Na Europa, em 1960, como resposta ao mercado comum que a Comunidade Econômica Européia começava a instalar, o Reino Unido assinou em Estocolmo o tratado que instituiu a Associação Européia do Comércio Livre (AECL ou, em inglês, EFTA), da qual Portugal foi membro fundador. Tendo se recusado a participar na criação da CEE, a Inglaterra propôs uma fórmula de integração comercial baseada na livre circulação de mercadorias no interior de uma zona preestabelecida, embora conservada a autonomia pautal dos estados componentes dessa zona. A EFTA é provavelmente a Área de Livre Comércio de âmbito setorial mais aperfeiçoada do ponto de vista técnico e formal, aproximando-se dos exatos contornos de sua definição teórica.

24 Os Estados que compõem a ALADI são os mesmos que uma dia foram parte da ALALC. Cuba, que tinha status de observador desde 1986, ingressou na ALADI em 6 de novembro de 1986. In ARNAUD Vicente Guillermo, Op cit., p.125.



A ALADI propôs uma rede de convergência de alcance parcial através de três mecanismos: a) Preferência Tarifária Regional (PAR, art. 5º), b) Acordos de Alcance Regional (AAR, arts. 6º e 18); c) Acordos de Alcance Parcial (AAP – arts. 7º a 14 e 19 a 23).

Além disso, também permitiu que países membros firmassem acordos com outras nações latino-americanas ou em desenvolvimento.

Sem dúvida, o grande mérito da ALADI foi criar um sistema institucional flexível, que reconhece a heterogeneidade da região e cujas regras integracionistas não ousaram com metas quantitativas preestabelecidas.

O tratamento diferenciado entre países com desenvolvimento médio, maior ou menor, dava prosseguimento a um processo de integração a “*longo prazo*”, com o intuito de estabelecer “*de forma gradual e progressiva*” um “mercado comum latino-americano”<sup>25</sup>.

Foi diante do permissivo da ALADI sobre o estabelecimento de acordos bilaterais que Argentina e Brasil firmaram, em 1986, o Programa de Integração Comercial e Econômica (PICE), substituído de fato em 1991, pelo Tratado de Assunção, que deu origem ao Mercosul.

Juridicamente, o Mercosul é o resultado do encontro de vontades da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai que, aos 26 dias do mês de março do ano de 1991, assinaram em o Tratado de Assunção, com vistas à criação do Mercado Comum do Sul.

O objetivo primordial do Tratado de Assunção é a integração dos Estados Partes através da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes.

Situado dentro da integração Latino-Americana, o acordo intentava expressamente a formação de um mercado comum. Todavia, na concretização de tais objetivos esteve sempre esbarrando nas divergências internas dos Estados Membros, mormente no que tange aos aspectos institucionais.

Após Assunção, em dezembro de 1994, reuniram-se na Cúpula de Ouro Preto os Presidentes dos Estados Partes do Mercosul. Naquele momento foi aprovado o Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção - o Protocolo de Ouro Preto - com o fito de estabelecer a estrutura institucional do Mercosul e consagrar a sua personalidade jurídica internacional<sup>26</sup>.

---

25 *Ibíd.*, p.126.

26 Em Ouro Preto, concluiu-se o período de transição, adotando-se os instrumentos fundamentais de política comercial comum que caracterizam a União Aduaneira. In <www.mercosur.int> [acesso em 05 de maio de 2013].



Ao mesmo tempo em que o Mercosul dava os primeiros passos, Peru, Equador, Colômbia, Chile<sup>27</sup> e Bolívia (e, em fevereiro de 1973, a Venezuela<sup>28</sup>) também avançavam rumo à integração. A Comunidade Andina das Nações (CAN - *Comunidad Andina das Naciones*) nasceu em 26 de maio de 1969, em decorrência do Pacto Andino, estabelecido a partir da assinatura do Acordo de Cartagena<sup>29</sup>.

Tem por objetivo o desenvolvimento uniforme, equilibrado e harmonioso dos países membros com a conseqüente redução das diferenças de desenvolvimento existentes entre eles<sup>30</sup>.

Além da óbvia influência do ideal integracionista de Simon Bolívar, a CAN foi motivada pela insatisfação de alguns participantes da ALALC, principalmente países médios e pequenos, alegando haver disparidade nos benefícios daquele Tratado<sup>31</sup>.

Desde o dia 1º de fevereiro de 1995, com a implantação da Tarifa Externa Comum, a Zona de Livre Comércio formada por Bolívia, Colômbia, Equador, Venezuela e Peru constitui-se como uma União Aduaneira incompleta<sup>32</sup>.

Sua estrutura institucional aproxima-se mais do modelo comunitário europeu do que do modelo intergovernamental. Prova

---

27 Tendo se retirado em 1976/1977, o Chile tornou-se mero observador passando a membro associado à CAN. Em 24 de novembro de 2006 foi assinada a “Ata de Constituição da Comissão Mista entre a Comunidade Andina e o Chile”, considerado o primeiro passo para o retorno do país ao bloco.

28 Em 22 de Abril de 2006, a Venezuela denunciou os acordos do bloco retirando-se da CAN para integrar oficialmente o MERCOSUL. In <[www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)> [acesso em 06 de maio de 2013].

29 O Acordo constitui o ordenamento jurídico da Comunidade Andina, justamente com os seus Protocolos e instrumentos adicionais, demais Tratados com seus Protocolos modificadores; as Decisões do Conselho Andino de Relações Exteriores e da Comissão da Comunidade Andina; as Resoluções da Secretaria Geral da Comunidade Andina, os Convênios de Complementação Industrial, entre outros.

30 A integração econômica e social pretende a aceleração do crescimento e do nível de emprego, visando a formação gradual de um mercado comum latino-americano, ampliando a participação dos países membros no ambiente internacional. Nesse sentido, OCAMPO Raúl Granillo (2009) *Direito Internacional Público da Integração*. Trad. Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier, p. 368.

31 O principal argumento dizia respeito à natureza dos mecanismos reguladores da ALALC, bem como à falta de políticas compensatórias de perdas para países com infra-estrutura menos desenvolvida. “Los países medianos y pequeños que se encontraban abocados a formar sus propias estructuras continuaron desarrollando principalmente sus políticas de sustitución de importaciones para sus propios mercados, ya que su potencialidad para aprovechar el mercado ampliado requería una acumulación inicial de infraestructura que no poseían. Este elemento creó el descontento de los países medianos y pequeños que en 1969 promovieron el acuerdo sub-regional andino”. In CASAS GONZALES A. (1979) “Reflexiones sobre el futuro de la ALALC integración latinoamericana: el futuro de la ALALC”. *Integración Latinoamericana*, (40) [online] disponível em: <[http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion\\_latinoamericana/documentos/040-Estudios\\_Economicos\\_1.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/040-Estudios_Economicos_1.pdf)> [acesso em 04 de abril de 2013].

32 Segundo doutrina Raúl Ocampo, a partir de então a circulação dos serviços de transporte foi parcialmente liberada e “obteve-se acesso preferencial aos mercados da União Europeia e dos Estados Unidos; firmou-se um Acordo de Livre Comércio com o MERCOSUL; aprovou-se a Carta Andina para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e esboçou-se uma Política Externa Comum, entre outras realizações”. In OCAMPO Raúl Granillo, Op cit., p. 369.

disso, em 1984 entrou em vigor o Tratado de Constituição do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina, com competência para controlar a legalidade das normas comunitárias.

A mais recente iniciativa de integração da América do Sul deu-se em 8 de dezembro do ano de 2004, com a assinatura da Declaração de Cuzco<sup>33</sup>.

Inspirados nos mesmo ideais de Simon Bolívar, chefes de Estado e de Governo de doze países da América do Sul – Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela - decidiram lançar mão de um novo espaço regional de integração política, social, econômica e ambiental.

O tratado constitutivo da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) foi aprovado em maio de 2008 em Brasília, durante reunião extraordinária de chefes de Estado e de governo.

Cercado de entusiasmo e contando com o otimismo dos integracionistas, a UNASUL persegue a convergência entre o Mercosul e a Comunidade Andina e o Chile, através do aperfeiçoamento da Zona de Livre Comércio, na esteira da Resolução 59 do XIII Conselho de Ministros da ALADI, de 18 de outubro de 2004.

Em 30 de setembro de 2005, na Reunião de Brasília, a UNASUL estabeleceu como ações prioritárias o diálogo político, a integração física, o meio ambiente, a integração energética, os mecanismos financeiros, as assimetrias, a promoção da coesão, da inclusão e da justiça social e as telecomunicações.

Pretende aproveitar-se das experiências bilaterais, regionais e sub-regionais existentes para avançar nas etapas da integração econômica, social e institucional. Inclui ainda a harmonização de políticas de desenvolvimento, a cooperação tecnológica e os investimentos de infraestrutura física para região.

Contudo, apesar do mau momento vivenciado pelo Velho Mundo, é de se reconhecer que a União Europeia ainda constitui a iniciativa mais bem sucedida em matéria de integração.

Enquanto isso, em estágios bem menos avançados Mercosul e UNASUL engatinham institucionalmente. As “*nouvelles*” trazidas UNASUL e principalmente a estrutura institucional do Mercosul mostram-se ainda insuficientes, num sistema acanhado e, ainda, inacabado de cooperação.

---

33 A primeira reunião formal de Chefes de Estado ocorreu em Brasília, nos dias 29 e 30 de setembro de 2005. “*Durante o evento reafirmaram-se os objetivos, valores e princípios comuns estabelecidos um ano antes em Cuzco, fixando-se ao mesmo tempo uma agenda prioritária da Comunidade*”. *Ibidem*, p. 429.

### 3.3. Espeque Institucional e Fragilidades do Mercosul

Com arquitetura extremamente simples e estrutura minimalista, o Mercosul ainda está em processo de aperfeiçoamento. Além dos problemas referentes ao seu sistema organizacional, o processo de decisão adota o critério do consenso dos Estados Parte, o que impede maiores avanços no bloco.

A estrutura básica do Mercosul é composta pela Secretaria Técnica, Conselho do Mercado Comum, Grupo do Mercado Comum, Comissão de Comércio, Parlamento do Mercosul e Tribunal Permanente de Revisão. Mas há ainda outros órgãos com competências próprias, a exemplo do Tribunal Administrativo Trabalhista e o Foro Consultivo Econômico e Social.

Embora tenha uma aparência institucional robusta e, de fato, possua uma trajetória antiga de esforços de integração, o modelo intergovernamental do Mercado Comum do Sul ainda precisa amadurecer muito institucionalmente.

O fato é que, enquanto o Tratado de Lisboa trouxe equilíbrio para o sistema supranacional de competências europeu (conforme se verá adiante), no modelo intergovernamental do Mercosul nem há que se falar em competência e jurisdição<sup>34</sup>. Isso porque vem sendo conduzido em bases exclusivamente comerciais.

No entanto, a própria natureza dos processos de integração indica que sobre fatos históricos, econômicos e sociais tomam-se decisões políticas. A iniciativa integracionista não escapa a uma construção jurídica que se adéqüe aos fins comuns dos Estados envolvidos<sup>35</sup>.

Trata-se de conferir ao processo de integração o valor jurídico essencial da segurança jurídica. Isso significa que o ambiente institucional do Mercosul deve estar apto a produzir as normas que incidirão com grande impacto sobre a estrutura produtiva dos Estados parte.

E definitivamente o Mercosul jurídico se ressentir da ausência de uma ordem composta por normas uniformes e obrigatórias para os Estados Parte. Conseqüentemente, distancia-se de um modelo de integração orientado por regras (*rule oriented*)<sup>36</sup>.

A opção política pela intergovernabilidade teve como conseqüência

---

34 Nesse sentido, BAPTISTA Luis Olavo (1996) "O Mercosul Após o Protocolo de Ouro Preto". *Estudos Avançados*, 10(27), p.185.

35 "O mecanismo avançado, que continua provisório, elegeu o Estado como o principal sujeito das controvérsias, gerando hiatos ou impondo limitações em vários aspectos. Além disso, insistentemente na permanência de procedimentos precários e meramente diplomáticos, o que pode comprometer o futuro do modelo, se o mercado comum ainda for a meta dos governos e condutores do processo!" In D'ANGELIS Wagner Rocha (2000) *Mercosul: da Intergovernamentalidade à Supranacionalidade? Perspectivas jurídicas para a Efetivação do Mercado Comum*. Curitiba: Juruá, p. 145.

36 TRINDADE Otávio A. D. Cançado (2007) *O Mercosul no Direito Brasileiro. Incorporação de normas e Segurança Jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, p. 03.

o adiamento do início dos trabalhos de elaboração de um sistema definitivo de composição de divergências. A iniciativa ficou relegada para o final do processo de convergência da Tarifa Externa Comum, a teor do artigo 44 do Protocolo de Ouro Preto.

Na contramão, o sistema de solução de controvérsias, seja no acanhamento do Tratado de Assunção, seja na falta de consistência do Protocolo de Ouro Preto – que apenas reafirma o Protocolo de Brasília –, excluiu os cidadãos das vias de solução de conflitos<sup>37</sup>.

Além da notória timidez face aos assuntos sociais, aliada ao *deficit* de política democrática desse processo de integração, a livre circulação de trabalhadores tem igualmente correspondido a um dos grandes desafios do projeto fundamental de constituição do Mercado Comum.

É imperioso fomentar a participação da sociedade no processo de integração regional, sobretudo através da difusão da sua dimensão econômica e social. Mas, na prática, grande parte da população do Mercosul ainda não está familiarizada com os efeitos que um projeto de integração desse porte pode provocar no cotidiano do cidadão mercosulino.

Dificuldades de ordem política e obstáculos gerados pelas assimetrias econômicas de seus Estados membros explicam em parte esse atraso. Mas a questão pode ser ainda mais profunda, passando pela própria concepção de soberania por parte dos Estados que compõem o bloco.

### 3.4. A Nova Soberania Como Limite à Integração?

Analisadas as experiências históricas na América do Sul e América Latina com seus resultados práticos contemporâneos, é de se concluir que os Estados membros do Mercosul assimilam de diferentes maneiras a proposta da integração.

Quatorze anos se passaram e ainda é atual a conclusão de Celso D. de Albuquerque Mello, para o qual a questão é que “os modos de solução adotados são aqueles que ainda respeitam a noção de soberania que existiu em 1945”<sup>38</sup>.

E segue afirmando que: “É como se a América Latina não confiasse nela mesma. Não há assim nenhuma Corte de Justiça que prexista e sobreviva ao litígio. Esta ausência acarretará a falta de uma uniformidade

---

37 Exige-se a mediação do conflito pelo governo do respectivo Estado, conforme se nota no artigo 1º do Procedimento Geral atrelado ao Protocolo de Ouro Preto: “Artigo 1º - As reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do Mercosul, originadas pelos Estados-Partes ou em reclamações de particulares - pessoas físicas ou jurídicas - de acordo com o previsto no artigo 21 do Protocolo de Ouro Preto, observarão o procedimento estabelecido no presente Anexo”.

38 MELLO Celso de Albuquerque (1996) *Direito Internacional de Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 306-307.

na aplicação das normas do Mercosul”<sup>39</sup>.

A nosso ver, isso tem relação com o significado que o conceito de soberania ainda possui nos quadros do Mercosul, alinhado aos paradigmas clássicos de soberania absoluta da Carta da ONU de 1948.

Conforme ensina Quintão Soares, “(...) não se admitia, nos limiares do século XX, que o Estado, no contexto internacional, apesar das obrigações impostas pelo DIP, se submetesse a um poder superior”<sup>40</sup>.

Todavia, ao contrário do que se pensa, não há uma contradição entre a soberania dos Estados e os processos de integração<sup>41</sup>. Tampouco há que se cogitar desgaste substancial que indique uma crise do Estado ou do conceito de soberania como um todo.

Daí a Teoria da Soberania Partilhada, que, como o próprio nome sugere, explica a transferência das competências estatais mediante um esquema de *partilha* entre os órgãos supranacionais e os Estados membros.

Os adeptos dessa teoria sustentam que, mediante a assinatura de tratados internacionais, determinados Estados firmaram compromissos de tal modo que a titularidade da soberania passou a ser partilhada entre os Estados e os órgãos supranacionais.

É o que ocorre com os Estados Membros da União Europeia, cujo exercício das competências concorrentes entre Estados membros e União foi definitivamente disciplinado pelo Tratado de Lisboa em dezembro de 2007.

Diferencia-se fundamentalmente de outra teoria, para a qual não se trata de uma questão de *partilha* da titularidade, e sim de uma verdadeira *limitação* que se impõe contemporaneamente à própria soberania, no conceito mais clássico.

Segundo a Teoria da Soberania Limitada, fica evidente, sobretudo nos processos de integração, que a própria noção de soberania se modificou. Em razão das transformações mundiais, os Estados já se apresentam sob uma visão cada vez mais limitada de soberania<sup>42</sup>.

Existem nos espaços de integração limites intransponíveis à transferência de competências originárias do Estado para as instituições comunitárias. O Direito é todo ele elaborado e promulgado pelo Estado,

---

39 Ídem.

40 SOARES Mário Lúcio Quintão (2004) *Teoria do Estado*. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, p. 108.

41 Nesse sentido, PINTO Marcio Morena (2010) *La dimensión de la Soberanía en el Mercosur*. Curitiba: Juruá Editora, p. 128.

42 Entonces se infiere que la limitación de la soberanía puede surgir de la concertación de tratados, práctica que desde comienzos del siglo XIX se ha hecho frecuente y extendido a múltiples asuntos, o bien a un acto unilateral. In DUEÑAS MUÑOZ Juan Carlos (2010) “Soberanía y Estado Constitucional: su importancia en la integración y en el Derecho Comunitario”. In *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. [online] disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.2/pr/pr17.pdf>> [acesso em 05 de maio de 2013].

o único capaz de lhe emprestar a força coativa necessária para a sua existência.

E, se todo o direito emana do Estado, é de se concluir que o poder político do Estado não reconhece tal limitação, ao contrário, goza de proteção pelas mesmas normas que lhes autorizam nos tratados.

Segundo Dinh e Pellet, o problema “*é que não é fácil conceber que entidades, que se pretendam “acima de tudo soberanas”, devam, ou mesmo possam, submeter-se ao direito e vejam a sua liberdade de ação limitada por ele*”. Mas, o conceito de soberania não é um conceito absoluto.

Assim, o Direito Internacional é, antes de mais nada, um direito aplicável a entidades soberanas e a soberania do Estado não se choca com qualquer outra. Mesmo assim, são os exatos limites que o Direito Internacional impõe aos Estados soberanos que os colocam em patamar de igualdade no plano internacional. Daí resulta, inclusive, a sua obrigatoriedade, como *fundamento da igualdade soberana entre os Estados*<sup>43</sup>.

Além dos limites impostos pelo Direito Internacional ao Estado soberano há ainda a questão do conflito entre as normas internacionais e a ordem jurídica interna dos Estados, suscitando debates à luz das teorias dualista e monista.

A primeira foi desenvolvida por Heinrich Triepel<sup>44</sup> e no Brasil, defendida por nomes como Amílcar de Castro<sup>45</sup> e Hildebrando Accioly<sup>46</sup>. Deriva, conforme leciona Fausto de Quadros, do voluntarismo pluriestadual<sup>47</sup>.

Sustenta que não há intersecção entre a ordem internacional e a ordem interna, inexistindo assim qualquer possibilidade de conflito entre ambas.

Isso porque, enquanto que as normas de direito internacional

---

43 Alain Pellet lembra que “*este princípio da “igualdade soberana” apresenta-se como o fundamento da cooperação das Nações Unidas no art. 2º, parágrafo 1º da Carta das Nações Unidas e será desenvolvido, senão explicitado na Declaração relativa aos princípios de direito internacional respeitantes às relações amigáveis e à cooperação dos Estados (resolução 2625 XXV da A.G.)*” In DINH Nguyen Quoc, DAILLIER Patrick e PELLET Alain, Op. cit.

44 Segundo a teoria da incorporação de Triepel do fim do século XIX, uma norma internacional somente se aplica no âmbito interno dos Estados quando se transforma em Direito Interno. Dessa forma, os tribunais do ordenamento jurídico interno só aplicam a legislação interna que põe em vigor o tratado, e não o próprio tratado. Tal concepção, apesar de ultrapassada, ainda é adotada por alguns Estados. Cfr. TRIEPEL H. (1925) “*Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International*”. In *Recueil de Cours de L’Academy de Droit International*, Tomo I. No Brasil, SILVA Roberto Luiz (2008) *Direito Internacional Público*. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, p. 156.

45 Segundo ele, há uma evidente distinção entre a ordem internacional e a ordem dos Estados no que se refere aos sujeitos e ao conteúdo dessa ordem, ao processo de formação e também aos meios que asseguram a sua observância. In CASTRO Amílcar de (2001) *Direito Internacional privado*. 5 ed. aum e atual. Rio de Janeiro: Forense, p. 249.

46 ACCIOLY Hildebrando, SILVA G. E. do Nascimento, CASELLA Paulo Borba (2008) *Manual de Direito Internacional Público*. 16 ed. reformulada. São Paulo: Editora Saraiva.

47 PEREIRA André Gonçalves, QUADROS Fausto de (2007) *Manual de direito internacional público*. 3 ed. Coimbra: Almedina, p. 83-85.



disciplinam as relações entre os Estados e entre estes e os demais entes da sociedade internacional, o direito interno rege tão somente as relações intra-estatais, sem conexão com elementos externos.

Segundo os dualistas há profundas diferenças no esquema das fontes, que no Direito Interno é a vontade dos Estados e no Direito Internacional é a vontade de vários Estados. E também quanto aos sujeitos, que no Direito Interno são pessoas singulares e coletivas, e no Direito Internacional são os Estados<sup>48</sup>.

Em sentido contrário caminha o monismo jurídico, desenvolvido pela escola austríaca de Hans Kelsen e adotada pela maioria da doutrina brasileira, a exemplo de Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>49</sup> e Celso D. Albuquerque Mello<sup>50</sup>.

Assevera que o direito constitui uma unidade, um sistema integrado, ao mesmo tempo, por normas de direito internacional e normas de direito interno.

Nesse sentido, podem preponderar ou a ordem internacional – denominado monismo com primazia do Direito Internacional (ou monismo internacionalista), ou a ordem interna – monismo com primazia do direito interno (ou monismo nacionalista).

A tese monista com primazia do Direito interno não é mais do que a negação do Direito Internacional, absorvido pelo direito nacional. Resulta do voluntarismo uni-estatal, que tem como expontes Zorn, Wenzel e Jellinek.

O monismo de Direito Internacional, por outro lado, resulta da rejeição ao voluntarismo e é a concepção preponderante nos dias de hoje, tida doutrinariamente como aquela consentânea ao estado atual das relações jurídicas na Comunidade Internacional<sup>51</sup>.

Nos quadros do regime europeu de partilha de poder questão relevante diz respeito à reversibilidade das competências partilhadas entre a União e os Estados Membros.

A questão está atrelada a outra, relativa à origem das competências comunitárias, no que tange à qualificação do ato voluntário expresso

---

48 Fausto de Quadros ressalta que a doutrina foi acolhida pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional no caso Chorzow, com vários e sucessivos acórdão proferidos nesse sentido: 25-5-25, in Série A, nº 6; 26-7-27, in Série A, nº 9; 16-12-27, in série A, nº 13; 13-9-28, in Série A, nº 17. *Ibidem*, p. 84.

49 Segundo ele, o monismo internacionalista, vertente da corrente monista que advoga a primazia do direito internacional em relação ao direito interno, “ (...) configura a posição mais acertada e consentânea com os novos ditames do Direito Internacional contemporâneo. Além de permitir o solucionamento de controvérsias internacionais, dando operacionalidade e coerência ao sistema jurídico, fomenta o desenvolvimento do Direito Internacional e a evolução da sociedade das nações rumo à concretização de uma comunidade internacional universal, ou seja, a civitas máxima. É a única doutrina, hoje, que se compadece com o aumento das relações jurídicas, coincidente com a situação internacional moderna”. In MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2006) *Curso de Direito Internacional Público*. 3 ed. São Paulo: Editora RT, p. 75.

50 MELLO, Celso D. de Albuquerque, Op. cit.

51 Nesse sentido PEREIRA André Gonçalves e QUADROS Fausto de, Op cit.



dos Estados membros que conferiu tais competências inicialmente à Comunidade, e, em seguida, à União.

Aqui, duas posturas colimam ideias distintas.

A primeira sustenta que os Estados membros efetivamente transferiram para a Comunidade parcelas da sua soberania, tendo como consequência a perda de todo e qualquer poder de intervenção em favor da União, que passaria a ostentar competência exclusiva dali em diante.

Por outro lado, outros defendem que a transferência ocorreria tão somente na esfera do exercício das competências, jamais da titularidade. Segundo esse entender, haveria tão somente a mera delegação de poderes dos Estados à Comunidade<sup>52</sup>.

Nesse mister faz-se necessário mencionar decisão do Tribunal de Justiça no famoso acórdão COSTA/ENEL de 31 de março de 1971, que referiu-se à Comunidade como uma entidade “*dotada de poderes reais resultantes de uma limitação de competência ou de uma transferência de atribuições dos Estados para a Comunidade (...)*”<sup>53</sup>.

Vilhena observa que nesse caso parece haver uma tendência para a tese da transferência de competências, cuja definitividade parece reforçada pela afirmação de que

a transferência efetuada pelos Estados membros, da sua ordem jurídica interna em proveito da ordem jurídica comunitária, de direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado, envolve, pois, uma limitação definitiva dos seus poderes soberanos (...).

Mas a controvérsia fica evidente quando o Tribunal dispõe no mesmo acórdão que:

Os Estados membros acordaram em instituir uma Comunidade de duração ilimitada, dotada de órgãos permanentes investidos de poderes reais, resultantes de uma limitação de competência ou de uma transferência de atribuições dos Estados a esta Comunidade; (...) a perda [pela Comunidade] das competências assim conferidas e o regresso das matérias abrangidas ao domínio da competência exclusiva dos Estados membros só se poderia verificar em virtude de uma disposição expressa do tratado.

*Contrario sensu* à corrente da transferência, a leitura dessa parte do julgado indica a possibilidade de reversão do poderes concedidos pelos Estados partes estaria adstrita à sua expressa disposição no texto

---

52 Um dos maiores defensores desse ponto de vista foi o professor Fausto de Quadros, conforme se observa em QUADROS Fausto de, Op. cit.

53 VILHENA Maria do Rosário (2002) *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*. Coimbra: Almedina, p. 103.

do Tratado, prevalecendo a ideia de delegação.

Assim, parece-nos cedo – sobretudo com os novos contornos do sistema de atribuição de competências da União Europeia ratificado pelo Tratado de Lisboa – que, se apenas o próprio Estado é quem pode transferir parcela de sua soberania, então é perfeitamente legítimo imaginar que ele próprio possa reverter tal concessão, se assim o desejar. Daí, esse limite aparecer expressamente no texto dos tratados de cooperação.

Atualmente, após o Tratado de Lisboa que regulamentou definitivamente as competências, conforme o princípio da subsidiariedade, restaram superadas as eventuais controvérsias a respeito o sistema europeu de atribuição de competências.

#### **4. CONCLUSÃO – O RESGATE DA VOCAÇÃO INTEGRACIONISTA DOS ESTADOS DA AMÉRICA DO SUL**

Podemos afirmar que o mundo se depara com *uma terceira versão* de regionalismo, que vem na sequência daquela *segunda tendência*, pós-Segunda Guerra Mundial, responsável pela formação dos primeiros blocos regionais.

A comunidade internacional que outrora teve a construção europeia como inspiração para o nascimento sequencial de novos projetos de integração, hoje assiste ao exemplo europeu com mais ponderação. Por ali, os problemas enfrentados conjuntamente pelos Estados suscitam diversos questionamentos a respeito das conseqüências do aprofundamento das relações entre os Estados.

É tarefa complexa apontar exatamente onde estão os principais focos da crise, bem como pode ser precipitado atribuir à integração a culpa por todas as mazelas contemporâneas.

É preciso também enaltecer o fortalecimento da capacidade individual de superação cada Estado na União Europeia, e reconhecer-lhe méritos, sem recorrer para a tendência reacionária do retrocesso.

Caso contrário, seria negar uma série de conquistas e avanços, a exemplo do que se deu no que se refere aos sistemas regionais de proteção aos direitos do homem.

O cidadão europeu que outrora estava entregue exclusivamente ao inepto e problemático sistema global da ONU, passou a acumular proteção própria, conferida num quadro institucional-normativo de referência na questão da proteção internacional dos direitos do homem.

Funcionando em co-existência com o sistema da ONU - a inspiração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a proteção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - as etapas da União Europeia conduziram ao mais completo e respeitado modelo

contemporâneo de proteção aos Direitos Humanos.

Além da Convenção Européia dos Direitos do Homem<sup>54</sup> e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia<sup>55</sup>, o sistema europeu ainda conta com a existência de um tribunal próprio para os litígios que digam respeito aos Direitos do Homem<sup>56</sup>.

A lição que a crise pode ter trazido é a de que não há que se pregar a simples imitação do projeto de integração como estratégia de salvação dos Estados endividados. Inclusive porque um período de crise sempre exigirá uma política nacional de austeridade e um esforço individual de responsabilidade dos Estados, sem o qual nenhuma solução se afigurará viável.

As iniciativas de integração são válidas uma vez que ao se agruparem os países conseguem alavancar as suas economias já que há uma abertura do seu mercado para todos os países, especialmente com a eliminação de barreiras comerciais e alfandegárias.

Ao que parece, a América do Sul já demonstrou essa intenção através dos doze países que compõem a Unasul, sinalizando ações coordenadas para enfrentar a nova etapa da crise financeira internacional.

Entre as principais medidas, destacam-se o comércio intra-bloco e a criação de um fundo financeiro.

Os países da América do Sul planejam ainda adotar medidas para reforçar o comércio regional em moedas locais, impondo restrições ao dólar. O intuito é proteger as reservas e incrementar o comércio entre os países da região, que atualmente equivale a cerca de US\$ 120 bilhões por ano.

Para que se renovem as esperanças quanto ao futuro da integração da América do Sul é imperativo que se proceda, primeiro, uma revisão do paradigma de soberania no bloco. Impõe-se uma reconstrução ideológica do Estado, conjugando-se os ideais de Simon Bolívar com os desafios que atualmente se impõem aos Estados Mercosulinos e à comunidade internacional com um todo.

O momento é, portanto, de avançar e não de retrair-se. Perante a crise, cada vez mais impõe-se que as iniciativas de integração deixem de ser vistas com desconfiança pelos Estados envolvidos. Em tempos de

---

54 Firmada no âmbito do Conselho da Europa desde 1950, a Convenção Européia dos Direitos do Homem é o principal diploma internacional no sistema europeu de proteção aos direitos do homem. Anterior à União Européia, o Conselho da Europa constitui organização internacional com notória vocação para a defesa dos Direitos Humanos, tendo participado historicamente nas profundas modificações havidas desde o pós-guerra, desempenhando a função de exigir dos Estados europeus a adoção de elevados padrões de defesa dos Direitos Humanos.

55 Proclamada solenemente em dezembro de 2000, na cidade de Nice, França, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia é dotada de cinquenta e quatro artigos repartidos por sete capítulos: Dignidade; Liberdade; Igualdade; Solidariedade; Cidadania; Justiça; e Disposições Gerais.

56 Vale dizer, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não constitui propriamente um órgão da União Europeia, funcionando como uma jurisdição do Conselho da Europa.

crise, o receio histórico que sempre limitou América do Sul e América Latina deve ser visto como uma reverência leviana ao regresso.

Contrario sensu, é preciso resgatar-se no espírito bolivariano a vocação histórica dos Estados da América do Sul como alternativa de superação dos problemas regionais. Recorrer à estratégia integracionista nada mais é do que adotar iniciativas coletivas para problemas comuns.

Ora, se construções como o Mercosul e a Unasul podem, por um lado, significar uma redenção para os Estados menos desenvolvidos, para as economias mais fortes a integração tem se demonstrado um recurso extremamente útil e bem sucedido na superação das adversidades globais.

Primeiro porque não implica perda de autonomia nem de poderes exclusivos por parte do Estado, mas sim uma cessão voluntária. Conforme se apontou, até mesmo no modelo supranacional europeu é possível a cláusula de reversibilidade das competências, embora adstrita à expressa disposição no texto dos Tratados.

Além disso, o procedimento também pode ser revisto caso a possibilidade de retirada esteja prevista no Tratado de integração e à medida que não mais interessar ao Estado participar daquele processo de integração.

E, ao tempo em que se afirma a cessão de soberania dos Estados nos domínios comerciais e ambientais, por exemplo, o poder exclusivo do Estado continua a ser exercido nos limites de seu território. Parece modificada – isso sim - a ideia do Estado provedor, embora se conserve soberana a respectiva ordem constitucional.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ACCIOLY Hildebrando, SILVA G. E. do Nascimento, CASELLA Paulo Borba (2008) *Manual de Direito Internacional Público*. 16 ed. reformulada. São Paulo: Editora Saraiva.
- ARNAUD Vicente Guillhermo (1999) *MERCOSUR, Unión Europea, Nafta y los Procesos de Integración Regional*. 2da. ed. amp. y act. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- BALASSA Bela (1962) *The theory of economic integration*. Trad. Clássica editor. Londres: George Allen e Unwin.
- BAPTISTA Luis Olavo (1996) “O Mercosul Após o Protocolo de Ouro Preto”. *Estudos Avançados*, 10(27), p.185.
- CASAS GONZALES A. (1979) “Reflexiones sobre el futuro de la ALALC integración latinoamericana: el futuro de la ALALC”. *Integración Latinoamericana*, (40) [online] disponível em: <[http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion\\_latinoamericana/documentos/040-Estudios\\_Economicos\\_1.pdf](http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integracion_latinoamericana/documentos/040-Estudios_Economicos_1.pdf)> [acesso em 04 de abril de 2013].
- CASTRO Amilcar de (2001) *Direito Internacional privado*. 5 ed. aum e atual. Rio de Janeiro: Forense.

- D' ANGELIS Wagner Rocha (2000) *Mercosul: da Intergovernamentalidade à Supranacionalidade? Perspectivas jurídicas para a Efetivação do Mercado Comum*. Curitiba: Juruá.
- DINH Nguyen Quoc, DAILLIER Patrick Daillier, PELLET Alain (1999) *Direito internacional público*. Trad. Vítor Marques Coelho. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- DUARTE Maria Luísa (2001) *Direito da união europeia e das comunidades europeias*. Lisboa: Lex Editora.
- DUÑAS MUÑOZ Juan Carlos (2010) “Soberania y Estado Constitucional: su importancia en la integración y en el Derecho Comunitario”. In *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. [online] disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2007.2/pr/pr17.pdf>> [acesso em 05 de maio de 2013].
- FERREIRA Graça Enes (1997) *A Teoria da integração econômica internacional e o modelo de integração do espaço econômico europeu*. Porto: Legis Editora.
- MAZZUOLI Valerio de Oliveira (2006) *Curso de Direito Internacional Público*. 3 ed. São Paulo: Editora RT.
- MELLO Celso de Albuquerque (1996) *Direito Internacional de Integração*. Rio de Janeiro: Renovar.
- NOGUERAS Diego J. Liñan, MARTÍN Araceli Mangas (2002) *Instituciones y derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- OCAMPO Raúl Granillo (2009) *Direito internacional público da integração*. Trad. Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Campus Jurídico/Elsevier.
- PEREIRA André Gonçalves, QUADROS Fausto de (2007) *Manual de direito internacional público*. 3 ed. Coimbra: Almedina.
- PINTO Marcio Morena (2010) *La dimensión de la Soberanía en el Mercosur*. Curitiba: Juruá Editora.
- PINTO Segundo Mendonça (1995) *União monetária europeia*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- QUADROS Fausto de (1997) “O modelo europeu”. *Revista Conselho da Justiça Federal*, (2), [online] disponível em: <[www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo2.htm](http://www.cjf.jus.br/revista/numero2/artigo2.htm)> [acesso em 02 de março de 2013].
- QUADROS Fausto de (2004) *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina.
- SILVA Roberto Luiz (2008) *Direito Internacional Público*. 3 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey.
- SOARES Mário Lúcio Quintão (2004) *Teoria do Estado*. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey.
- TRIEPEL H. (1925) “Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International”. In *Recueil de Cours de L'Academy de Droit International*, Tomo I.
- TRINDADE Otávio A. D. Cançado (2007) *O Mercosul no Direito*

*Brasileiro. Incorporação de normas e Segurança Jurídica.* Belo Horizonte: Editora Del Rey.

VILHENA Maria do Rosário (2002) *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário.* Coimbra: Almedina.

VILHENA Maria do Rosário (2005) *Dicionário de Termos Europeus.* Lisboa: Alêtheia Editores.





# OS “MÚLTIPLOS” DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CIDADÃO DO MERCOSUL. SIGNIFICADOS E ALCANCE DA CIDADANIA\*

## LOS “MÚLTIPLES” DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CIUDADANO EN EL MERCOSUR. SIGNIFICADOS Y ALCANCE DE LA CIUDADANÍA

Alejandra Díaz\*\*

---

**Resumo:** O significado e o alcance do conceito de cidadania em espaços integrados constitui o objeto de análise do trabalho. Em particular, seu desenvolvimento no MERCOSUL. Adicionalmente, observa-se o impacto do conceito na tomada de decisões e no desenho dos órgãos do MERCOSUL e os direitos e obrigações que envolvem a cidadania à luz da evolução que essa, em tempos recentes, teve na esfera da integração regional. A criação do Parlamento do MERCOSUL, por exemplo, pode ser proposta como fase na construção e no exercício dos direitos e deveres dos destinatários genuínos do processo de integração regional.

**Resumen:** El objeto de análisis es el significado y alcance del concepto de ciudadanía en espacios integrados. En particular, el desarrollo en el ámbito MERCOSUR. Adicionalmente, se observará el impacto del término en la toma de decisiones y en el diseño de los órganos mercosureños. La ciudadanía y los derechos y obligaciones que conlleva a la luz de la evolución que, en tiempos recientes, ha tenido en el ámbito de la integración regional. La creación del Parlamento MERCOSUR puede proponerse como una fase en la construcción y ejercicio de los derechos y deberes de los destinatarios genuinos del proceso de integración regional.

**Palavras-chave:** Cidadania, Direitos, Obrigações, Parlamento, Participação, Partidos políticos, Regulamentação jurídica, União Europeia, Mercosul

**Palabras clave:** Ciudadanía, Derechos, Obligaciones, Parlamento, Participación, Partidos políticos, Regulación jurídica, Unión Europea, Mercosur

---

\* Tradução: Prof. Raphael Carvalho de Vasconcelos.

\*\* Licenciada em Ciência Política pela Faculdade de Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires. Mestranda no Mestrado de Desenvolvimento da Norma Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, da Universidade Nacional de La Matanza eo Ciclo Básico Comum.

## 1. INTRODUÇÃO

O Mercado Comum do Sul – MERCOSUL - se transformou em uma região que conquistou avanços na integração em várias áreas em consonância com os objetivos previstos no Tratado de Assunção e nos protocolos celebrados posteriormente.

Até o momento, as decisões institucionais foram tomadas em dinâmica intergovernamental no MERCOSUL. Por essa razão, as decisões se concentraram nos órgãos executivos nacionais sem um marco institucional que ampliasse a representação ou que tenha criado pontes que facilitassem a participação da sociedade civil.

De fato, como observa Sandra Negro, os valores democráticos que conduzem à participação da cidadania na tomada de decisões

“no aparece como una preocupación en las primeras etapas de los procesos de integración, en los cuales la iniciativa reconoce impulsos gubernamentales y, en particular, de las áreas técnicas de gobierno con escasa o nula participación de los ciudadanos en las instituciones u órganos creados. Las experiencias europeas y americanas ponen en evidencia que, en el nacimiento y en las primeras etapas de los esquemas de integración, no hubo participación directa, en la deliberación ni en la elección de representantes y, menos aún, en la toma de decisiones por parte de los ciudadanos. Es decir que, conforme evolucionan, empieza a manifestarse cierta disociación y a percibirse el desconocimiento del conjunto respecto de los beneficios y las ventajas que los esquemas de integración económica pueden ofrecer a los ciudadanos. En realidad, en el origen, el impulso inicial corresponde a los gobiernos y sólo conforme la integración evoluciona, se da participación directa a asociaciones intermedias y a la ciudadanía en su conjunto. Una de las principales críticas que se han formulado respecto de los procesos de integración en curso reside en el hecho de que son demasiadas las decisiones capaces de afectar la vida de los ciudadanos que se toman sin la debida transparencia, publicidad y participación”<sup>1</sup>.

Disso resultou um aparente “déficit democrático” no processo de integração sub-regional.

“La emergencia del Mercosur amplía las fronteras, diseña un nuevo mapa, redefine los escenarios para la acción colectiva y modela un

---

1 NEGRO Sandra (2013) “Caracterización y clasificación de los esquemas de integración”, en NEGRO Sandra (dir.) *Derecho a la Integración Regional. Manual*. 2da. ed. Buenos Aires: Euroeditores/Ed BdeF; p 45-46. Agrega Sandra Negro que “en el caso europeo, el denominado ‘déficit democrático’ y la proximidad del ciudadano a los centros de toma de decisiones han sido motivo de sucesivas disposiciones tendientes a mejorar el sistema que ya lleva más de cincuenta años de vida”.

nuevo “demos”, todo lo cual requiere de decisiones imaginativas capaces de dar cuenta de la emergencia de la “región” con un actor que se agrega a los Estados nacionales”<sup>2</sup>.

Faz-se necessário cultivar ferramentas e criar instituições que possam levar à superação do “déficit democrático” para alcançar a participação e o compromisso da sociedade civil na evolução do processo de integração. Torna-se necessário pensar esferas, nas quais esse “*demos*” possa participar representativamente na estrutura da integração. Para sanar a questão, firmou-se em 09 de dezembro de 2005 o Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL, o qual deveria ser integrado por meio de voto direto, universal e secreto a partir de 2011 e que em 2015 já deveria contar com eleições simultâneas dos parlamentares mercosulinos. Contudo, até abril de 2013 o único país que elegeu por voto direto, secreto e universal os legisladores do Parlasul foi o Paraguai. Como se vê, os prazos não foram cumpridos.

Considera-se necessária a instituição de direitos positivos aos integrantes da sociedade tanto em termos individuais quanto coletivos. O MERCOSUL também considerou o mesmo e estabeleceu na decisão 64/10 do Conselho Mercado Comum – CMC, na qual se estrutura um plano de ação para conformar um Estatuto da Cidadania do MERCOSUL de forma progressiva que deve estar pronto para implementação em 2021.

É de se considerar, entretanto, que os prazos deveriam ser encurtados para que se fizesse possível a possibilidade de um melhor e mais substancial gozo de direitos pelos habitantes do espaço ampliado. Mas, além disso, observa-se que para fortalecer o funcionamento da estrutura orgânica da organização faz-se necessário controlar as ações levadas a cabo pelos órgãos do processo de integração.

O Parlamento do Mercado Comum do Sul foi criado, conforme mencionado, com a finalidade de se concretizar uma adequada e plena representação política dos povos dos Estados Parte. Considerando que não pode haver construção política democrática sem a participação direta da população e que é dever dos Estados Nacionais reconhecer e garantir direitos e liberdades a seus habitantes, evidente se faz a necessidade de se reconhecerem em curto prazo, por meio de um protocolo, direitos (extensivos a toda a população de cada membro do esquema). Faz-se referência, nesse sentido, a já clássica tríade de direitos: civis, políticos e sociais que desenvolveu Thomas H. Marshall<sup>3</sup>.

---

2 EMILIOZZI Sergio (2007) “La democracia en la integración: política, instituciones y ciudadanía en el Mercosur”. In EMILIOZZI, PECHENY, UNZUÉ (coords.) *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*. Buenos Aires: Prometeo Libros, p. 252.

3 MARSHALL T.H. e BOTTOMORE Tom (1998) *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Ed. Alianza.

## 2. A QUE SE REFERE A CIDADANIA?

Quando se trata de cidadania, faz-se referência à titularidade plena de direitos públicos subjetivos civis, políticos, e sociais - e nos últimos 20 anos - de econômicos e culturais reconhecidos e outorgados pelo sistema jurídico. À luz de Thomas H. Marshall pode-se afirmar que, ao se fazer referência a direitos civis, há que se pensar no elemento civil e a partir dele fazer-se referência a um conjunto de direitos indispensáveis à liberdade individual, à liberdade pessoal, à liberdade de expressão, à liberdade de pensamento, à liberdade de consciência, à liberdade de ir e vir e à liberdade de informação, também o direito à propriedade e o direito de celebrar contratos válidos e logicamente o direito à justiça.

Por outro lado, ao se focalizar o elemento político, disponível se encontra outra gama de direitos necessários à participação no exercício do poder político, o direito a poder ser um membro de um corpo social investido de autoridade política, direito de eleger os membros que compõem o corpo da autoridade política, ter o direito de peticionar às autoridades. Por último, quando se fala de elemento social, faz-se referência ao alcance amplo que o termo abarca desde o direito do trabalho, o direito de aprender e ensinar, o direito de alcançar um mínimo de bem-estar econômico e de segurança.

Os direitos de terceira e de quarta geração, como podem ser considerados os direitos econômicos, culturais, e ambientais não são levados em conta no desenvolvimento desse trabalho, posto se sustentar a necessidade de se instituírem direitos cidadãos e, como se sabe, a liberdade vicia e quando se alcança o reconhecimento e a garantia das questões básicas que foram enumeradas, a abertura das liberdades leva diretamente à integração dos direitos difusos.

A cidadania também tem um componente de nacionalidade, já que em uma concepção ampla pode ser definida como a “condição jurídica de quem forma parte de um Estado”<sup>4</sup>. Em geral, vários pontos ao redor da cidadania estão estreitamente relacionados com a nacionalidade, a saber: os critérios para outorgá-la seja por meio do padrão *ius sanguinis* ou do *ius solis*; o direito do Estado de outorgar ou de negar, em seus limites, a nacionalidade a certos indivíduos ou pessoas jurídicas; a possibilidade de o indivíduo renunciar a nacionalidade; a proteção jurídica dada pelo Estado aos seus nacionais onde quer que se encontrem; o tratamento que se dá a estrangeiros em termos jurídicos. A nacionalidade constitui um pressuposto indispensável para o direito à cidadania. Digamos que esta supõe pressupostos mínimos. A saber; tem como requisitos mínimos a nacionalidade e a maioria (limite legal de idade para poder começar a exercer plenamente o direito).

---

4 GUTIÉRREZ Carlos José. *Ciudadanía*. [online] disponível em: <[http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/ciudadania.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/ciudadania.htm)> [acesso em mayo de 2013].

Quem sabe seja possível encontrar uma explicação substancial no que diz Jean Rivero<sup>5</sup> sobre o conceito de cidadão que surge da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 27 de agosto de 1789, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa revolucionária:

“La dualidad que aparece en el titulo de la Declaración debe ser explicada. Los derechos del hombre son (...) anteriores a la sociedad. Pero, los derechos del ciudadano no se conciben sino cuando la sociedad ha sido creada. Hay entonces entre ellos, una diferencia de naturaleza (...) Los derechos de los ciudadanos son los corolarios necesarios a los derechos del hombre (...)

Los derechos del hombre son libertades. Le permiten al hombre conducir una vida personal, como él la entienda. Le confieren una era de autonomía dentro de la cual la sociedad no puede inmiscuirse (...) Los derechos del ciudadano son poderes; aseguran la participación de todos en la conducción de la ciudad. Por eso, excluyen toda posibilidad de opresión por parte de ella: ellos son el derecho de concurrir a la formación de la voluntad general (art.6), el derecho de consentir en los impuestos (art.19), etc. (...)

Esta distinción corresponde, en realidad a dos concepciones diferentes de la libertad, que Benjamín Constant ha sistematizado en la oposición entre libertad *política*, o libertad de los antiguos y libertad civil o libertad de los modernos. Dentro de la ciudad griega, la participación en la decisión política en el seno de la asamblea del pueblo era la única expresión de la libertad (...) Los “modernos” aspiraban menos a participar en el *poder* que a sustraer de su ámbito la conducción de su existencia: la libertad “civil” (en el sentido que uno habla de “derecho civil” en oposición al derecho “público”) es la verdadera libertad (...) Dentro de la Declaración, las dos categorías, lejos de oponerse, son indisolubles”<sup>6</sup>.

Esses conceitos mostram a maneira pela qual o pensamento jurídico francês entende a cidadania: como expressão dos direitos políticos.

Em definitivo, a cidadania dá direitos civis, políticos, sociais e difusos, mas também impõe deveres e obrigações.

### 3. COM PENSAR A CIDADANIA EM TERMOS DE INTEGRAÇÃO

Para que se possa apresentar a idéia de cidadania em um processo de integração, mostra-se útil recorrer ao esquema que está mais

---

5 *Ibid.*, GUTIÉRREZ cita a RIVERO Jean (1974) *Les Libertés Publiques. Les Droits de l’homme*. Paris: Presses Universitaires de France, p. 45

6 GUTIÉRREZ, Op. cit.

consolidado: a União Européia - UE. A UE introduz o tema no Tratado de Maastricht em 1992, ali a cidadania regional se define como “uma qualidade de cidadão do Estado membro”. Seguindo os aportes de Chiaretto, ressalta-se:

“El art.17 del TCE con la modificación introducida por el Tratado de Maastricht recita:” Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro: la Ciudadanía de Unión será complementaria y no sustitutiva en la ciudadanía nacional”.

De aquí la consecuencia que (...) los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos (y sujetos de los deberes) previstos directamente en el Tratado”<sup>7</sup>.

A partir desse ponto de vista, o cidadão do processo de integração deve ser pensado como um cidadão múltiplo que atua e participa em diversos cenários políticos, os quais não são excludentes, mas - na verdade - complementares. E aqui a questão-chave seria “participar”. Para que se faça possível a participação do cidadão não seria suficiente fixar os direitos de cidadania e seria necessário também dar ferramentas para que essa cidadania encontre canais certos de participação. Sobre tal questão vale recorrer novamente ao caso da UE que, mesmo tendo há anos um Parlamento que funciona com composição eleita por meio de sufrágio universal pelo povo de cada Estado membro, não conseguiu superar a supremacia da tomada de decisões em um modelo intergovernamental que teve como resultado o reforço “del papel de los Ejecutivos Nacionales a costa del poder de influencia y de control de los parlamentos y de los partidos políticos”<sup>8</sup>.

Oportuno se faz destacar que o desenho institucional do MERCOSUL constituiu órgãos com capacidade decisória e órgãos consultivos. Os primeiros são o Conselho Mercado Comum (CMC), o Grupo Mercado Comum (GMC) e a Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM); por outro lado, os órgãos consultivos são a Comissão Parlamentar Conjunta que algum tempo depois se transformou no ParlaSur (instituído pelo Protocolo de criação do Parlamento do MERCOSUL) e o Foro Consultivo Econômico e Social. Os órgãos com capacidade decisória abarcam os Ministros de Relações Exteriores e os Ministros da Economia e até mesmo os Chefes e Chefas dos Estados que se reúnem ao menos duas vezes ao ano. Por outro lado, também foram criadas comissões, comitês, grupos e subgrupos

---

7 CHAIRETTO Elisa (2008) “La libre circulación de las personas como factor de integración en la Unión Europea”. In LEITA Francisco e NEGRO Sandra (coords.) *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: La Ley, p. 88.

8 “2014 ¿Las primeras elecciones “europeas”?”. *Más Europa. Historia, actualidad y futuro de la integración europea*. [online] disponível em: <<http://encarnahernandez.wordpress.com/2013/03/15/2014-las-primeras-elecciones-europeas/>> [acesso em mayo de 2013].

com incumbências específicas que não parecem ter melhor destino que o descrito. Isso explicaria o que se sustenta acerca da supremacia intergovernamental nas decisões e na condução desse processo político de integração.

#### **4. A CIDADANIA NO MERCOSUL**

A forma de se superar o “déficit democrático” de que sofre o processo de integração do MERCOSUL seria incrementando a participação da sociedade civil. Para tanto, necessário se faria dotá-la de direitos e seus integrantes da condição cidadã. Necessário se faria que os cidadãos dos Estados Partes adquirissem a condição de cidadãos do MERCOSUL, adicionando-a à sua cidadania nacional. Para tanto, deve-se ter em conta alguns temas que seriam essenciais para a cidadania, a saber: o princípio da igualdade, a titularidade de direitos, a representação parlamentar, a participação política, o direito de peticionar, a proteção consular, a não discriminação, o acesso à informação e a livre circulação de pessoas. Esses pontos, selecionados arbitrariamente a partir de uma quantidade muito ampla de direitos civis, políticos e sociais, são, entende-se, o mínimo que se pode exigir como indispensável ao se falar de cidadania.

É fundamental pensar o cidadão do MERCOSUL a partir de um princípio de igualdade, o qual implica respeito a todos os indivíduos no que se refere ao normal tratamento de todas as suas atividades. Por esse motivo, os órgãos e organismos do MERCOSUL deveriam prestar atenção de forma isonômica às diversas pretensões manifestadas pela cidadania. Os cidadãos dos Estados devem ser beneficiados igualmente do acesso às instituições e às esferas de participação abertas aos cidadãos do MERCOSUL, por exemplo, das eleições parlamentares.

Não seria menos importante sustentar e manifestar claramente que aqueles que foram cidadãos da organização seriam titulares de direitos e estariam sujeitos a deveres estabelecidos no marco jurídico criado a partir do Tratado de Assunção e dos instrumentos posteriormente assinados e, em particular, pelas normas de caráter vinculante emanadas por seus órgãos. Entende-se, nesse sentido, que não haveria dúvidas quanto à titularidade de direitos decorrentes de seu pertencimento ao MERCOSUL. Isso se faz importante para evitar qualquer vício de desigualdade no gozo de direitos entre os cidadãos, ou seja, que um cidadão de um Estado pequeno e outro de um Estado grande estejam equiparados em igualdade de direitos mais além das assimetrias reais que possam se dar em termos políticos e econômicos entre os Estados. Como se percebe, a titularidade de direitos exige o princípio da igualdade para que o direito de cidadania seja real.



## 5. O RECONHECIMENTO DO ELEMENTO POLÍTICO DA CIDADANIA

Parece evidente que a instituição mais ligada à participação popular seja o Parlamento do MERCOSUL, cuja criação já se mencionou anteriormente, surge com a pretensão de constituir um órgão de representação da pluralidade política e ideológica dos povos dos Estados Parte do MERCOSUL. Entre seus propósitos se encontrariam a assunção da promoção e da defesa permanente da democracia, o impulso do desenvolvimento sustentável da região, a guarda do respeito à diversidade cultural das populações, etc. Seu funcionamento pleno se encontra com anos de atraso, posto não terem sido cumpridos os prazos estabelecidos no Protocolo fundacional - que obrigou sua extensão em várias ocasiões.

A existência de instituição com tais características exige que se assegure aos cidadãos do MERCOSUL o direito ao sufrágio ativo e passivo nas eleições do referido Parlamento e à participação plena no processo de integração. Isso poderia ser alcançado se fosse criado um sistema de consulta popular por meio de referendo que fosse vinculante para as questões mais transcendentales dentro do processo de integração ou inclusive por meio do instituto da iniciativa popular que poderia ser levado adiante por parte de um numeroso grupo de cidadãos nacionais de vários Estados Parte, os quais teriam a possibilidade de exigir a apresentação de uma proposta adequada sobre temas que considerassem de necessária solução jurídica por parte das instituições do MERCOSUL<sup>9</sup>.

---

9 Explica Carlos Francisco Molina del Pozo, em “La participación ciudadana a través de la iniciativa popular”. In MOLINA DEL POZO Carlos F. e PIZZOLO Calógero (2011) (coords.) *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del Mercosur. Ensayos sobre un estudio comparado*. Buenos Aires: Eudeba, p. 223-224, como funciona na UE, e fala: “Ahora, sin embargo, el Tratado de Lisboa, en el art.11N° 4 del TUE, y tras su inclusión en el *non nato* Tratado Constitucional, viene a recoger una clara ampliación del derecho de iniciativa legislativa a favor de los ciudadanos, a través de los que se denomina la iniciativa ciudadana o iniciativa popular.

En efecto, el mencionado precepto del TUE, como antes lo hiciera el art. 47 de la Parte I del Tratado Constitucional, cuyo enunciado copia literalmente el Tratado de Lisboa, establece que un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión que sean nacionales de un número significativos de Estados miembros podrán adoptar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el contexto de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que esos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación del los Tratados.

Así el texto del vigente Tratado de la Unión Europea También permite, desde su entrada en vigor, el 1 de diciembre de 2009, que un número superior al millón de personas, pertenecientes a un grupo significativo de Estados miembro, puedan tomar la iniciativa de sugerir a la Comisión para que, en el marco de las atribuciones que tiene conferida, presente una propuesta adecuada acerca de ámbitos temáticos sobre los que los reiterados grupos de ciudadanos consideren que es precisa su regulación a través de un acto jurídico de la Unión, con objeto de lograr los fines de la aplicación de los Tratados. De manera que se trata, una vez más, de un derecho de iniciativa legislativa que, asimismo, podríamos calificar como de carácter indirecto”.

Noutro sentido, deve-se considerar a migração interna e abrir espaços de participação e inserção políticas daqueles que se estabeleceram em uma localidade que não se encontra em seu país de origem. Assim, poder-se-ia estabelecer, por exemplo, que os cidadãos do MERCOSUL possuem direitos de participar das eleições municipais dos Estados Parte em que residam nas mesmas condições dos nacionais do referido Estado. Desde já para que isso possa ser implementado em termos operativos, cada Estado Parte teria que regulamentar o exercício do referido direito em sua legislação nacional. Tal medida permitiria que muita gente assentada desde muito tempo em um país estrangeiro, ainda que membro da organização, pudesse participar de assuntos que o atingissem diretamente no município, permitindo, assim, que possa se comprometer e integrar de forma propositiva. Além disso, poderia ser gerada uma ampliação da política por meio de uma relação mais cooperativa que poderia gerar laços solidários dentro da comunidade municipal.

Outro tema que pertence à esfera política seria o direito de peticionar. Um dos temas mais discutidos entre os *Founding Fathers* norte-americanos quando criaram seu sistema, baseado na democracia liberal foi o de se o povo (cidadãos) deveria intervir na tomada de decisão. Chegaram à conclusão de que o povo não delibera e nem governa, já que para isso elege representantes. Contudo, levando-se em consideração que os representantes possuem autonomia e independência para tomar decisões que sejam apresentadas no exercício da representação, permite-se ao povo que peticione às autoridades. A partir desse ponto de vista, torna-se necessário incluir entre os direitos dos cidadãos do MERCOSUL o direito de peticionar perante a Comissão de Comércio, o Grupo Mercado Comum e o Parlamento do MERCOSUL; bem como de recorrer a qualquer órgão que seja criado posteriormente para defender os direitos relativos ao exercício da cidadania no MERCOSUL. Também deve ser reconhecido o direito de se dirigir a qualquer dos órgãos consultivos na qualidade de peticionante. Logicamente, tudo isso apenas faria sentido se as instituições fossem obrigadas a responder os requerimentos dos cidadãos em um prazo relativamente aceitável.

Não se pode perder de vista que não está previsto, até o momento, no interior dos órgãos do MERCOSUL que uma pessoa física cidadã de um Estado Parte possa provocar alguma instância em seus organismos.

Seria necessária, então, a criação de um organismo ou instituição que tenha como tarefa a recepção de demandas apresentadas pelos cidadãos relacionada ao respeito de seus direitos e à garantia de algum tipo de “poder de polícia” para assegurar o exercício efetivo dos direitos do cidadão do MERCOSUL.

## **6. A PROTEÇÃO DO MERCOSUL A TODOS OS SEUS CIDADÃOS**

Se os habitantes dos Estados Parte fossem cidadãos do MERCOSUL, pode-se imaginar que possuiriam direito de receber, no território de um terceiro país em que não esteja representado o Estado Parte do qual seja nacional, a proteção das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer outro Estado Parte, nas mesmas condições dos nacionais do referido Estado. Em sendo cidadão regional, deveria poder recorrer à proteção de qualquer de seus membros perante terceiros Estados.

Desde já que esse tema requeriria uma adequação das legislações nacionais para reconhecer direitos a cidadãos do MERCOSUL que não forem nacionais e os que estariam obrigados a protegê-los.

Pode-se relacionar com o tema descrito o princípio da não discriminação exatamente no que se refere a terceiros Estados. Mas quando se faz referência simplesmente à não discriminação, possível se faz vislumbrá-la de maneira projetiva no interior do MERCOSUL. Assim sendo, deveria ser estabelecido no marco da aplicação do Tratado de Assunção e dos protocolos adotados posteriormente - e sem prejuízo às disposições particulares previstas nos mesmos - que se proíbe toda discriminação por razão de nacionalidade, etnia, religião, condição sexual, gênero e/ou capacidades diferentes. Isso seria, em princípio, um importante estímulo para dirimir conflitos baseados nessas diferenciações que são levadas ao extremo por preconceito, muitas vezes, cultural.

Considera-se, assim, que o Parlamento do MERCOSUL poderia cumprir um papel preponderante por meio de procedimento legislativo ordinário, formulando as recomendações necessárias com a finalidade de velar pelo efetivo cumprimento desse princípio. Nesse mesmo sentido, seria possível investir o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio da atribuição de adotar disposições vinculantes necessárias ao cumprimento da finalidade de se implementar efetivamente procedimentos contra a discriminação.

## **7. O ELEMENTO CIVIL DENTRO DA CIDADANIA**

Os cidadãos do MERCOSUL têm direito a ter acesso a toda informação gerada pelos órgãos do MERCOSUL, e - em particular - à sua normativa derivada de caráter vinculante no marco do processo de integração. Poderão solicitar acesso a toda documentação que se encontre na posse dos órgãos do MERCOSUL que se revista de caráter público, em qualquer formato, obtendo resposta em no máximo 20 dias, e solicitando que não se divulguem sem seu conhecimento documentos que se refiram diretamente à pessoa e que sejam considerados confidenciais por direito.

Outro tema que parece um pouco mais debatido seria o da livre circulação de pessoas. Faz-se evidente que se deverá regular cuidadosamente o tema já que, levando-se em conta as assimetrias entre os Estados Parte no que se refere a suas economias e aos direitos sociais que cada um reconheça, poderia produzir um forte desequilíbrio migratório, afetando fortemente as condições internas das unidades nacionais. Mas sobre esse ponto também se pode analisar a experiência da União Européia, a qual estabelece por meio de instituições determinadas regulamentações limitativas para alcançar a atenuação da livre circulação de pessoas,

“donde reafirma que todo ciudadano de la Unión tiene derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro por un periodo superior a 3 meses si es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o dispone para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida (art. 7)”<sup>10</sup>.

Não se pode assegurar que esta seria a solução mais acertada. Deve-se, entretanto, admitir a necessidade de se reconhecer a livre circulação de pessoas e que a atenuação desse direito ao menos até que se possam harmonizar as economias dos Estados Partes poderia constituir a melhor saída ao dilema.

## **8. EL ELEMENTO SOCIAL DEL COMPONENTE DE LOS DERECHOS**

Segundo Emiliozzi<sup>11</sup>, uma das formas de se solucionar o déficit democrático seria a construção de uma cidadania social a partir da própria sociedade. Nesse sentido, para que se buscassem caminhos de integração social em tentativa de se mitigar a pobreza e construir a cidadania, criou-se o Foro Consultivo Econômico e Social (FCES). Mario A.R. Midón ressalta:

“Aunque nacido formalmente en Ouro Preto, el Foro Consultivo Económico-Social recién cobro vida a fines de mayo de 1996, cuando las partes suscribieron el acto N° 1 por la cual se declaró su constitución, y dicto su reglamento, luego aprobado por la Resolución 68/96 del GMC.

---

<sup>10</sup> CHAIRETTO Op. cit. p. 90.

<sup>11</sup> Também é possível consultar o tema em EMILIOZZI Sergio (2006) “La construcción de la ciudadanía en el MERCOSUR”. *KAIRÓS, Revista de Temas Sociales Proyecto “Culturas Juveniles Urbanas” Universidad Nacional de San Luis*, 10(17), p. 1-10. [online] disponível em: <<http://www.revistakairos.org>> [acesso em mayo de 2013].

Por lo pronto, la aparición de un órgano como el que nos ocupa sugiere la preocupación del legislador para paliar el déficit democrático que el proceso de integración mercosuriano acusa desde sus orígenes.

En esa idea, la competencia asignada al cuerpo parece responder al mismo propósito que en su momento animó la idea del Comité Económico y Social de la Comunidad Europea, el que desarrolló una destacada labor en la elaboración de la política social de aquel modelo, con la participación de empresarios, trabajadores y diversos grupos”<sup>12</sup>.

O FCES se encontra integrado por representantes de empresários (capital) e de sindicatos (trabalhadores), por associações de consumidores etc. Importante se faz ressaltar que um dos escasos campos explorados na estrutura institucional desse esquema regional que dá espaço à sociedade civil para participar e interferir no processo de construção da integração fazendo suas demandas visíveis e interagindo com diversos atores de distintos Estados Parte. No seio do Foro foram constituídos diversos grupos de trabalho e ao mesmo tempo os funcionários do Foro podem participar das sessões do CMC.

Nessa esfera estão sendo tratados temas como: a circulação de mão de obra e a promoção dos direitos dos trabalhadores dentro da organização. Tomou-se um problema a ser resolvido o tema dos imigrantes em relação ao qual se negocia a residência para os nacionais do MERCOSUL e também sua regularização migratória. Também se busca o reconhecimento mútuo de títulos profissionais dos Estados Parte que permita a livre circulação de profissionais e o desenvolvimento normal de suas atividades laborais.

“Junto al tratamiento de las asimetrías estructurales desde una perspectiva subregional, la integración productiva y el apoyo a las PYMES, la dimensión social del proceso de integración se ha convertido también en los últimos años en motivo de renovado interés para los Estados Partes, y cuya muestra más concreta, aunque no en los plazos originalmente previstos, la constituye la creación en 2001 del Instituto Social del MERCOSUR entre sus funciones se cuentan, las de:

- 1-Proporcionar colaboración técnica en el diseño y planificación de proyectos sociales.
- 2-Promover la investigación con el fin de apoyar la toma de decisión en el diseño y puesta en marcha de políticas y programas sociales.
- 3-Sistematizar y difundir las mejores experiencias y prácticas en materia social del MERCOSUR, continente y extracontinentales.
- 4- Recopilar información sobre la marcha de la situación social en la

---

12 MIDÓN Mario A.R. (1998) *Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 318-319.

región”<sup>13</sup>.

Outro órgão que cumpre função semelhante seria o Fundo para a Convergência Estrutural do MERCOSUL (FOCEM),

“La finalidad del FOCEM es financiar programas destinados a:  
-promover la convergencia estructural,  
-desarrollar la competitividad,  
-fomentar la cohesión social, en especial de las economías menores y regiones menos desarrolladas,  
-apoyar el funcionamiento de la estructura institucional, y  
-fortalecer el proceso de integración”<sup>14</sup>.

Essas estruturas que foram mencionadas podem ser consideradas inspiradas em instituições análogas da União Européia e da Comunidade Européia<sup>15</sup>.

## **9. REFLEXÕES FINAIS**

O momento atual do processo de integração do MERCOSUL apresenta a necessidade de se construir uma cidadania capaz de dotar a sociedade civil de ferramentas jurídicas hábeis a promover sua participação na criação da estrutura de relações jurídico-políticas que no MERCOSUL sempre estiveram nas mãos dos executivos nacionais. Útil se faz reconhecer que o MERCOSUL não nasceu com um DNA democrático, mas muito mais como uma construção intergovernamental que daria posteriormente passos lentos e dependentes dos governos. Apesar de alguns terem sonhado com uma construção de caráter supranacional, não foi isso que surgiu dos acordos e instrumentos fundacionais. O compromisso com a integração no MERCOSUL exige que se envolva a população no processo para que o sintam como seu e que não o vejam como algo alheio.

Fundamental se faz que a participação se proceda de maneira correta, ou seja, que o Parlamento do MERCOSUL seja finalmente constituído por sufrágio universal, direto e secreto já que talvez assim os grandes temas do MERCOSUL se tornarão cotidianos e a população

---

13 MOCERO María M. (2012) “El escenario actual del MERCOSUR”. In NEGRO Sandra (coord.) *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional*. Buenos Aires: La Ley, p. 423-424.

14 CZAR DE ZALDUENDO Susana (2007) “La creación del FOCEM: importante decisión en el MERCOSUR”. In BARRAL Welber y CORREA Carlos (orgs.) *Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio*. Florianópolis: Fundación Boiteux, p. 209.

15 Para mais informações sobre este tema, ver em NEGRO Sandra (2007) “Integración y desequilibrios regionales en la Unión Europea: cohesión económica y social y fondos estructurales”. In BARRAL Welber y CORREA Carlos (orgs.) *Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio*. Florianópolis: Fundación Boiteux, p. 221-244.



dos países que o integram poderão ter consciência de tudo o que implica essa organização internacional sub-regional.

Também conformaria experiência enriquecedora se aquilo que se discute no Foro Consultivo Econômico e Social não estivesse reservado para apenas algumas pessoas e que o debate pudesse transcender suas paredes e que os temas fossem, portanto, amplamente discutidos.

Seria momento de se agregar à conquista da cidadania nacional uma nova cidadania: diferente e que amplie espaços e direitos. Uma boa construção jurídica institucionalizaria condutas e ampliaria as esferas de participação para os cidadãos. O que, muito provavelmente, tornaria mais compreensível a importância do desenvolvimento do MERCOSUL para o cidadão comum. Quem sabe, caso se consiga isso, caberia o questionamento do desejo de que o MERCOSUL siga sendo uma construção regional com tendências de integração ou se deveria caminhar em direção a uma construção supranacional.

Por último, de se considerar seria que não há construção democrática sem cidadania e que esta não se faz possível sem o reconhecimento e a garantia de direitos e deveres. Não teria sentido, portanto, tratar de “déficit democrático” se não se pretendesse incluir a cidadania na construção de uma estrutura supranacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- “2014 ¿Las primeras elecciones “europeas”?”. *Más Europa. Historia, actualidad y futuro de la integración europea*. [online] disponível em: <<http://encarnahernandez.wordpress.com/2013/03/15/2014-las-primeras-elecciones-europeas/>> [acesso em mayo de 2013].
- CZAR DE ZALDUENDO Susana (2007) “La creación del FOCEM: importante decisión en el MERCOSUR”: In BARRAL Welber e CORREA Carlos (orgs.) *Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio*. Florianópolis : Fundación Boiteux , p. 209.
- CHAIRETTO Elisa (2008) “La libre circulación de las personas como factor de integración en la Unión Europea”. In LEITA Francisco e NEGRO Sandra (coords.) *La Unión Europea y el Mercosur: a 50 años de la firma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: La Ley, p. 88.
- EMILIOZZI Sergio (2006) “La construcción de la ciudadanía en el MERCOSUR”. KAIROS, *Revista de Temas Sociales Proyecto “Culturas Juveniles Urbanas” Universidad Nacional de San Luis*, 10(17), p. 1-10. [online] disponível em: <<http://www.revistakairos.org>> [acesso em mayo de 2013].
- EMILIOZZI Sergio (2007) “La democracia en la integración: política, instituciones y ciudadanía en el Mercosur”. In EMILIOZZI, PECHENY, UNZUÉ (coords.) *La dinámica de la democracia. Representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*. Buenos Aires: Prometeo Libros, p. 252.



- MARSHALL T.H. y BOTTOMORE Tom (1998) *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Ed. Alianza.
- MERCOSUR (1994) *Protocolo de Ouro Preto*. [online] disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/99/1/span\\_class=liushitouro\\_span\\_span\\_class=liushitpreto\\_span\\_es.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/99/1/span_class=liushitouro_span_span_class=liushitpreto_span_es.pdf)> [acesso em mayo de 2013].
- MERCOSUR (2005) *Protocolo constitutivo del Parlamento del MERCOSUR*. [online] disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1104/1/2005\\_protocoloparlamentomcs\\_es.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/1104/1/2005_protocoloparlamentomcs_es.pdf)> [acesso em mayo de 2013].
- MERCOSUR (2010) *Estatuto de Ciudadanía del MERCOSUR. Plan de acción*. [online] disponível em: <[http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2808/1/DEC\\_064-2010\\_ES\\_Estatuto%20de%20Ciudadania.pdf](http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2808/1/DEC_064-2010_ES_Estatuto%20de%20Ciudadania.pdf)> [acesso em mayo de 2013].
- MIDÓN Mario A.R. (1998) *Derecho de la Integración*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, p. 318-319.
- MOCCERO María M. (2012) “El escenario actual del MERCOSUR”, en NEGRO Sandra (coord.) *Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional*. Buenos Aires: La Ley, p. 423-424.
- MOLINA DEL POZO Carlos F. (2011) “La participación ciudadana a través de la iniciativa popular”. In MOLINA DEL POZO Carlos F. e PIZZOLO Calógero (coords.) *El Parlamento de la Unión Europea y el Parlamento del Mercosur. Ensayos sobre un estudio comparado*. Buenos Aires: Eudeba, p. 223-224.
- NAL PENGUIN (edit.) (1961) *The Federalist Papers*.
- NEGRO Sandra (2007) “Integración y desequilibrios regionales en la Unión Europea: cohesión económica y social y fondos estructurales”. In BARRAL Welber e CORREA Carlos (orgs.) *Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio*. Florianópolis: Fundación Boiteux, p. 221-244.
- NEGRO Sandra (2013) “Caracterización y clasificación de los esquemas de integración”. In NEGRO Sandra (dir.) *Derecho a la Integración Regional. Manual*. 2da. ed. Buenos Aires: Euroeditores/Ed BdeF; p 45-46.



# METODOLOGIA JURÍDICA EUROPEIA E MERCOSULISTA: CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS\*

## METODOLOGÍA JURÍDICA EUROPEA Y MERCOSULINA: CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES

*Augusto Jaeger Junior\*\**

**Resumo:** *O presente artigo discute a existência de uma metodologia jurídica no Mercosul, um bloco econômico intergovernamental, tendo por base a elogiável experiência supranacional, desenvolvida na União Europeia. Explorado é o fato de acreditar-se ser adequado o Mercosul restringir-se, no presente momento e estágio da integração, ao seu modelo original. Para tanto, em um primeiro momento, observa-se qual é o direito que o Mercosul tem, depois, quais são as características do direito da União Europeia, bem como a existência de uma verdadeira metodologia jurídica europeia, tudo isso com o propósito de ser, ao seu final, proposta a construção de uma metodologia jurídica mercosulista. É necessário admitir que ainda muito dela não existe, mas isso não quer dizer que a europeia possa ou deva ser transferida para o Mercosul.*

**Resumen:** *El presente artículo discute la existencia de una metodología jurídica para el Mercosur, -bloque económico intergubernamental-, teniendo por base la elogiabile experiencia supranacional desarrollada en la Unión Europea. Observaremos que se considera adecuado para el Mercosur, en el presente momento y fase de la integración, limitarse a su modelo original. Para ello, en un primer momento, se observa cual es el Derecho que el Mercosur tiene; luego, cuales son las características del Derecho de la Unión Europea, así como la existencia de una verdadera metodología jurídica europea, todo eso con el propósito de ser, al final, una*

---

\* Artigo escrito com base em uma palestra proferida no Encontro Anual da Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung – DLJV, em Colônia, Alemanha, ocorrido entre os dias 25 e 26 de novembro de 2011. O autor agradece ao Dr. Jan Peter Schmidt, referente para a América Latina no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, de Hamburgo, ao Dr. Carl Friedrich Nordmeier, assistente científico no Instituto de Direito Privado Internacional e Estrangeiro, da Universidade de Colônia, e ao Dr. Marcelo De Nardi, Juiz Federal em Porto Alegre, pelas discussões acadêmicas que muito contribuíram para a elaboração desse artigo.

\*\* O autor, Augusto Jaeger Junior, é professor de direito internacional público e privado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre. Tem doutorado em Direito pela UFRGS e Mestrado em Direito pela UFSC, Brasil. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq, Brasil.

*propuesta para la construcción de una metodología jurídica mercosulina. Es necesario admitir que todavía mucho de ella no existe, pero que eso no quiere decir que la europea pueda o deba ser transferida para el Mercosur.*

**Palavras-chave:** União Europeia, Mercosul, Sistema de solução de controvérsias, Supranacionalidade, Metodologia jurídica

**Palabras clave:** Unión Europea, Mercosur, Sistema de solución de controvérsias, Supranacionalidad, Metodología jurídica

---

## 1. INTRODUÇÃO

No Encontro Anual da Associação Luso-Alemã de Juristas ocorrido em Brasília, em novembro de 2009, promovi uma forte defesa do processo de integração desenvolvido no Mercosul e do seu modelo institucional. Instituições com poderes supranacionais seriam inadequadas ao Mercosul, ademais de enfrentarem obstáculos de ordem constitucional<sup>1</sup>. De fato, há uma parte da doutrina que tem por elogiável a experiência supranacional, mas que também acredita ser adequado o Mercosul restringir-se, no presente momento e estágio da integração, ao modelo intergovernamental. Mesmo o sistema atual de solução de controvérsias do Mercosul seria apropriado, pois condiz com o estágio de integração em que se encontram os Estados-partes.

A respeito de defendê-lo, observei que uma defesa mais veemente parece vir do exterior. Wehner fala da funcionalidade de um novo tipo de projeto de integração (*Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes*), ao escrever sobre o Mercosul. O processo tem suas particularidades, que o diferencia de todos os outros automaticamente comparáveis. A principal delas envolve diferenciações com o modelo comunitário, como a impossibilidade de comparação de seus órgãos, a ausência de um tribunal permanente nos moldes do Tribunal de Justiça da União Europeia e a opção pela intergovernabilidade<sup>2</sup>. Enfim, defendi que o método escolhido colhe consentimentos.

Com base em suas particularidades metodológicas, o Mercosul pode ser considerado um novo modelo de integração, que tem a seu serviço um novo direito. O caminho que o processo optou por percorrer para o alcance de um mercado comum é diferente do caminho que a União Europeia tomou. Justamente o caráter intergovernamental, a

---

1 Que em relação ao Brasil podem ser conferidos em MARTINS Renata Rocha de Mello (2002) *Verfassungskonformität des MERCOSUR in Brasilien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 137-185.

2 WEHNER Ulrich (1999) *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 46 e 58-59.

dependência do processo dos quereres dos presidentes das democracias e o poder de veto dos Estados-partes, que são criticados pela maioria dos autores, são fatores vistos como vantajosos por outros. O processo já teria alcançado muito mais do que havia sido esperado no momento de sua fundação, em 1991.

Em 2009, eu também havia reportado como surpreendente a conclusão de Fuders, para quem o Mercosul já estaria muito próximo de um mercado comum, mesmo que não seja visto um paralelismo entre as liberdades econômicas fundamentais no processo de integração, pelo fato de que também a União Europeia, quando o anunciou, em 1992, não as tinha todas conformadas. Ao final, eu ainda disse que seguiria contaminado por esses pensamentos de otimismo e, do ponto de vista institucional, instigado pelas oportunidades que se apresentam na Europa para que expuséssemos a nossa realidade, como a de hoje.

Para esse encontro em Colônia, os organizadores me propuseram o tema da Metodologia Jurídica Europeia e Mercosulista: Considerações Fundamentais. Informo desde já que as considerações que farei serão bem fundamentais mesmo, uma vez que não sou um especialista no tema da metodologia jurídica.

Essa palestra será apresentada em seis partes. Elas são: Qual é o Direito que o Mercosul tem; Características do Direito da União Europeia; Metodologia jurídica europeia; Características do Direito da Integração; Sistema de Solução de Controvérsias no Mercosul; e Construção de uma metodologia jurídica mercosulista. Ao seu término, seguirão as considerações finais a cerca do meu pensamento.

## **2. QUAL É O DIREITO QUE O MERCOSUL TEM**

Já há muitos séculos a Europa transfere a outros continentes conhecimentos e experiências, em um constante processo de circulação de modelos. No âmbito do Direito, mais recentemente, tais modelos vêm sendo observados com frequência pelo continente americano, sempre que ocorre um desenvolvimento no processo de integração atualmente chamado de União Europeia.

Em 1957, foi criada a Comunidade Econômica Europeia, um bloco econômico que previu, naquele momento, como objetivo máximo, o alcance de um mercado comum, em um período de doze anos. Em função da criação de uma Comunidade, com vistas a um mercado comum, o Direito que surgiu para regulá-los foi chamado de Direito Comunitário. Com o tempo, ele assumiu características também supranacionais, e o bloco se expandiu qualitativa e quantitativamente.

Certo é que o desenvolvimento comunitário emprestou modelos jurídicos, e a atual União Europeia segue como exemplo para outras regiões do mundo que pretendem alcançar alguma forma de integração

entre os seus países, e que, apesar de não seguirem um modelo idêntico, tomam alguns elementos substanciais para serem aplicados nos processos de integração desenvolvidos em seus territórios.

O primeiro desses modelos é a fase de mercado comum e a própria expressão mercado comum. O processo de integração que se desenvolve na região do mundo conhecida como Cone Sul, desde 1991, tem o nome de Mercosul devido à importação do objetivo e da expressão mercado comum do processo europeu (que aqui foram acrescidos da partícula -do Sul: Mercado Comum do Sul). Com o Ato Único Europeu, de 1987, o termo mercado comum passou a ser afrontado por um novo termo, mercado interno. A entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, aboliu, em definitivo, o termo mercado comum dos textos normativos.

Um segundo modelo interessante é o nome que foi dado para o ramo da Ciência Jurídica que regeria as Comunidades, Direito Comunitário (Europeu). Ocorre que, também por força do Tratado de Lisboa, duas remanescentes Comunidades Europeias foram incorporadas à União Europeia, que as substituiu à luz do Direito Internacional Público. Elas não mais existindo, o Direito Comunitário, em ambas facetas, intergovernamental e supranacional, passou a ser referido criativamente de Direito da União (Europeia).

Posto isto, cabe, então, discorrer sobre como nós, integrantes do Mercosul, compreendemos o novo Direito da União, e como entendemos que devem restar agora, depois dessas modificações terminológicas, as menções ao Mercado Comum do Sul, à fase de integração econômica pretendida por esse bloco, a de mercado comum, e ao Direito que rege esse processo.

Quase não prestamos atenção à distinção entre o Direito supranacional, privado, e o público, intergovernamental, da União. A distinção que mais nos interessa é aquela entre o Direito da Integração e o Direito Comunitário. Esse último deverá permanecer conhecido e utilizado entre nós, por força da sua popularização no meio acadêmico ou pelo fato de ainda ser almejado um mercado comum entre os Estados-partes do Mercosul. Contudo, em verdade, vemos diferenças entre esses ramos. Entre Direito da Integração e Direito da União há uma constante confusão. Temos que o atual Direito da União é aquele que diz respeito aos tratados constitutivos e ao direito do bloco europeu, não importando se de caráter intergovernamental ou supranacional. O Direito Comunitário é um Direito de Integração evoluído, aperfeiçoado, presente na União Europeia. Trata-se de uma disciplina autônoma que não está inserida no ramo do Direito Internacional Público.

Por outro lado, Direito da Integração é aquele que se refere aos processos ainda conduzidos unicamente pela intergovernabilidade, como é o caso do Mercosul. Embora afins em alguns aspectos, essas não são disciplinas idênticas, os termos não são sinônimos, versam

sobre objetos diversos, tratam de conceitos próprios e abordam normas distintas, bem como usam metodologias jurídicas diferentes. Nos blocos econômicos em que a autonomia de seus integrantes é mais acentuada, e que, em contrapartida, a integração é menor, estar-se-á frente ao Direito de Integração, posto que fundados na intergovernabilidade. As normas desse último não possuem efeito direto, as comunitárias têm autonomia e estão hierarquicamente acima das nacionais.

A diferença essencial entre o ordenamento comunitário e o internacional consiste em que este não se impõe à ordem jurídica dos Estados, não existindo, como se sabe, uma ascendência jurídica do tribunal internacional sobre as cortes nacionais, até porque não existe um órgão institucionalizado com essa competência. Já em relação ao Direito da União ocorre, fruto de composição *sui generis*, uma subordinação das ordens jurídicas internas dos Estados-membros aos ditames do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nesse sentido, não há que se falar em Direito Comunitário do Mercosul, em Direito Comunitário da Integração, também não em Direito Comunitário Europeu, pois é somente o europeu que existe, e em Direito Europeu, também pelo fato de que a União Europeia não representa toda a Europa. Ela é a única organização, na atualidade, que tem Direito Comunitário ou da União. Assim sendo, não é necessário referir-se a ele como Direito Comunitário Europeu ou da União Europeu. O Mercosul é, em conclusão, regido pelo Direito da Integração.

A proposta, como sabido, é comparar a metodologia jurídica europeia com a metodologia do Mercosul, ainda em formação. Para tanto, o próximo tópico se dedicará às características do Direito da União.

### **3. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA**

A doutrina classifica o direito europeu em sentido amplo e em sentido estrito<sup>3</sup>. O direito europeu em sentido amplo representa o direito de todas as organizações internacionais europeias e o direito europeu em sentido estrito abrange apenas o direito da União Europeia<sup>4</sup>. Esse é caracterizado hoje como Direito da União (Europeia) e se subdivide em direito primário e secundário da União Europeia.

A natureza desse direito implica que suas medidas terão efetiva precedência sobre as medidas nacionais. Além de tratados, o direito comunitário se manifesta através de regulamentos e diretivas, que são seus principais e preferenciais instrumentos para impor, no caso dos

---

<sup>3</sup> KOENIG Christian, HARATSCH Andreas (2003) *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, p. 1-2.

<sup>4</sup> FASTENRATH Ulrich, MÜLLER-GERBES Maïke (2000) *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 23.



primeiros, ou sugerir, no caso das segundas, normas materiais, embora também tenha se valido de convenções e de outros instrumentos do direito internacional público clássico.

Antes da análise das fontes secundárias, principalmente o regulamento e a diretiva, que vêm na seqüência, vale abrir um espaço para afirmar que tão interessante quanto as classificações vistas é o papel do direito como elemento integracionista. O mais importante meio de integração é o direito.

O papel do direito na construção da União Europeia transcende uma, à primeira vista parcialmente negativa ótica, que vê tensões, conflitos, problemas em geral, problemas na transposição de regras e atinge o fato de ter exatamente servido para regular esta série de questões, ter dado caráter à União e ter sido a base científica para a definição de conceitos como o de mercado comum, mercado interno, concorrência e ajudas públicas, de empresa comunitária, bem como de tantos outros princípios, apenas para citar alguns exemplos. Em exaltação, lembra Lenz que “O direito comunitário é o que de mais precioso a Comunidade possui”<sup>5</sup>.

Demonstrada a relevância do direito para um processo de integração, retorna-se agora à apresentação das fontes secundárias. O direito secundário é produzido pelas instituições da União dotadas de poder legislativo, tal como o Conselho e a Comissão, e se apresenta primordialmente sob a forma de regulamentos e diretivas.

Os regulamentos são considerados os atos jurídicos mais importantes. Por intermédio desses diplomas legais as instituições podem interferir eficazmente nas ordens nacionais<sup>6</sup>. Assim, uma primeira diferença dos regulamentos para os demais diplomas é que eles possuem caráter geral, são obrigatórios em todos os seus elementos e diretamente aplicáveis, sem a necessidade de qualquer intervenção ou aprovação nacional, em todos os Estados-membros, e os outros obrigam somente destinatários certos e determinados. Isso significa que eles não precisam da colaboração dos órgãos legislativos nacionais, seja esta em forma de transformação, adoção, ratificação, incorporação ou recepção para gozarem de seus efeitos, ou de qualquer outro ato de transposição ou lei de execução<sup>7</sup>.

O segundo mais importante instrumento comunitário de direito secundário é a diretiva. Trata-se do mais interessante instrumento da

---

5 LENZ C. O. (1998) “Abschiedsrede”. *Europarecht*, 33, p. 104.

6 STELZER Joana (2000) *União Européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, p. 105.

7 Para STELZER, “Em decorrência desta especificidade, o regulamento é equiparado à lei nacional, estabelecendo obrigações ou conferindo direitos a (...) todos sob sua égide. A natureza jurídica do regulamento (...) representa verdadeira lei européia”. STELZER Joana (2000) *União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, p. 106.

União<sup>8</sup>. A diretiva é ato emitido pelo Conselho ou pela Comissão que vincula os Estados-membros quanto ao resultado a ser alcançado. Deixa, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios de implementação do seu conteúdo no ordenamento interno.

Como se observou, o regulamento busca uma uniformização jurídica. As diretivas, por sua vez, são mais flexíveis, e buscam apenas uma espécie de harmonização comunitária das várias legislações dos Estados-membros, promovendo uma aproximação legislativa. Não é, como os regulamentos, diretamente aplicável, necessitando, pois, de transposição. Esse mecanismo concede ao legislador nacional certo espaço de tempo quando da transformação em norma interna do assunto nela disposto.

Em síntese, os regulamentos são atos jurídicos primordiais, que prevalecem sobre todos os demais. Já as diretivas, também são obrigatórias, mas somente se aplicam aos Estados-membros aos quais sejam destinadas e deixam a eles margem de escolha quanto à forma e modo de implementarem os objetivos nelas determinados. Em algumas situações assumem aplicabilidade direta, especialmente se o conteúdo se apresentar de forma clara e incondicionada, quando favoreça um cidadão, haja expirado o prazo de transposição ou esta tenha se dado de maneira ilegal, assumindo, assim, por obra do Tribunal, natureza jurídica igual a dos regulamentos.

#### **4. METODOLOGIA JURÍDICA EUROPEIA**

As características que definem a supremacia nas relações existentes entre o direito comunitário e o direito interno estão contidas na própria jurisprudência comunitária. Esse tópico abordará os princípios retores que presidem a relação<sup>9</sup>, quais sejam os de efeito direto, primazia, segurança jurídica, aplicabilidade imediata<sup>10</sup> e responsabilidade pela violação do direito comunitário<sup>11</sup>.

O princípio da segurança jurídica exige a eliminação do direito nacional incompatível com o direito comunitário. Ele “impõe aos Estados-membros uma integração do direito comunitário não só

8 BISCHOF Hans Helmut (1996) *Europarecht für Anfänger*. 2. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, p. 49.

9 CACHAPUZ DE MEDEIROS Antonio Paulo (1997) “Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos”. In: VENTURA Deisy de Freitas Lima (org.) *Direito Comunitário do MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 162-176.

10 Ver também sobre estes princípios OLIVAR JIMENEZ Martha Lucía (1997) “La comprensión de la noción de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”. In: BASSO, Maristela (org.) *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 35-48.

11 Analisados também sob a esfera do Tratado de Assunção, cujos Estados-partes determinam a hierarquia das normas da integração, em SILVEIRA Paulo Antônio Caliendo Velloso da (1998) *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, p. 102-115.

*de fato*, mas também *de direito*, e que implica que não basta que os cidadãos possam invocar o direito comunitário no marco de litígios internos e que os juízes e tribunais estejam obrigados a rodear o direito comunitário de plena efetividade através dos princípios de primazia e eficácia direta, o que, em palavras do Tribunal, constituiria tão somente uma ‘garantia mínima’. É necessário, ademais, que estes cidadãos estejam em situação de poder invocar o direito comunitário, situação que não ocorre, segundo o Tribunal, quando existe direito interno contraditório com o comunitário<sup>12</sup>. Através de interação<sup>13</sup>, os Estados-membros exercem, verticalmente<sup>14</sup>, uma execução interna do direito gerado pelas instituições comunitárias, contribuindo para a eliminação das situações de incerteza jurídica provocadas pela existência de direitos incompatíveis.

Outro princípio é o da primazia. Equivale à determinação de valor prevalente ao ordenamento comunitário frente a qualquer norma contrária de direito interno e advém de adoção resultante da própria existência da União. Reflete e condiciona a lógica do sistema, bem como o seu funcionamento, e as relações do sistema jurídico comunitário frente aos sistemas jurídicos nacionais. A definição e as bases do reconhecimento da primazia do direito comunitário é trabalho jurisprudencial, já que não constou dos Tratados. Por tal é possível reiterar que a supremacia do direito comunitário na União Europeia foi buscada, construída de forma lenta, progressiva e jurisprudencial. A não-observância da primazia, princípio também amparado na reciprocidade do reconhecimento<sup>15</sup>, atenta contra a própria noção de processo de integração.

Pelo princípio da aplicabilidade imediata do direito comunitário se entende a incorporação do direito comunitário na ordem jurídica dos Estados-membros, tornando obrigatórias (vinculativas) para os cidadãos as disposições comunitárias. Portanto, determinar aplicabilidade à diretiva é lhe dar poder de modificar o direito interno, sem necessidade de transposição, ou qualquer outra intervenção dos ordenamentos jurídicos nacionais, e não lhe conferir aplicabilidade é fazê-la necessitar de complementos normativos por parte do legislador nacional.

A aplicabilidade, que tem sua origem na própria razão de ser do direito comunitário, não deve ser confundida com o efeito direto,

---

12 ALONSO GARCÍA Ricardo (1999) *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales: autonomía, integración e interacción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 54.

13 O sentido do termo interação pode ser encontrado na obra de ALONSO GARCÍA, que tem como linha de raciocínio uma “permanente interação jurídica” entre os ordenamentos, onde encontra manifestação de uma certa homogeneização jurídica. *Ibíd.* p. 16, 17 e 53.

14 Exercício horizontal seria a participação dos Estados-membros na elaboração da própria normativa comunitária. *Ibíd.*, p. 53.

15 CASELLA Paulo Borba(1994) *Comunidade européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, p. 313.

outro princípio de origem jurisprudencial. Por este princípio se permite ao particular reivindicar a realização do direito fundado na norma comunitária ou impedir a aplicação da regra nacional contrária à ordem comum.

Contudo, nem sempre se obtém a efetiva eficácia direta. A insuficiência na aplicação do princípio, em particular no caso das diretivas, é especialmente relacionada aos casos em que a norma comunitária deixa margem de apreciação na sua execução pelos Estados-membros. Então, alguns mecanismos auxiliam a compensar essa falta. São eles a eficácia interpretativa e a responsabilidade do Estado-membro por infração do direito comunitário, na verdade um princípio, que logo será analisado.

A consagração do princípio complementar<sup>16</sup> da responsabilidade dos Estados-membros pelo incumprimento do direito comunitário se deu com o Caso Francovich<sup>17</sup>, de 1991, pelo qual os Estados-membros são obrigados a reparar os prejuízos causados aos particulares pelas violações do direito comunitário que lhes sejam imputáveis<sup>18</sup>. Com isso criou-se ao particular a possibilidade de buscar um direito à indenização. Assim, a não-observância da supremacia do direito comunitário gera conseqüências ao Estado-membro infrator.

A supremacia do direito comunitário na União Europeia é garantida pela jurisdição do Tribunal que, em seus acórdãos, vem estabelecendo princípios uniformizadores da interpretação do ordenamento jurídico comunitário, que é autônomo, produtor de diretos efeitos mesmo nos cidadãos. Em particular, viu-se que o efeito direto é reconhecer que uma norma prescreve em favor dos particulares uma série de direitos que podem ser buscados ante os tribunais, e primazia é a determinação da incorporação do direito comunitário ao direito interno, mas com valor prevalente. Ainda, que quando o juiz nacional não se abster de aplicar direito contrário ao ordenamento comunitário diretamente aplicável, pode o Estado ser responsabilizado a reparar os prejuízos aos particulares.

---

16 Segundo RODRÍGUEZ IGLESIAS, este princípio representa um complemento da proteção efetiva dos direitos dos particulares baseados no ordenamento comunitário. RODRÍGUEZ IGLESIAS Gil Carlos (1999) “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Konrad Adenauer, p. 28. Ainda, atualmente o processo sofre uma europeização e uma convergência cada vez maiores dos ordenamentos jurídicos nacionais. *Ibid.*, p. 27 e 48. Esta tendência só é limitada pelos princípios de competência de atribuição e de subsidiariedade, que fazem com que algumas parcelas de direito, como a penal, a de família e a de sucessões, ainda sejam regidas pelo direito interno.

17 Caso Francovich, EuGH, Slg. 1991, p. I-5357.

18 O assunto se apresenta de forma ampla e esclarecedora em RIBEIRO Marta Chantal da Cunha Machado (1996) *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 213 p. Sobre a aplicação do princípio no Mercosul, ver BARRA Rodolfo (1997) “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias: el caso “Francovich” — una experiencia para el Mercosur”. In: PÉREZ GONZÁLES Manuel et alli. *Desafíos del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 413-453.

## 5. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO DA INTEGRAÇÃO

Ao contrário do que vimos que ocorre na União Europeia, a fragilidade institucional e jurídica<sup>19</sup> do Mercosul é incontestável. As decisões dos órgãos chegam a vir paralelamente na forma de acordos de direito internacional público, como uma tentativa de garantir a eficácia<sup>20</sup>. Como observa Marques, sob nenhum dos três pressupostos, com os quais a visão jurídica da integração econômica avalia a firmeza e a seriedade de um processo (supranacionalidade, autonomia dos órgãos e criação de mecanismos de controle e garantia de segurança jurídica), poderia o Mercosul ser classificado como uma verdadeira integração<sup>21</sup>. Esses fatos estão muito agravados, devido aos longos anos que se passam desde que o Mercosul apresentou uma concreta evolução.

Essa estrutura frágil é ainda elemento de um dos paradoxos atuais do processo. Ocorre que, mesmo não tendo uma base jurídica sólida, o Mercosul já atua e mesmo legisla um modelo novo de direito<sup>22</sup>.

O processo econômico desenvolvido no Cone Sul vive, desde há muito, um momento de crise. Os Estados-partes que o integram não estão conseguindo colocar os propósitos do mercado comum acima dos interesses nacionais. Conseqüentemente, os temas que exigem decisões conjuntas, como o das liberdades econômicas fundamentais, estão paralisados. O prejuízo para a população desses países é imenso com essa *Mercosklerosis* (em alusão à *Eurosklerose*<sup>23</sup> da década de 80 na Comunidade Europeia). O principal impacto desses problemas é observado na ausência do incremento da circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais e na não implementação da legislação de proteção da concorrência.

Como exemplos de prejuízos, tem-se que a Argentina e o Brasil estão com problemas de relacionamento por conta de barreiras comerciais. Preocupados com as suas mazelas locais, esses importantes parceiros têm recorrido a constantes artifícios para salvaguardar os seus interesses. O Uruguai e a Argentina estiveram com a fronteira fechada por um longo tempo, devido a conflitos por razões ambientais. O Brasil e o Paraguai discutiram o valor da energia de Itaipu. O Uruguai não concordava que o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul fosse

---

19 Visões da fragilidade institucional podem ser vistas em MARQUES Claudia Lima (2001) "O 'Direito do Mercosul': Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 35, p. 83-87 e em VENTURA Deisy (2003) *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 694 p.

20 OLIVAR JIMÉNEZ, Op. cit., p. 33-88.

21 MARQUES, Op. cit., p. 75-76.

22 DREYZIN DE KLOR Adriana (1997) *El Mercosur: Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavallá, 395 p. e MARQUES, Op. cit., p. 91-99.

23 DAUSES Manfred A. (2003) *Rechtliche Grundlagen der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*. München: C. H. Beck, p. 65.

em Assunção. As eleições diretas de representantes dos Estados-partes para o Parlamento do Mercosul estão em ritmo de espera. Esses entraves ilustram o momento que vive o Mercosul. A crise na economia mundial agravou os problemas, que já não eram restritos à questão financeira.

O resultado é que, a exatos vinte anos depois de sua criação, o Mercosul continua uma zona de livre comércio imperfeita e sequer conseguiu se consolidar como uma união aduaneira. O lamentável nesse quadro é o risco real de um retrocesso, de uma involução, nas relações de âmbito regional.

Mas, como visto, há uma parte da doutrina que tem por elogiável a experiência supranacional, embora acredite ser adequado o Mercosul restringir-se, no presente momento e estágio da integração, ao modelo intergovernamental. A esse modelo só coube um sistema de solução de controvérsias no Mercosul de caráter arbitral.

## **6. SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL**

Em função de obstáculos constitucionais e da opção pela intergovernabilidade, o mecanismo de solução de controvérsias assumiu uma característica diferente do existente na União Europeia. O primeiro documento que o regulou foi o Protocolo de Brasília, de 1991, de caráter transitório, que implantou um sistema arbitral.

As iniciativas tendentes a dar um impulso à integração pretenderam superar as deficiências derivadas da carência de um órgão que garantisse a interpretação uniforme do Tratado e tivesse capacidade para constatar e sancionar as violações às disposições emanadas dos órgãos do Mercosul, a adaptação do sistema ao estágio atual da integração e a necessidade de fortalecer a estrutura institucional. Para tanto, uma decisão de 18 de fevereiro de 2002 aprovou o Protocolo de Olivos, que derogou o Protocolo de Brasília e a Decisão n. 17/98 CMC, o seu regulamento de aplicação, de dezembro de 1998. Ele entrou em vigor em 1o. de janeiro de 2004, juntamente com a Decisão n. 37/03 CMC, que é o seu regulamento de aplicação, derogando o de Brasília.

Mesmo em meio aos períodos de crise, que desencadearam inúmeras medidas protecionistas e de represálias, o sistema de solução de controvérsias atingiu um relativo significado. As quatro primeiras controvérsias aceitas para ir ao tribunal arbitral *ad hoc* e que não resultaram em um acordo intermediário<sup>24</sup> foram entre Brasil e Argentina. A primeira decisão do Tribunal Arbitral surgiu apenas em

---

24 Cerca de 450 consultas à Comissão de Comércio do Mercosul atingiram resultados satisfatórios e vieram a evitar o recurso ao procedimento arbitral. VENTURA, Op. cit., p. 240.



abril de 1999<sup>25</sup>. O segundo laudo arbitral<sup>26</sup> surgiu no mesmo ano, cinco meses após o primeiro. Já no começo de 2000 surgiu o terceiro laudo<sup>27</sup>. No ano de 2001 foram emitidos dois laudos arbitrais sobre conflitos em negociações comerciais<sup>28</sup>. Além desses, outros cinco se seguiram, computados apenas aqueles surgidos sob a vigência do Protocolo de Brasília. A análise desses laudos e daqueles que surgiram já sob a vigência do Protocolo de Olivos é a fonte de pesquisa principal para a tentativa de consagração de uma metodologia jurídica mercosulista.

A possibilidade de recurso ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, segundo o artigo 17 do novo documento, instalado solenemente em 13 de agosto de 2004 e que tem como sede Assunção, é o principal avanço em relação ao sistema estabelecido anteriormente<sup>29</sup>. Até então o sistema de solução de controvérsias não dispunha de instância recursal.

Outra inovação é a que consta do artigo 1o., n. 2, que faculta a submissão de controvérsias ao sistema de solução de controvérsias da OMC ou a outro sistema específico de comércio em que sejam partes individuais os Estados-partes do Mercosul. Este parágrafo também introduz uma vedação. Assim, uma vez iniciado um procedimento de solução de controvérsias de acordo com essa regra, nenhuma das partes poderá recorrer aos mecanismos estabelecidos nos outros foros, para a mesma questão. É o que se pode considerar a determinação da competência do órgão regional frente aos multilaterais por uma cláusula de eleição de foro.

Já o artigo 3o. se refere à novidade que possibilita ao Tribunal, mediante requisição dos Estados-partes, emitir opiniões consultivas sobre o direito da integração. A expectativa era que o instrumento servisse a uma interpretação uniforme das regras do Mercosul e a uma confiança na sua arquitetura judicial. Até os dias de hoje, surgiram três opiniões consultivas, nos anos de 2007, 2008 e 2009. Também elas constituem-se em importantes fontes de pesquisa principal para a tentativa de consagração de uma metodologia jurídica mercosulista.

Mais uma novidade a ser citada refere-se às fases do procedimento, já que as partes poderão passar das negociações diretas diretamente

---

25 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm). A descrição e o desenvolvimento do processo podem ser vistos em SAMTLEBEN Jürgen (2000) "Erster Schiedsspruch im Mercosur: wirtschaftliche Krise als rechtliche Herausforderung?" *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 11(3), p. 77-80 e mais resumido em LEHMANN Julia (2001) "Neues von der Schiedsgerichtsbarkeit des Mercosur: ein Integrationsmotor à la Luxemburg?" *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12(20), p. 623.

26 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

27 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

28 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm](http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm).

29 PISCITELLO Daniel Pavón, SCHMIDT Jan Peter (2006) "Der EuGH als Vorbild: Erste Entscheidung des ständigen Mercosur-Gerichts". *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (10), p.301-304 e SCHMIDT Jan Peter (2005) "Neue Impulse durch institutionelle Reformen – der Mercosur ist wieder auf Kurs". *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (5), p. 139-142.



para o procedimento arbitral, sem, necessariamente, percorrer a fase que envolve o Grupo Mercado Comum, como o Protocolo de Brasília apresentava. Assim, segundo artigo 6o., a intervenção do Grupo passou a ser opcional.

Uma última característica é que o Tribunal de Apelação pode ser acionado diretamente depois da primeira fase do procedimento, isto é, depois das negociações diretas, mediante acordo, segundo o artigo 23. Nessa hipótese, os laudos serão igualmente obrigatórios, mas sem a possibilidade de recurso. De fato, o Tribunal tem como objetivo julgar os recursos de revisão dos laudos dos tribunais *ad hoc* apresentados pelos Estados-partes e também atuar como única instância a critério das partes em conflito, ditar medidas cautelares e de urgência e responder a consultas dos Estados.

O sistema, mais ainda o do Protocolo de Brasília, chegou a receber manifestações favoráveis<sup>30</sup>. Críticas também não faltaram<sup>31</sup>. Dificilmente a doutrina o defende. Isso dá eco às manifestações de que o processo tem uma fragilidade institucional.

Na seqüência, esse artigo pretende, vistas essas observações preliminares, retratar os laudos surgidos sob o Protocolo de Brasília, apresentar e discutir as principais inovações advindas com o Protocolo de Olivos e, por fim, dar a conhecer os primeiros laudos surgidos sob a vigência desse novo documento para a solução de controvérsias no Mercosul.

## **6.1. Laudos arbitrais surgidos sob o Protocolo de Brasília**

A primeira decisão do Tribunal Arbitral surgiu apenas em abril de 1999<sup>32</sup>. Com efeito, seis anos após a entrada em vigor do Protocolo de Brasília, durante os quais permaneceu como letra morta<sup>33</sup>, e do começo das críticas a ele dirigidas, bem como alguns meses após a sua regulamentação<sup>34</sup>, veio à tona o primeiro laudo arbitral, envolvendo uma questão que remontava ao ano de 1997. Ela versava sobre se regulamentações do controle de importação do Brasil infringiam o sistema de livre comércio do Mercosul. Brasil e Argentina estavam na disputa presidida por um uruguaio e com trabalhos realizados na sede do Mercosul, em Montevidéu. Segundo a posição argentina, as

---

30 WEHNER, Op. cit., p. 110.

Por JAYME foi apontada como um dos instrumentos para favorecer a integração em mercados como o Nafta e a Alca. JAYME Erik (1995) *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*. The Hague: The Hague Academy of International Law, t. 251, p. 70.

31 PORRATA-DORIA JUNIOR Rafael A. (2004) "Mercosur: the common market of the twenty-first century?" *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32(1), p. 1-72., p. 24.

32 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

33 VENTURA, Op. cit., p. 228.

34 Decisão n. 17/98 CMC, de dezembro de 1998.

medidas do Brasil representavam uma piora da situação até então existente, uma vez que a importação de determinados produtos passou a ter de cumprir específicos requisitos. Isso, juntamente com a cobrança de uma taxa, dificultava o acesso ao mercado brasileiro. O Brasil alegou que a eliminação de barreiras não-tarifárias era apenas um objetivo programático do Tratado em vista do futuro mercado comum. Segundo a decisão do Tribunal, o Brasil deveria eliminar o requisito das licenças não-automáticas para os produtos argentinos, uma vez que tal procedimento desrespeitava o Tratado<sup>35</sup>.

O que seria mesmo relevante de destacar do primeiro laudo, para a questão da metodologia jurídica, é o recurso que se fez ao direito comunitário, que foi expressivo. Esse é o direito, e não tanto aquele da OMC, em verdade, mais adaptado às situações jurídicas relativas à integração. Não se trata, evidentemente, de dizer que ele deveria ter sido aplicado ao caso em tela, mas de identificar na decisão o recurso de interpretação que foi usado, isso tudo considerando que inexistente fundamento jurídico que sustente a invocabilidade do direito da União no âmbito do Mercosul. Como se verá agora, na ausência de norma equivalente do bloco, como também ocorreu quando do emprego de normas da OMC, a tecnologia jurídica forjada na Europa, que para Ventura “constitui um dos mais fascinantes ramos do direito internacional moderno”<sup>36</sup> poderia ser útil ao Mercosul. Foi o que o primeiro tribunal arbitral do Mercosul identificou, posto que proferiu uma decisão marcada por referências às definições e princípios do então direito comunitário.

Eu me refiro agora ao uso do esquema de averiguação das liberdades econômicas fundamentais do direito comunitário (*Prüfungsschema der Grundfreiheiten*). Esse esquema, que tem a sua base nos direitos fundamentais do direito alemão, é construído em cinco níveis, a saber os níveis de âmbito de aplicação/proteção das liberdades fundamentais (*Schutzbereich*), obstáculos, restrições e afetações às liberdades fundamentais (*Beeinträchtigungen*), justificativas à imposição de obstáculos, restrições e afetações às liberdades fundamentais (*Eingriffsmöglichkeiten*), limites das justificativas à imposição de obstáculos, restrições e afetações (*Schranken-Schranken*), e conseqüências jurídicas da imposição de obstáculos, restrições e afetações causados para as liberdades fundamentais (*Rechtsfolgen bei Verstoß gegen die Grundfreiheiten*).

Pareceu-me, que no tratamento da liberdade de circulação de mercadorias pelo primeiro laudo, a metodologia jurídica utilizada foi a europeia.

---

35 A descrição e o desenvolvimento do processo podem ser vistos em SAMTLEBEN, Op. cit., p. 77-80 e mais resumido em LEHMANN, Op. cit., p. 623.

36 VENTURA, Op. cit., p. 302.

A liberdade de circulação de mercadorias tem como favorecidos os cidadãos de um processo de integração, os cidadãos de terceiros Estados que acompanhem as mercadorias, mesmo os não residentes. Obrigados a ela são os Estados-partes, a instituição comunitária e os operadores privados do mercado comum. A liberdade de circulação de mercadorias incide sobre mercadorias com valor econômico que tenham sido produzidas no âmbito territorial do processo de integração ou que estejam em livre prática. Os obstáculos, restrições e afetações que limitam a liberdade de circulação de mercadorias são as discriminações diretas, as discriminações indiretas, as barreiras não discriminatórias e as omissões estatais perante a obrigação de agir. Ademais, têm-se os direitos aduaneiros de importação e de exportação e os encargos de efeito equivalente, bem como as restrições quantitativas à importação e à exportação e as medidas de efeito equivalente. As justificativas à imposição de obstáculos, restrições e afetações à liberdade de circulação de mercadorias residem, entre as escritas, na moralidade pública, ordem pública e na segurança pública e naquelas indicadas no TFUE. Entre as não escritas, têm-se as exigências imperativas e os direitos fundamentais comunitários. Na União Europeia, os limites das justificativas à imposição de obstáculos proibidos pelo Tratado às liberdades econômicas fundamentais são determinados pelo princípio da proporcionalidade, princípio da propriedade; princípio da necessidade; pelo princípio da adequação e pelos direitos fundamentais comunitários. As conseqüências jurídicas dos obstáculos, das restrições e das afetações às liberdades econômicas fundamentais variam conforme o ator seja a União Europeia e os seus órgãos, os Estados-membros da União Europeia ou os operadores privados do mercado comum.

O caso em tela versava sobre se regulamentações do controle de importação do Brasil infringiam o sistema de livre comércio do Mercosul. Segundo a posição argentina, as medidas do Brasil representavam uma piora da situação até então existente, uma vez que a importação de determinados produtos passou a ter de cumprir específicos requisitos. Isso, juntamente com a cobrança de uma taxa, dificultava o acesso ao mercado brasileiro. O Brasil alegou que a eliminação de barreiras não tarifárias era apenas um objetivo programático do Tratado em vista do futuro mercado comum. Segundo a decisão do Tribunal, o Brasil deveria eliminar o requisito das licenças não-automáticas para os produtos argentinos, uma vez que tal procedimento desrespeitava o Tratado<sup>37</sup>. Da mesma forma, segundo o sexto laudo arbitral, o Tratado proibiria também as medidas que, ainda que não ajam diretamente de forma discriminatória, produzam o mesmo efeito, isto é, são faticamente

---

<sup>37</sup> A descrição e o desenvolvimento do processo podem ser vistos em SAMTLEBEN, Op. cit., p. 77-80 e mais resumido em LEHMANN, Op. cit., p. 623.

discriminatórias<sup>38</sup>.

Com isso tem-se que a liberdade de circulação de mercadorias também no Mercosul é realizada através da eliminação de direitos aduaneiros e de todos os demais diretos e indiretos obstáculos ao comércio intracomunitário, em especial as barreiras não tarifárias, as quantitativas e as medidas de efeito equivalente.

A verdade é que o caso representou uma esperança e um sinal de que questões envolvendo comércio pudessem vir a encontrar resultados satisfatórios, mesmo com o procedimento arbitral. Até uma primazia do direito do Mercosul em função desta decisão foi aviltada. Apesar de o laudo não se referir expressamente a um tal princípio, isso decorreria do reconhecimento das normas do Mercosul por ele. A inexistência de normas de caráter supranacional não obsta a que a intervenção dos instrumentos internacionais se realize tendo em conta os fins, objetivos e princípios do sistema de integração, manifestou. Assim, estaria dizendo que os Estados não podem aplicar normas internas contrárias ao direito do Mercosul. E isso é o mesmo que dizer que as normas do Mercosul teriam primazia sobre o direito interno dos Estados-membros. Seria a construção e elaboração de um princípio, como fez o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias várias vezes. Lá na União o Tratado também não falava em uma primazia. Algumas outras possíveis interpretações de argumentações fundadas em direito internacional público e direito comunitário, encontradas no laudo, conduzem a pensar que ele construíra uma primazia do direito do Mercosul. Uma ausência de supranacionalidade e falta de efeito direto das normas não impediria atribuir primazia às suas normas. Embora o tema não seja garantido perante as Constituições, o laudo trouxe um sinal nesse sentido. Seguindo essa interpretação, a elaboração do princípio de primazia teria sido o eixo central do laudo, embora nunca mencionado, mas presente no seu conteúdo<sup>39</sup>.

Doce ilusão, pois em 1999 mesmo ambos os países se envolveram novamente no emprego recíproco de medidas não-tarifárias, o que deixava transparecer que a situação era de instabilidade incontrolável. De fato, esse caso e os futuros tinham mais a ver com a situação de crise do que com uma independência jurisdicional do sistema de solução de controvérsias<sup>40</sup>.

O segundo laudo arbitral<sup>41</sup> surgiu no mesmo ano, cinco meses

---

38 FUDERS Felix (2008) *Die Wirtschaftsverfassung des MERCOSUR: Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union*. Berlin: Duncker und Humblot, p. 223.

39 Pensamentos neste sentido podem ser vistos em DALLA VIA Alberto Ricardo (1999) "El primer laudo arbitral del Mercosur". *Revista de Derecho del Mercosur*, 4, p. 106 e 108. Em posição contrária, sobre a ausência de primazia do direito da integração, ver VENTURA, Op. cit., p. 133 e seguintes.

40 LEHMANN, Op. cit., p. 625.

41 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

após o primeiro. A matéria envolvida versava sobre a existência de subsídios por parte do Brasil à produção e exportação de carne de porco. O Tribunal julgou improcedentes os argumentos levantados pela Argentina, exceto o de que o programa brasileiro de financiamento às exportações constituía um incentivo<sup>42</sup>. O ganho para o sistema de solução de controvérsias foi que o laudo analisou e tomou posição para cada ponto levantado. Outras conquistas foram de segurança jurídica, uma vez que o tribunal não aceitou posterior argumentação da Argentina sobre a situação atual dos fatos, que tinha se alterado desde a fase diplomática da solução, e, ao recusar um pedido também dela, deu importância para a necessidade de apresentação de provas do fato alegado e do dano sofrido pelos Estados-partes, o que não havia sido feito, mesmo que tal exigência não constasse expressamente do Protocolo de Brasília.

Já no começo de 2000 surgiu o terceiro laudo<sup>43</sup>. Desta vez foi o Brasil que acionou a Argentina, motivado por uma disputa sobre a legalidade de cláusulas de proteção envolvendo produtos têxteis. A crise que também atingiu o setor têxtil havia tornado a prática difícil de ser completamente eliminada da relação comercial entre os países. Desde o primeiro momento da tomada da Resolução 861/99 pela Argentina, o Brasil passou a agir contra, inclusive com medidas perante a Organização Mundial do Comércio (OMC). Uma solução só veio a ser tomada pelo tribunal arbitral que, ao observar que o direito do Mercosul não continha autorização que comportasse tais medidas, determinou que as salvaguardas impostas pela Argentina eram ilegais e deveriam ser suspensas. Importante é que já era possível vislumbrar um caráter de precedência entre o segundo e o terceiro laudo em relação ao primeiro<sup>44</sup> e que, diferentemente do acontecido nos julgamentos anteriores, a decisão foi tomada levando em conta rigorosamente os argumentos apresentados pelas partes.

No ano de 2001 foram emitidos dois laudos arbitrais sobre conflitos em negociações comerciais<sup>45</sup>. Um, de 21 de maio, envolvia aplicação de medidas antidumping pela Argentina aos frangos provenientes do Brasil, cuja disputa remontava ao ano de 1997. Nela foi afirmado que a falta de uma regra específica sobre medidas antidumping no Mercosul<sup>46</sup>, apesar

42 Ver detalhes em LEHMANN, Op. cit., p. 623-624.

43 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

44 LEHMANN, Op. cit., Sobre a não garantia de que uma decisão arbitral pronunciada por um tribunal que não se repetirá possa constituir um precedente para as seguintes ver VENTURA Op. cit., p. 274 e seguintes. Sobre a não repetição dos juízes ver ARAUJO Nadia de (2004) *O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro*, (no prelo), p. 12.

45 Os textos podem ser consultados em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

46 FIGUEREDO Julio (2002) "Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur". *CUADERNOS de EPOCA: Integración económica* 2, p. 71-72. A específica questão do dumping, no laudo referido, foi analisada em BAARS Alf, BENKE Rafael Tiago

da vasta atividade legislativa deste processo, e mesmo a não-ratificação do Protocolo de Defesa da Concorrência não significava que os Estados pudessem agir completamente de forma autônoma dentro do mercado. A decisão, no sentido de que as discutidas medidas antidumping eram compatíveis com o direito do Mercosul, motivo da improcedência do pedido do governo brasileiro, não parece ter sido satisfatória, pois observou-se que a porta permanecia aberta para o surgimento de novos laudos sobre a matéria<sup>47</sup>.

A outra decisão foi a primeira a não envolver os dois maiores países do bloco, mas sim o Uruguai e a Argentina. A questão referia-se a dúvidas sobre a autenticidade dos certificados de origem de bicicletas guarnecidas. A Argentina foi condenada a permitir o livre acesso ao mercado interno, como mercadorias intrazona, às bicicletas que tenham certificado de origem uruguaio<sup>48</sup>. É importante observar, ainda, que esta decisão mencionou preceitos do segundo laudo arbitral, anteriormente referido, tendo contribuído para a formação de uma jurisprudência no processo de integração<sup>49</sup>.

O sexto laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul solucionou a controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai contra a República Federativa do Brasil sobre a “Proibição de Importação de Pneumáticos Recauchutados Procedentes do Uruguai”, em 9 de janeiro de 2002. O Uruguai manifestou que as restrições resultantes da portaria da Secretaria de Comércio Exterior (Secex) n. 8 de 25 de setembro de 2000, que dispôs pela não-concessão de licenças de importação de pneumáticos recauchutados e usados, prejudicavam principalmente a empresa Serisur, que vendia US\$ 1,2 milhão em pneus recauchutados ao Brasil. O desentendimento entre os dois países teve origem em uma portaria de 1991 do Departamento de Comércio Exterior brasileiro, que proibia a importação de produtos usados. Entretanto, a proibição aos pneus remoldados somente foi formalizada nove anos depois, com a portaria da Secex, que classificou como usados os pneus recauchutados. A defesa brasileira argumentou que a nova portaria pretendia corrigir falhas de nomenclatura nas operações de comércio exterior do país, o que, segundo o Itamaraty, permitia aos importadores burlar a legislação.

---

Juk (2001) “Antidumping no Mercosul: o Quarto Laudo Arbitral”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. (13), p. 24-37.

47 BAARS Alf, BISCHOFF-EVERDING Peter (2002) “Antidumping und Ursprungsregime: das Schiedsverfahren im Mercosur wird zu einer festen Größe”. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13(11), p. 332 e MARQUES, Op. cit., p. 99.

48 FONTOURA Jorge (2003) “A evolução do Sistema de Solução de Controvérsias: de Brasília a Olivos”. *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, p. 275. A descrição e o desenvolvimento do processo podem ser vistos em BAARS Alf, BISCHOFF-EVERDING, *Ibid.*, p. 333-334.

49 Sobre a constituição, pouco a pouco e de forma integrada, de um conceito incipiente de direito comunitário do Mercosul e de um sistema de precedentes, o que se assemelha à tradição da common law, ver ARAUJO, Op.cit., p. 12-15.



Para o governo Brasileiro os pneus recauchutados são bens usados, independentemente de ter sido objeto de processo industrial com efeito de prolongar sua vida útil. Com a referida portaria, o Brasil tentava reprimir todo tipo de importação de bens usados, proibidos desde 1991. O Uruguai também alegou que existiu um fluxo de comércio de pneus recauchutados entre os dois países durante toda a década de noventa. Tal fluxo comercial provaria que o pneu recauchutado obteve a licença para a importação, não tendo sido, assim, tratado como um bem usado. A decisão manifestou que a Portaria n. 8 de 25 de setembro de 2000, da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, era incompatível com a normativa MERCOSUL. O Brasil deveria, em consequência, adaptar sua legislação interna em consideração à citada incompatibilidade.

O sétimo laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul decidiu a cerca da controvérsia apresentada pela República Argentina contra a República Federativa do Brasil sobre “Obstáculos ao ingresso de produtos fito-sanitários argentinos no mercado brasileiro” ou, mais especificamente, barreiras da legislação ambiental brasileira para a entrada desses produtos no território nacional, em 19 de abril de 2002. O laudo deu ganho de causa à Argentina e impôs ao Brasil a incorporação das resoluções do Mercosul em seu ordenamento jurídico interno.

O oitavo laudo arbitral decidiu acerca da controvérsia entre a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai sobre “A aplicação do IMESI (Imposto Específico Interno) à comercialização de cigarros”, em 21 de maio de 2002. O objeto da controvérsia era a incompatibilidade das normas uruguaias referentes à aplicação de um tal imposto. A forma de calcular a incidência de tal imposto seria discriminatória e contradiria os artigos 1º. e 7 do Tratado de Assunção e seu Anexo I. Em decisão, proferiu o Tribunal que o Uruguai deveria cessar os efeitos discriminatórios com relação aos cigarros paraguaios, baseados na condição de país não-fronteiriço, e assim também os demais efeitos discriminatórios que resultassem de medidas por via administrativa com relação aos cigarros de origem paraguaia.

## **6.2. O surgimento do Protocolo de Olivos**

As iniciativas tendentes a dar um impulso à integração<sup>50</sup> pretenderam superar as deficiências derivadas da carência de um órgão que garantisse a interpretação uniforme do Tratado e tivesse capacidade para constatar e sancionar as violações às disposições emanadas dos órgãos do Mercosul. Assim, uma decisão de 18 de fevereiro de 2002

---

50 SABIDO RODRÍGUEZ Mercedes (2003) “Un nuevo impulso a la integración jurídica en el Mercosur”. In: CALVO CARAVACA Alfonso Luis, BLANCO-MORALES LIMONES Pilar. *Globalización y Derecho*. Madrid: Colex, p. 564-567.



aprovou o Protocolo de Olivos<sup>51</sup> que derogou o Protocolo de Brasília e a Decisão n. 17/98 CMC, o seu regulamento de aplicação, de dezembro de 1998. Ele entrou em vigor em 1o. de janeiro de 2004, juntamente com a Decisão n. 37/03 CMC, que é o seu regulamento de aplicação. A elaboração do referido documento foi impulsionada pela necessidade de adaptar o sistema de solução de controvérsia ao estágio atual da integração. Necessitava-se fortalecer a estrutura institucional.

A opção por um mecanismo arbitral foi mantida. Era pacífico o entendimento que a adoção, sem mais, em outros processos de integração, das características do Tribunal comunitário, não projetaria iguais resultados. As inovações introduzidas alcançaram a vários institutos. Da mesma forma, foram vários os temas que não apresentaram modificações. Entre as mais sensíveis inovações do Protocolo de Olivos e entre aqueles temas que não sofreram modificações, é necessário indicar: a possibilidade de recurso ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul; possibilidade de submissão dos conflitos a outros foros; emissão de opiniões consultivas sobre o direito da integração; novo caráter optativo da intervenção do Grupo Mercado Comum; uso do Tribunal de apelação como única instância; e a manutenção do acesso indireto dos particulares. Ainda, cabe referir que o Protocolo estabelece as diretrizes que deverão ser observadas para a designação dos membros dos tribunais. Uma questão relevante é a disposição segundo a qual é recepcionada a faculdade que têm os Estados-partes de solicitar esclarecimentos sobre as pessoas que integram as listas apresentadas, já que essa possibilidade pode originar controvérsias. De fato, há um alto grau de subjetividade a rondar esse pedido de esclarecimento sem que esteja acompanhado de uma devida regulamentação no Protocolo, nem mesmo quanto ao prazo para que os pedidos sejam respondidos.

A sequência desse artigo trará algumas aplicações dessas novas regras a casos concretos, sendo que estes também servem à determinação de uma metodologia jurídica mercosulista.

### **6.3. Laudos arbitrais surgidos sob o Protocolo de Olivos**

O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul<sup>52</sup> já foi convocado

---

51 Para críticas e propostas ao Protocolo de Olivos ver MOYA DOMÍNGUEZ María Teresa (2003) "La Seguridad Jurídica en el Mercosur: el aporte del Protocolo de Olivos y la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje". In: DROMI Roberto (dir.) *Sistema Comunitário I*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 308-347. A aprovação do Protocolo de Olivos se deu sem debate interno, que não o desenvolvido no plano diplomático. VENTURA Op. cit., p. 597. Mais sobre o tema ver em ARAUJO Op. cit., 28 p.; em FONTOURA Op. cit., p. 271-278 e em BARRAL Welber (2003) "O Protocolo de Olivos e as controvérsias no Mercosul". In: HOFMEISTER Wilhelm, TREIN Franklin. *Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, p. 83-96, que também às páginas 94-96 trata das dúvidas remanescentes.

52 PISCITELLO, SCHMIDT Op. cit., p. 301-304 e SCHMIDT Op. cit., p. 139-142.

em cinco situações, para laudos, e em outras três, para a emissão de opiniões consultivas, que serão vistas a seguir.

A primeira situação de exercício recursal resultou na deliberação do Laudo n. 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão constituído para conhecer o Recurso de Revisão apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o laudo arbitral do Tribunal *Ad Hoc* da data de 25 de outubro de 2005, na controvérsia entre a mesma e a República Argentina sobre a “Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados procedentes do Uruguai”, emitido na cidade de Assunção, em 20 de dezembro de 2005<sup>53</sup>. O objeto da controvérsia estava corretamente definido no item 90 do laudo em revisão, o primeiro surgido sob o Protocolo de Olivos, e tratava-se da Lei argentina n. 25.626, datada de 8 de agosto de 2002. O laudo em revisão foi considerado pelos árbitros do tribunal permanente possuidor de evidentes e graves erros jurídicos, o que o tornaria imperiosamente revogável. Assim, em decisão, o tribunal decidiu revogar o laudo arbitral em revisão, determinar que a Lei argentina n. 25.626 era incompatível com as normas do Mercosul e que a Argentina deveria derogá-la ou modificá-la conforme o disposto na argumentação e fundamento da decisão. Por fim, decidiu o Tribunal que a decisão teria vigência até a data em que o Mercosul, pela via institucional apropriada, aprovasse uma norma sobre a questão debatida nos autos, relativa à importação de pneumáticos remoldados.

Em momento seguinte a essa decisão revisora, a Argentina interpôs um Recurso de Aclaração contra ela, o que fez com que o Tribunal Permanente tivesse que emitir o Laudo n. 1/2006, de caráter complementar ao Laudo n. 1/2005<sup>54</sup>. Nele é observado que a Argentina apresentou uma solicitação de aclaração contendo trinta e um questionamentos bem diferentes e que um recurso como tal deveria ter por objeto a correção de um erro material, a aclaração de alguma expressão obscura ou a suplementação de alguma omissão em que o Tribunal tivesse incorrido e não renovar o debate sobre a interpretação e aplicação das leis, doutrina e jurisprudências feitas por um tribunal ao decidir um assunto. Tal medida da Argentina, de ter usado em grande parte o recurso de aclaração com a intenção de reabrir o debate sobre as questões decididas pelo laudo questionado, foi interpretada como uma tentativa de rediscutir o caso. Por tal, o laudo complementar terminou sendo muito mais extenso que o laudo arbitral objeto do recurso. Com isso, e por trata-se de um caso especial, já que era o primeiro recurso de aclaração que estava sendo julgado e o Tribunal não desejar que no futuro tal recurso fosse usado de maneira imprópria para reabrir debates, resolve ele não dar procedência ao recurso apresentado pela Argentina com relação ao laudo julgado em 20 de dezembro de 2005 sobre a

---

53 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

54 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

proibição de importação de pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai.

A terceira convocação do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul resultou no Laudo n. 2/2006 que julgou o Recurso de Revisão apresentado pela República Argentina contra uma decisão do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de 21 de junho de 2006, contida em uma Ata da Sessão n. 1, o que tornava o recurso peculiar, por se encarregar de definir a competência do mesmo para conhecer de recursos contra providências e decisões interlocutórias de tribunais *ad hoc*, que não o laudo definitivo<sup>55</sup>. O tribunal *ad hoc* havia sido constituído para julgar a controvérsia promovida pela República Oriental do Uruguai contra a República Argentina sobre a questão da “Omissão do Estado Argentino em Adotar Medidas Apropriadas para Prevenir e/ou Fazer Parar os Impedimentos à Livre Circulação pelas Barreiras em Território Argentino das Vias de Acesso às Pontes Internacionais General San Martín e General Artigas que unem as duas Repúblicas”.

Em uma quarta sessão, em Assunção, no dia 08 de junho de 2007, emitiu o TPRM o Laudo n. 1/2007, a respeito de solicitação de pronunciamento sobre excesso na aplicação de medidas compensatórias, em uma controvérsia entre Uruguai e Argentina sobre a proibição de importação de pneus remoldeados procedentes do Uruguai.

Por fim, também em Assunção, no dia 25 de abril de 2008, reuniu-se o TPR pela última e quinta vez até os dias de hoje, para emitir o Laudo n. 1/2008, que tratou de uma divergência sobre o cumprimento do Laudo n. 1/2005 por parte da Argentina, alegada pelo Uruguai, com base no artigo 30 do Protocolo de Olivos. Em resposta, a Argentina alegou que o Tribunal considerasse uma reforma legislativa interna produzida como consequência direta do referido Laudo n. 1/2005, que lhe cabia cumprir. Mas o Tribunal entendeu que as medidas adotadas pela Argentina, o surgimento de uma lei interna, não supôs o cumprimento do Laudo n. 1/2005, e por tanto, a Argentina deveria derogá-la ou modificá-la, bem como a lei anteriormente existente, para que a decisão tida com o Laudo n. 1/2005 tivesse o alcance necessário. Por fim, deu ao Uruguai a oportunidade de manter as medidas compensatória até quando se desse o cumprimento integral do Laudo.

#### **6.4. Observações finais sobre o sistema de solução de controvérsias**

O sistema do Protocolo de Brasília chegou a receber manifestações favoráveis, uma vez que teria evitado uma hipertrofia administrativa<sup>56</sup>, outrora já prejudicial a outros processos sul-americanos de integração,

---

55 O texto pode ser consultado em [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy).

56 BARRAL, Op. cit., p. 86.

e consagrado instrumentos modernos de resolução de conflitos no direito das gentes ao utilizar-se de arbitragem comercial internacional<sup>57</sup> e ao possibilitar aos particulares acorrerem a essas instâncias<sup>58</sup>.

Críticas também não faltaram. Na concepção de Porrata-Doria Júnior, o sistema então existente era extremamente fraco. Ele não era adequado para ser um mecanismo com o qual o Mercosul pudesse exigir o cumprimento das normas que ele emite. Para o autor, era necessário um sistema melhor<sup>59</sup>. Também não era esperado que o sistema gerasse um cabedal jurisprudencial mínimo necessário para a interpretação e aplicação das regras comunitárias. Para Martins, o sistema de tomada de decisões e de solução de litígios era frágil e obsoleto<sup>60</sup>.

É indiscutível que a grande maioria dos autores oferece críticas ao sistema de solução de controvérsias, quando não a tudo e às dessemelhanças que se apresentam com o processo comunitário, invariavelmente tido como maravilhoso, fascinante e fantástico.

Não apenas o sistema de solução de controvérsias, mas a ordem jurídica como um todo recebe considerações. A fragilidade institucional e jurídica<sup>61</sup> do Mercosul é incontestável. Seguem existentes os mesmos problemas fundamentais: a provisoriade de parte dos instrumentos vigentes, a ausência de uma instituição uniformizadora das decisões, que busque evitar soluções diferenciadas para situações aproximadas, e o não-estabelecimento de mecanismos pelos quais os particulares possam buscar, diretamente, a solução de seus problemas.

## **7. CONSTRUÇÃO DE UMA METODOLOGIA JURÍDICA MERCOSULISTA**

Analisando certos documentos arbitrais do Mercosul, encontra-se o uso do método teleológico e do método comparativo.

### **7.1. Primeiro laudo arbitral sob o Protocolo de Brasília e a expressão do método teleológico**

No ponto 7, que descreve as circunstâncias e os fatos, é objetada uma

57 Ver a aceitação desse instituto no esquema de integração do Nafta, por exemplo, em DREYZIN DE KLOR, Op. cit., p. 114-129.

58 SILVEIRA, P. A. C. V. da. Op. cit., p. 159 e BARRAL, W. Op. cit., p. 86.

59 PORRATA-DORIA JUNIOR Rafael A. (2004) "Mercosur: the common market of the twenty-first century?" *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32(1), p. 24.

60 MARTINS Alexandre Marques da Silva (2000) "O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza". In: CASELLA Paulo Borba (coord.) *MERCOSUL: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 592-593.

61 Visões da fragilidade institucional podem ser vistas em MARQUES Cláudia Lima (1998) "Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor: Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor". *Revista de Direito do Consumidor*, (26), p. 56-58 e em VENTURA Op. cit., p. 108 e 589-601.

norma brasileira que internalizou regras do Mercosul no ordenamento jurídico nacional, assim o Comunicado n. 37/97, que estabelece e consolida a lista de capítulos e produtos da Nomenclatura Comum do Mercosul sujeitos a licença não automática ou a licença automática com condições especiais. A alegação é que o Comunicado piora e agrava as condições de acesso ao mercado brasileiro de produtos argentinos, estabelecendo medidas administrativas equivalentes a restrições.

No ponto 16 e seguintes é alegado o descumprimento de normas do TA e de outras decisões do Mercosul, pois o TA expressaria, em seu artigo 1º, que o mercado comum implica, entre outras coisas, eliminar os direitos aduaneiros e as restrições não tarifárias e qualquer outra medida equivalente, bem como que o Anexo I do TA disciplina o que se entende por restrições.

No ponto 18, invoca a Argentina um compromisso de stand still em matéria de restrições não tarifárias e afirma que um novo sistema de importação implantado pelo Brasil reinstalava restrições anteriores, em condições mais gravosas, causando perda de segurança e certeza jurídicas, bem como fazia com que os exportadores argentinos devessem realizar trâmites adicionais de maior complexidade.

Já no ponto 19, a Argentina reitera que “uma interpretação funcional do TA deve levar em consideração o objeto e a finalidade do mesmo para interpretar o alcance dos compromissos que contém, assim como deve avaliar-se a obrigação de eliminar restrições segundo as Normas Complementares do próprio Tratado e do ACE 18”. Isso tudo para dizer, no ponto 21 do laudo, que “A interpretação dos compromissos no Mercosul deve condizer com a finalidade do TA e de seus instrumentos complementares. Os Comunicados são contrários aos propósitos e finalidades do TA e afetam a reciprocidade. A exigência (...) viola o compromisso de eliminar as restrições não tarifárias”, estabelecido nas normas do Mercosul. Bem, como se está trabalhando o primeiro laudo arbitral do Mercosul, pode-se dizer que a expressão “interpretação funcional do TA” é o primeiro indicativo dos rumos da metodologia jurídica mercosulista.

A partir do ponto 34 do laudo, está dito que o Brasil alegou que “O TA pode ser considerado um acordo quadro, instrumento internacional no qual traçam-se os objetivos e os mecanismos para alcançá-los, cujas disposições em geral programáticas não são, em sua maioria, juridicamente auto-aplicáveis”, bem como que o mercado comum deveria ser alcançado gradualmente, e também que os Estados-partes procederam a diversas reavaliações dos prazos e dos objetivos do Mercosul, pelo que teriam abandonado a noção de eliminação de todas as restrições não tarifárias e passado a trabalhar a noção de harmonização de restrições não tarifárias, devido ao que não procederiam as reclamações da Argentina. Ademais, nessa linha de

pensamento, o compromisso não seria de stand still, mas de tratamento nacional e de nação mais favorecida para as importações.

A partir do ponto 49 do laudo, afirmam os árbitros que “a solidez de ambas argumentações persuadiu o Tribunal da necessidade de desenvolver a fundamentação de sua decisão em uma linha de argumento incoincidente com qualquer das Partes, ainda que recolhendo contribuição das duas”, e que “A profundidade e amplitude das fundamentações (...) indica claramente que a tarefa do Tribunal não consiste em decidir acerca da aplicação de alguma ou algumas disposições específicas e isoladas, mas em situar e resolver a controvérsia apresentada sob a perspectiva do conjunto normativo do Mercosul (...), interpretando-o à luz das relações recíprocas que emanam do conjunto dessas normas e dos fins e objetivos que os Estados-partes assumiram”. Também, informa o laudo que “a questão proposta perante este Tribunal (...) não pode ser abordada como uma mera aplicação mecânica de disposições reunidas em um código ou texto unificado. Implica necessariamente realizar um amplo trabalho interpretativo para identificar os direitos e obrigações emergentes de um conjunto normativo de formação sucessiva”.

A partir daí, o laudo passa a citar bibliografia comunitária, de Panayotis Soldatos e de Antonio Remiro Brotons, a respeito do que é considerado um “continuum integratif”, no qual os diversos elementos adquirem significado numa visão de conjunto, e onde também “um regime que resulta do conjunto de suas disposições, forma um todo do qual não poderiam dissociar-se as distintas cláusulas para serem consideradas separadamente”. Para julgar a compatibilidade de um regime de licenças nacional com a normativa do Mercosul o Tribunal deveria “buscar e identificar as regras jurídicas aplicáveis, guiado pelos fins e objetivos da ordem normativa criada pelas Partes”, examinando o ponto sob o critério geral de interpretação estabelecido.

Mais adiante, vê-se no laudo as expressões de enfoque teleológico, valorização teleológica das obrigações, método teleológico, em momento em que são citados os doutrinadores comunitários Fausto de Quadros e Lecourt, e “in dúbio pro communitate”. Substancialmente, aponta o ponto 59 que o trabalho interpretativo, que entende-se teleológico, deve levar em conta os objetivos e os fins do conjunto normativo e os alcances expressos nele.

Nos pontos 61 a 64, aduz o laudo que “Como corolário da interpretação teleológica e, em relação com a mesma, a jurisprudência comunitária, assinala Quadros (...), aplica o conceito de efeito útil ou de eficácia mínima das normas, Brotons (...), efeito útil significa ‘escolher entre as várias soluções possíveis segundo os termos do tratado em seu contexto, aquela que melhor serve à satisfação de seu objeto e fim’” e que “Os conceitos expostos aplicam-se sem violência ao TA”.



A linha de argumentação seguida pelo Tribunal reconhece o papel central da liberação comercial no cumprimento dos fins e objetivos do Mercosul, a natureza inseparável das vertentes tarifária e não tarifária e a obrigação de eliminar totalmente as restrições em ambas, bem como que os cinco Anexos do TA, congruentes com esta interpretação, contêm obrigações concretas e auto-exequíveis, e nenhuma norma expressa derogou a obrigação de proceder ao desmantelamento não tarifário, subsistindo o sistema do TA e as obrigações nascidas com ele, apesar de haver sofrido modificações, especialmente decorrentes da expiração do prazo originalmente pactado para o alcance do mercado comum. Essa seria a conclusão com base em uma interpretação harmônica do sistema, congruente e não contraditória com os fins e objetivos declarados e acordados pelas partes.

Em conclusão, decidiu o Tribunal que a controvérsia situava-se no conjunto normativo do Mercosul, que contra ele devia ser invocada uma incompatibilidade de um ordenamento nacional, que os instrumentos do processo de integração devem ser interpretados em forma teleológica, tendo em conta os fins, objetivos e princípios do sistema de integração, mesmo na ausência de normas de caráter supranacional, bem como que o TA e seu sistema normativo contêm disposições que fixam objetivos e princípios que estabelecem obrigações concretas para os Estados, entre as quais se inclui o programa de liberação comercial que deve ser completado tanto em relação às medidas tarifárias quanto às não tarifárias.

A necessidade de ser interpretado o Tratado de Assunção e a normativa do Mercosul funcional ou teleologicamente, enquanto mecanismo de integração, para desestimar medidas nacionais que sejam contrárias ao objetivo final neles estabelecidos, foi uma constante encontrada nos laudos arbitrais, até o nono, que torna a esses métodos, como se lê no seu item 19. Esse laudo, por sinal, no item 26, apresenta um outro método, chamado lógico-sistemático, que prega o atendimento aos princípios do Mercosul de gradualismo, flexibilidade e equilíbrio, consagrados no preâmbulo do Tratado de Assunção, que deveriam presidir a progressiva concretização, através da normativa vinculadora emanada dos órgãos do Mercosul, dos enunciados programáticos e princípios gerais essencialmente encerrados no corpo do Tratado.

Outra questão é que a doutrina deu ao laudo nono uma importância, por assim dizer, jurisprudencial, uma vez que nele foram usadas bases contidas em decisões arbitrais anteriores do Mercosul, que os árbitros aplicaram para a formação de sua decisão, a exemplo do que se vê no item 62.



## **7.2. Primeiro laudo arbitral de revisão sob o Protocolo de Olivos e a expressão do método comparativo**

No item 3 do laudo, que trata do alcance do recurso e do alcance jurisdicional do TPR em recursos de revisão, é expresso que o trabalho do TPR deve restringir-se à interpretação e à aplicação das normas do Mercosul, no caso em tela, do princípio do livre comércio. Já no item 4 do laudo, está citado o então TJCE, quando é dito, em analogia, que a função dele é de interpretar a norma jurídica desde o ponto de vista jurídico, vale dizer, buscar o significado para precisar o seu alcance, e que muitas vezes esse Tribunal e o da Comunidade Andina das Nações julgaram casos com base na tese de incumprimento continuado das disposições do Tratado por parte dos Estados-membros, para ao final dizer que o TPR incorpora como preceito jurisprudencial tal concepção com o alcance mencionado e com todas as suas conseqüências. Vê-se, desde já, com clarividência, a expressão do método comparativo, pela invocação de instituições comunitárias.

Mais evidente nesse laudo é a invocação de jurisprudência, de normas e do sistema de averiguação das liberdades econômicas fundamentais usados pela União Europeia. Nesse sentido, o item 9 do laudo dá início à aplicação do que nele ficou conhecido como critérios de rigor, mas que, para a análise desse escritor, nada mais é que a aplicação do sistema de averiguação comunitário à viabilidade das exceções ao livre comércio, no caso em tela, a viabilidade ou não da exceção do meio ambiente à luz da normativa mercosulista. A aplicação do conhecimento comunitário é especialmente evidente no item 10, onde se lê que “Normativamente, não existe no Mercosul um corpo legal que estabeleça clara e concretamente os critérios de rigor a serem analisados para a invocação de tais exceções, as quais sempre devem ser interpretadas com critério restritivo. (...) na hoje União Europeia (...) foram os tribunais comunitários os que primeiro desenvolveram tal conceito jurisprudencialmente”. No item 11 do laudo, são citadas exceções ao princípio do livre comércio, que correspondem àquelas avaliadas e consideradas pelo sistema de averiguação das liberdades fundamentais comunitário, efetivamente destinadas a proteger tais valores, que, naquilo que for possível, não incidam no comércio e que finalmente sejam proporcionais com o fim perseguido.

O item 14 do laudo dá início à invocação do critério da proporcionalidade, pela análise de se a medida em questão é efetivamente restritiva ao livre comércio, que é o primeiro passo em um exercício de detecção de incompatibilidade entre normas autônomas dos Estados-membros e comunitárias. Isso é feito citando brevemente uma jurisprudência do TJCE, tida do caso Comissão contra República

da Áustria, julgado em 15 de novembro de 2005<sup>62</sup>, no qual se teve que uma norma interna austríaca se constituiu em uma medida de efeito equivalente a restrições quantitativas, incompatível com as obrigações do então direito comunitário.

No item 15, o laudo dá início à avaliação do caráter discriminatório da medida objetada, um outro elemento do sistema de averiguação comunitário, novamente com base na jurisprudência comunitária antes citada, mas dessa vez considerando as observações do advogado geral L. A. Geelhoed.

No item 16, o laudo dá início à avaliação do terceiro pressuposto, que é o da justificação ou não da medida, sempre baseando-se em citações do julgado comunitário mencionado e das manifestações do advogado geral Geelhoed quanto ao cabimento das medidas com o objetivo perseguido por elas, um outro elemento do sistema de averiguação comunitário.

No item 17, o laudo, por fim, trata do quarto e mais difícil critério estabelecido pelo regime comunitário, que é o da proporcionalidade, tomando que toda medida que obste o livre comércio deva ser sempre avaliada restritivamente, consolidando, assim, a aplicação do sistema de averiguação comunitário a um laudo do Mercosul, ainda que isso não tenha sido dito expressamente no laudo em algum ponto. Nesse mesmo item, o julgador mercosulista cita, para compreender-se claramente o conceito de proporcionalidade, um Guia para a Interpretação e Aplicação dos artigos 28 e 30 do Tratado CE, de janeiro de 2001, emitido pela Divisão Geral do Mercado Interior, que comenta os ensinamentos do caso *Cassis de Dijon*, sobre o princípio geral da proporcionalidade.

Em conclusão, o primeiro laudo arbitral de revisão sob o Protocolo de Olivos revogou o laudo do tribunal ad hoc, porque ele possuía evidentes e graves erros jurídicos, conforme expresso no item 25 do laudo revisor, determinando que uma lei interna argentina era incompatível com a normativa do Mercosul, com base em uma correta interpretação e aplicação jurídica de exceções ao livre comércio, analisadas conforme o esquema de averiguação comunitário e a tese do incumprimento continuado do Tratado, o que representou, para nós, a expressão também do método comparativo na construção da metodologia jurídica mercosulista.

### **7.3. Primeira opinião consultiva, opção decorrente das inovações advindas com o Protocolo de Olivos, e a expressão do método sistemático**

Em 2007, surgiu a primeira opinião consultiva do TPR. Uma

---

62 Assunto C-320/03, TJCE, caso Comissão contra República da Áustria, julgado em 15 de novembro de 2005.

juíza de primeira instância do cível e do comercial de primeiro grau da jurisdição de Assunção, Paraguai, via Corte Suprema de Justiça do Paraguai, em autos em que litigavam duas empresas privadas, a argentina Laboratorios Northia Sociedad Anónima e a paraguaia Norte Sociedad Anónima, endereçou uma questão ao TPR. Ela girava em torno da prevalência do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, uma norma integracionista, sobre uma lei nacional paraguaia, que determinava o devido respeito, por essa, à eleição de jurisdição contratualmente estabelecida entre as partes, em conformidade com o artigo 4º. de tal Protocolo, sustentando a primazia do tratado sobre a lei.

Com efeito, e segundo o item A, 1 do laudo, a questão abarcava exclusivamente questões atinentes à interpretação jurídica da normativa do Mercosul, e se vinculava com causa que estivesse tramitando no Poder Judiciário do Estado-parte solicitante, com o que restavam cumpridas as exigências do Protocolo de Olivos para a submissão de opinião consultiva. Ainda, segundo o item A, 3 a aceitação da questão considerava a sua transcendental importância para assentar os sólidos cimentos do conceito, natureza e objetivo das opiniões consultivas dentro do processo de integração, dado o contexto da consulta, e segundo o item B, 1 a função do tribunal nos casos em tela era interpretar a norma comunitária desde o ponto de vista jurídico, vale dizer, buscar o significado para precisar o seu alcance, ainda que uma opinião consultiva não seja obrigatória, nem vinculante para o juiz nacional consultante. No mesmo item, lembram os interpretadores que na União Europeia, um recurso semelhante é sempre vinculante.

No item C, 1 buscando resolver já a questão, o tribunal informa que “As três características básicas do direito comunitário são: i) a aplicação imediata, ii) o efeito direto, iii) a prevalência normativa sobre o direito interno”, no momento em que cita o jurista espanhol Ricardo Alonso García e os seus comentários ao caso Costa/ENEL, do TJCE, de 1964, que determinou uma origem pretoriana aos preceitos acima, especialmente o terceiro. Para esse dissertante, pende novamente o TPR ao método comparativo. Evidentemente que o TPR tinha a oportunidade de uma criação também pretoriana para inseri-las dentro do regime jurídico e da metodologia jurídica mercosulistas.

Mais adiante, no item E, 4 que discutia a prevalência da norma de direito da integração sobre a ordem pública nacional e internacional, novamente a jurisprudência do TJCE é citada, em especial o caso Dieter Krombach, de 28 de março de 2000.

Na sequência, antes de estimar a interpretação do articulado do Protocolo de Buenos Aires, informa o tribunal que o mesmo foi aprovado e ratificado por todos os Estados-partes do Mercosul, e que por tal, estaria legitimado para angariar prevalência sobre a lei nacional

de todos os Estados. E no mesmo item F, 3 informa que o Protocolo de Santa Maria, invocado no processo para ser aplicado, não o poderia ser, dado que ainda não se encontra em vigor. Essa conclusão é bastante simplória, mas muito representativa para a formação de uma metodologia jurídica mercosulista, especialmente porque reafirma que nem mesmo uma norma do Mercosul, em comparação com as normas do direito internacional público, não é dispensada do processo de ratificação pelos Estados-partes para que entre em vigor.

Então, no item E do voto do árbitro Nicolás Becerra, lê-se que “Os Protocolos de Direito internacional privado são convenções internacionais, mas convenções muito particulares porque estão contidas em decisões do Mercosul -que têm caráter obrigatório segundo o Protocolo de Ouro Preto- e terem sido adotadas no marco de um processo de integração. Esses dados são fundamentais para a hora de fixar a interpretação de suas normas. É verdade que se tem que seguir o processo de incorporação previsto em cada Estado -dado que ainda não existe uma instância supranacional legiferante da que pudessem derivar normas como estas destinadas a sua aplicação direta nos países membros-, mas uma vez em vigor essas convenções devem interpretar-se e aplicar-se em função das finalidades do Mercosul” e objetivos que os Estados-partes assumiram explícita e implicitamente ao adotarem tais normas, assim segundo um método nesse laudo chamado de interpretação sistemática, global.

As noções vertidas no Direito da União ainda não resultam transferíveis ao Mercosul, posto que esse não é uma organização supranacional. Ele carece de organismos comunitários com poderes legislativos delegados, pelo que as normas que emanam de seus órgãos carecem de eficácia direta e devem ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos de cada Estado conforme os respectivos mecanismos constitucionais vigentes. É isso o que o Protocolo de Ouro Preto diz no seu artigo 42.

Discutindo o mesmo assunto e assumindo tais concepções, o voto do árbitro Ricardo Oliveira García, no item C, b, 21 cita o grande internacionalista da Universidade de Heidelberg, Prof. Erik Jayme, por ocasião de um prólogo que ofertou a um livro organizado por Diego Fernández Arroyo sobre o Direito Internacional Privado nos Estados do Mercosul, em 2003, que ali nos explicou que na Europa, os instrumentos usados no começo para a criação de um Direito Internacional Privado comum consistiram justamente em convenções entre os Estados-membros da União Europeia, das quais derivaram, particularmente desde o Tratado da União Europeia, em 1992, em regulamentos e diretivas.

Enfim, em conclusão, o TPR afirma que a cláusula atributiva de competência jurisdicional contida no contrato realizado entre as duas

empresas confrontadas na lide era válida, posto que as normas do Mercosul internalizadas prevalecem sobre as normas do direito interno dos Estados-partes, sejam elas de direito interno propriamente dito ou de direito internacional público e privado, e assim o caso foi respondido pelo TPR muito mais pela elucidação do aparente conflito entre duas fontes normativas diversas aplicáveis, o Protocolo de Buenos Aires e uma lei nacional paraguaia, do que por uma real interpretação de uma norma do Mercosul.

#### **7.4. O caso Sancor, mas que não chegou a gerar uma opinião consultiva**

Todavia, a mais interessante parece ser uma questão que não chegou a gerar efetivamente uma opinião consultiva. Em outubro de 2009, pela primeira vez a Argentina formulou uma questão ao TPR. Foi a primeira vez, também, que uma questão partiu diretamente de um tribunal superior de um dos Estados-partes do processo de integração, sobre um assunto originado dentro do órgão judiciário superior. Tal acontecimento demonstra que o mecanismo possui funcionalidade e vitalidade.

A pergunta proposta pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina ao TPR era a seguinte: *¿El Tratado de Asunción impone a los Estados miembros del MERCOSUR la obligación de abstenerse de establecer derechos a la exportación de mercaderías originarias de uno de ellos y destinadas a otros Estados miembros?*

A discussão diz respeito à compatibilidade ou não de direitos de exportação aplicados pela Argentina com base na Resolução 11/2002 do Ministério da Economia com os artigos 1º. e 5º. TA e com os artigos 1º. e 2º. do seu Anexo I sobre o Programa de Liberação Comercial.

A empresa Sancor Cooperativas Unidas Limitadas, que promove uma demanda contra o Fisco Nacional (Dirección General de Aduanas), defende que a aplicação dos mencionados direitos de exportação entre os Estados-partes do Mercosul resultaria inválida por ser contrária ao TA. O caso envolve a exportação, pela mesma, de leite em pó e água mineral para o Brasil e para o Paraguai nos anos de 2002 e 2003.

Pois bem, a proposta de uma pergunta nesses termos dá margens a várias reflexões iniciais. Em primeiro lugar, decididamente, como informa Alejandro D. Perotti, o dia da sua proposição é histórico para a consolidação do direito do Mercosul. Isso é assim porque cabe esperar que o TPR, ao responder a questão proposta, dê continuidade ao decidido na Corte Argentina e confirme os direitos e as obrigações que o TA impõe aos Estados-partes e aos particulares. Também cabe referir que o TPR estará no ponto de decidir não unicamente se uma norma argentina é compatível com o TA, mas, uma questão de maior

relevância, que é saber se o Mercosul gera obrigações aos Estados-partes e benefícios aos particulares. Em segundo lugar, a doutrina mercosulista entende que a resposta do TPR decidirá o futuro do Mercosul e, mais, que dela depende o próprio futuro do órgão jurisdicional, que busca a consolidação da sua posição institucional. Em terceiro lugar, não é possível esquecer que a resposta afirmativa a uma questão como essa foi um dos elementos essenciais para a afirmação e para o êxito do processo de integração da UE. Há quem tenha dito que quando uma pergunta assim, de um tribunal superior, chegava ao Tribunal comunitário na década de 60, o que ocorria raramente, até garrafas de champanhes eram abertas em comemoração.

Em quarto lugar, cabe refletir que se a resposta for um sim, é de se pensar que os direitos de importação também efetivamente seriam proibidos entre os Estados-partes do Mercosul, já que são tão proibidos quanto os de exportação. O TA refere-se à eliminação dos direitos aduaneiros e das restrições não tarifárias à circulação de mercadorias, sejam eles de importação ou de exportação. Os de importação estão, inclusive, citados expressamente no seu Anexo I sobre o Programa de Liberação Comercial, situação que não se passa com os de exportação.

Por fim, em quinto lugar, nessa hipótese de extensão dos efeitos da resposta da opinião consultiva às questões que envolvam uma importação, é sugerida a seguinte constelação. Vamos supor que um particular, morador de uma região fronteiriça, aproveitando o câmbio favorável, em um sábado de tarde, segue para a Argentina, para realizar compras de mercado e lota o porta-malas do seu carro com as mesmas. Na ocorrência do fenômeno transfronteiriço, a autoridade brasileira tributa as mercadorias que ultrapassam a quota individual de importação por via terrestre. A quota de importação somente pode ser exercida a cada trinta dias (artigo 7º. da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 117, de 6 de outubro de 1998). O particular paga o tributo para não se incomodar com a sua senhora em casa, por conta de sua opção de fazer as compras na Argentina, até mesmo porque, inclusive com o tributo, elas sairiam mais em conta. Posteriormente, ele decide agir contra a autoridade judicialmente, invocando a liberdade de circulação de mercadorias garantida pelo artigo 1º. TA, um documento de direito internacional público, internalizado e em plena vigência, com o intuito de reaver os valores pagos, a seu ver cobrados de forma incompatível com o TA. No seu entendimento, também, a expressão do TA a respeito da liberdade de circulação de mercadorias é clara, o documento está em vigor e não há nada mais a fazer, do ponto de vista legislativo, para que a liberdade de circulação de mercadorias seja implementada. Com a questão proposta na opinião consultiva, o tribunal argentino pretende obter uma luz para julgar um caso um tanto semelhante a esse.

Que resposta daria o judiciário brasileiro no processo ora



imaginado? Vamos supor que alega o autor que, ainda que algumas normas do TA sejam consideradas programáticas, as aplicáveis no caso envolvendo a liberdade de circulação de mercadorias são específicas e operativas. Uma das prováveis respostas do judiciário brasileiro, com base na alegação da autoridade fiscal, seria a de que a imposição dos direitos de importação é compatível com a Constituição Federal, está fundada em leis infraconstitucionais e que nenhuma norma do direito internacional existe que seja capaz de obstaculizar a imposição dos mesmos. Ademais, vai dizer que o TA é programático, motivo pelo qual não poderia ser deduzida a existência de um compromisso direto e indubitável do Brasil e dos demais Estados-partes de abster-se de estabelecer direitos de tributação como os ali discutidos. Para além, o tribunal nacional poderia invocar o artigo 7º. TA, que prevê que em matéria de impostos, taxas e outros tributos internos, os produtos originários do território de um Estado-parte gozarão, nos outros Estados-partes, do mesmo tratamento que é aplicado ao produto nacional. Em todo o caso, o tribunal nacional vai lembrar que o Mercosul tem um caráter frágil de supranacionalidade, ou quase nenhuma, o que determina uma reserva de soberania aos Estados-partes, bem como que o exercício da tributação e o do controle aduaneiro é uma das mais evidentes expressões dessa soberania. O Mercosul seria visto de forma programática, judicialmente como um acordo de mera facilitação para o comércio, com o que a norma que garante a liberdade de circulação de mercadorias se vê restringida e não é aplicada conforme o ideal expresso no TA. Ocorre que pensando em uma construção acadêmica, pode-se dizer que o Mercosul já dispõe de preceitos suficientes para impedir uma tributação discriminatória e já há preceitos suficientes para impedir o controle discriminatório de comércio exterior (fitossanitário, cotas/limites, proteção do mercado interno, proteção do trabalho externo, fraudes e segurança da saúde). Por tal é que a doutrina estrangeira pergunta por que o juiz não aplica o TA (documento de direito internacional público, totalmente internalizado) diretamente, com a sua proibição de estabelecimento de barreiras e direitos aduaneiros? No caso específico da liberdade de circulação de mercadorias, não há mais nada que ela possa vir a gozar, do que o que o TA já diz. Quando o Tribunal comunitário aplicou diretamente o Tratado, as normas das liberdades fundamentais expressavam bem menos proibições aos Estados-membros que as do TA dirigem aos seus Estados-partes. Houvesse vontade clara dos Estados-partes de exercer isso, já estaria acontecendo. Nesse panorama, não sobra muito espaço para o juiz, como detentor de uma parcela de poder do Estado, alçar à realidade o ideal pretendido pelo Mercosul quando está evidente que os Estados-partes, e é de se pensar que até mesmo a maioria da população, não desejam essa ação. Possivelmente a mesma situação na Argentina ou no Paraguai teria um outro desenrolar, devido ao caráter



supralegal que o TA deteria, do ponto de vista constitucional, nesses Estados-partes e também a uma abertura a uma supranacionalidade que os ordenamentos jurídicos de tais Estados-partes teriam, conforme manifesta a doutrina mercosulista<sup>63</sup>.

### **7.5. Conceitos preliminares sobre a vigência das normas no Mercosul**

O regime estabelecido no Mercosul para a entrada em vigência das normas oriundas da atividade dos seus órgãos, em oposição ao de aplicabilidade direta, responde ao conceito formulado pela doutrina e positivado no Protocolo de Ouro Preto (POP) de vigência simultânea.

O artigo 40 do POP estabelece o procedimento que deve ser seguido para que uma norma tenha vigência. Ele expressa que, uma vez aprovada a norma, os Estados deverão adotar as medidas necessárias para a sua incorporação no ordenamento jurídico nacional. Terminado tal trâmite, deverá ser comunicada a Secretaria Administrativa do Mercosul, que se encarregará de comunicar o fato a cada Estado-parte. Somente então após 30 dias dessa comunicação é que as normas entram em vigor, simultaneamente, nos Estados-partes.

A falta de aplicabilidade direta das normas do Mercosul se vê refletida também no artigo 42 do POP. Esse artigo, apesar de reconhecer o caráter obrigatório das mesmas, expressa que elas, quando seja necessário, deverão ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos na legislação de cada Estado-parte.

Assim, o sistema de vigência simultânea representa que, não obstante a obrigatoriedade da normativa do Mercosul, desde o seu acabamento a partir do consenso dado pelos Estados-partes, a sua vigência é postergada até a incorporação dessa norma no direito interno de cada um dos Estados-partes<sup>64</sup>. Essa é a disciplina do terceiro laudo arbitral do Mercosul, que expressa que não sendo incorporada a norma por cada Estado-parte, ela não estará em vigor. Essa obrigação de incorporar seria uma consequência direta da inexistência de aplicabilidade direta para a normativa derivada do Mercosul.

Como é possível imaginar a partir do conhecimento da metodologia jurídica europeia, a implementação desse regime de vigência simultânea apresentou, ao longo dos tempos, inumeráveis inconvenientes. Não há prazo para que os Estados-partes internalizem as normas do Mercosul e com muita dificuldade é que se sabe qual é

---

63 Sobre esses assuntos ver PEROTTI Alejandro D. (2011) *Boletín electrónico de noticias y documentación sobre procesos de integración* (24). [online] disponível em: <<http://www.grupodeintegracion.com.ar/2012/04/boletin-n-24-septiembre-octubre-2011.html>>.

64 OLIVAR JIMENEZ, Op. cit., p. 33-88.

a legislação vigente no Mercosul, isto é, quando é que está convertida uma norma do Mercosul em uma norma aplicável a um caso concreto<sup>65</sup>.

Em conclusão, tem-se que o processo de integração do Mercosul é repleto de particularidades em relação ao processo comunitário. Uma delas é a inexistência de um direito correspondente ao Direito da União na ordem jurídica do Mercosul. Isso é devido, substancialmente, a uma carência de vontade e de poderes autônomos dos seus Estados-partes e também à natureza internacional das normas do Mercosul<sup>66</sup>.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS SOBRE UMA METODOLOGIA JURÍDICA MERCOSULISTA**

A construção de uma metodologia jurídica mercosulista deve, necessariamente, ser fundada em um balanço dos dez laudos arbitrais tomados sob a égide do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias no Mercosul, dos dois laudos surgidos sob a vigência do Protocolo de Olivos, dos cinco laudos emitidos em grau de recurso pelo Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, e das três respostas dadas a questionamentos que lhe chegaram, na forma de opiniões consultivas, o novo recurso de que dispõem os tribunais dos Estados-partes para receberem esclarecimentos quanto à interpretação das normas do Mercosul.

Em princípio, viu-se que o sistema arbitral formou diversos tribunais. Tal fato torna difícil, acompanhando a doutrina, qualificar de jurisprudência a sucessão de decisões surgidas, justamente porque elas emanam de tribunais diferentes. Como se pode ver a partir da análise dos documentos judiciais e legislativos, nada garante que uma decisão arbitral pronunciada por um tribunal ad hoc possa constituir um precedente para as sentenças seguintes.

Em todo o caso, pelo contrário, também é possível afirmar que as sentenças arbitrais do Mercosul demonstraram claramente um critério de interpretação e fizeram avançar a discussão sobre o direito aplicável às controvérsias. Por exemplo, os tribunais proibiram a adoção unilateral de novas barreiras não tarifárias e de medidas de salvaguarda no comércio intrazona.

Segundo a doutrina, os primeiros tribunais, na condição de pioneiros, tiveram a incumbência de definir o papel dos árbitros e do próprio sistema arbitral. Uma questão saliente foi a pluralidade de fontes do direito invocadas pelas partes para fundamentar as demandas, e outra foi a relação entre o direito do Mercosul e o Direito da OMC,

---

65 BERTONI Liliانا (2006) *Laudos arbitrales en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 249-257.

66 OLIVAR JIMENEZ, Op. cit., p. 66-88.

sendo que essa suscitou maiores polêmicas<sup>67</sup>.

Em relação à pluralidade de fontes de direito, para Ventura, os árbitros consideraram que sua função não era decidir sobre a aplicação de certas regras específicas ou isoladas, mas de resolver a controvérsia, no primeiro laudo, relativa ao conjunto normativo do Mercosul. Eles se comprometeram a interpretar a questão “à luz das relações recíprocas que emanam do conjunto dessas normas e dos fins e objetivos que os Estados-partes assumiram explícita e implicitamente ao adotarem tais normas, confirmados por seus atos posteriores no contexto de um projeto integrador comum”<sup>68</sup>. Para além, “os fins e objetivos não são um adorno dos instrumentos de integração, mas um guia concreto para a interpretação e para a ação”<sup>69</sup>.

Ao avaliar, no primeiro laudo, que o essencial para solucionar a controvérsia não consistia em analisar cada medida nacional adotada pelo Brasil, mas em saber se o regime brasileiro questionado era compatível com o sistema normativo do Mercosul, promoveu o tribunal uma interpretação teleológica, que pautou a ação dos Estados-partes.

A segunda decisão arbitral do Mercosul confirmou o critério de interpretação teleológica escolhido pelo primeiro tribunal ad hoc, privilegiando a realização dos objetivos do Tratado de Assunção e a aplicação das regras que dele derivam<sup>70</sup>. Inclusive, o primeiro laudo foi citado nele, a partir de diligência do árbitro indicado pelo Brasil, a fim de configurar paulatinamente uma jurisprudência para o Mercosul, a partir dos laudos<sup>71</sup>.

Tal orientação interpretativa serviu como orientação para todas as decisões arbitrais seguintes. É o caso do quinto laudo arbitral, no qual os árbitros afirmaram que uma tal medida não estava de acordo com o espírito do Mercosul de favorecer e estimular as relações comerciais entre os parceiros<sup>72</sup>.

Já a respeito de outro tema, levando-se em consideração que o Direito do Mercosul não seria, posto que jovem, capaz de oferecer todas as respostas necessárias ao deslinde das controvérsias, seria natural que os tribunais tivessem recorrido ao direito internacional em geral. Essa era a disciplina, por sinal, permitida pelo artigo 19 do Protocolo de Brasília.

Com efeito, a primeira decisão apóia-se nos princípios do direito internacional público e do então direito comunitário, de quem, por sinal, toma emprestadas inúmeras referências, e a segunda decisão refere as regras do comércio internacional, por meio de repetidas alusões às

---

67 VENTURA, Op. cit., p. 271-295.

68 Item 49 do primeiro laudo arbitral.

69 Item 58 do primeiro laudo arbitral.

70 Item 55 do segundo laudo arbitral.

71 VENTURA, Op. cit., p. 277 e nota de rodapé número 195.

72 Item 3.2.4 do quinto laudo arbitral.

normas da OMC. Ao contrário de no primeiro laudo, que examinava igualmente uma controvérsia relativa à liberalização comercial, que ignorou por completo o direito da OMC, o segundo laudo não hesitou em adotar como fonte de direito o Acordo Sobre as Subvenções e as Medidas Compensatórias, concluído no âmbito da Organização, tendo relegado o Tratado de Assunção e uma decisão do Mercosul a uma posição secundária<sup>73</sup>.

O critério teleológico de interpretação das normas do Mercosul foi confirmado pelo terceiro laudo arbitral, que à semelhança do segundo, referiu-se explicitamente à primeira decisão arbitral<sup>74</sup>, sem no entanto imitar o seu raciocínio.

Em um tópico intitulado “Quadro para interpretação das normas do Mercosul”, vê-se que “o Tribunal, no âmbito de sua decisão, levará em conta os princípios estabelecidos pela Convenção de Viena sobre os Tratados, de 1969, que codifica os princípios do direito consuetudinário internacional”<sup>75</sup>, conforme era facultado pelo Protocolo de Brasília.

Na disputa, a Argentina afirmava que as regras do Mercosul não excluem as disposições multilaterais. Se um tema foi objeto de regulação entre os países do Mercosul com regras que aprofundem os compromissos da OMC, estas obrigam os sócios e prevalecem sobre as regras multilaterais. No entanto, se uma matéria não foi regulada no Mercosul, os Estados-partes têm o direito de aplicar os instrumentos previstos no ordenamento da OMC<sup>76</sup>. Com isso, o terceiro laudo aduziu, além de uma hierarquia entre as fontes de direito, o princípio segundo o qual só se pode recorrer a outras fontes na ausência de norma do Mercosul aplicável.

A questão da aplicação do direito da OMC no âmbito dos laudos também foi aprofundada pelo quarto laudo. De qualquer forma, é forçoso, segundo Ventura, constatar que um número significativo de normas da OMC foi objeto de referências e de até mesmo transposição completa no direito do Mercosul. Para a doutrinadora, essas decisões sucessivas consolidaram o critério teleológico de interpretação do direito do Mercosul e fizeram avançar a reflexão sobre o direito aplicável às controvérsias surgidas então durante a vigência do Protocolo de Brasília<sup>77</sup>.

Modestamente, posso me permitir dizer que estudei em algumas oportunidades e com certa profundidade determinados aspectos, a saber, as liberdades econômicas fundamentais e a liberdade de concorrência, do processo de integração que se desenvolve aqui na Europa. Com as leituras que fiz para preparar essa palestra, observei que o tema da

---

73 Itens 56 e 57 do segundo laudo arbitral.

74 Item III C do terceiro laudo arbitral.

75 Item III C do terceiro laudo arbitral.

76 Item I C 2 h do terceiro laudo arbitral.

77 VENTURA, Op. cit., p. 286.

metodologia jurídica é muito discutido no espaço europeu. Tenho comigo que as discussões vistas na Europa sempre serviram como fonte de inspiração para o Mercosul, e isso não só para descrever o estado atual do processo, mas também para ver o que poderá acontecer no futuro. Nesse momento, tenho que admitir que ainda não há muito de metodologia jurídica mercosulista. Portanto, podemos tentar construir para o futuro uma metodologia mercosulista. A questão é: A metodologia da integração que já existe na Europa, da qual todo o mundo fala, pode ser transferida para o Mercosul?

A primeira questão que pode ser de interesse é o problema da invocação do direito do Mercosul por privados, perante um tribunal nacional de um Estado-parte do Mercosul. Assim, 1) podem privados invocar as normas do tratado em relação a um Estado-parte? Alguém já tentou? Se a resposta for sim, teve sucesso? Caso não, então pergunta-se, porque não? (O Caso Porto de Belém “apenas confirma o processo de incorporação dos tratados previsto pela Constituição Brasileira, a despeito de sua complexidade e de seu arcaísmo, excluindo qualquer possibilidade de reconhecer uma exceção em benefício do processo de integração”<sup>78</sup> e em nada alterou a posição hierárquica das normas desse processo que são recepcionadas pelo ordenamento interno.); 2) podem privados invocar o direito do Mercosul em relação a outros privados? (É o caso da primeira opinião consultiva, de número 1/2007, em que uma empresa situada em um Estado-parte buscou a concordância do TPRM sobre a prevalência de um protocolo que se refere ao direito processual civil internacional do Mercosul, sobre uma lei nacional de um outro Estado-parte, qual seja, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, tentando com isso que fosse respeitada a eleição de jurisdição contratualmente acertada, em conformidade com uma norma do referido protocolo.) Se Sim, em quais ramos do direito é encontrado este efeito entre privados?; e 3) há uma carta de direitos fundamentais do Mercosul?

Enfim, há inúmeras questões a serem ainda trabalhadas. Como um integrante da comunidade do Mercosul, nunca havia estudado antes uma metodologia de integração com profundidade. Posso não ter tido os olhos preparados durante as recentes leituras, pois demorava para ver as citações e as expressões de uma metodologia do Mercosul que os meus interlocutores europeus encontravam com relativa facilidade. Agora sei que a metodologia não diz respeito apenas à questão da aplicação de uma lei ou de um Tratado, mas também ao método jurídico com que isso é feito, à maneira como se chega a um determinado resultado, quais são os caminhos e quais são os argumentos. Assim, as “numerous references to ECJ jurisprudence” mostram que o TPRM colhe inspiração nos casos europeus. A jurisprudência do TJUE é um fator muito importante na

---

<sup>78</sup> VENTURA, Op. cit., p. 167.

integração. Por exemplo, o efeito imediato das diretivas foi uma ideia do então TJCE. Se o TPRM continuar inspirando-se no TJUE, uma metodologia mercosulista virá, em muito breve tempo, à tona. Pensando além: Talvez possa existir um dia não só uma “metodologia europeia” (Europäische Methodenlehre), mas uma metodologia integracionista, isto é, se ter métodos jurídicos que sejam específicos para processos de integração regionais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ALONSO GARCÍA Ricardo (1999) *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales: autonomía, integración e interacción*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 301 p.
- ARAUJO Nadia de (2004) *O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul e as opiniões consultivas: análise dos laudos arbitrais, sua ligação com a common law e algumas idéias para o futuro*, (no prelo), 28 p.
- BAARS Alf, BENKE Rafael Tiago Juk (2001) “Antidumping no Mercosul: o Quarto Laudo Arbitral”. *Boletín Latinoamericano de Competencia*. (13), p. 24-37.
- BAARS Alf; BISCHOFF-EVERDING Peter (2002) “Antidumping und Ursprungsregime: das Schiedsverfahren im Mercosur wird zu einer festen Größe”. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13(11), p. 329-335.
- BARRA Rodolfo (1999) “Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias: el caso “Francovich” - una experiencia para el Mercosur”. In: PÉREZ GONZÁLES Manuel et alli. *Desafíos del Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 413-453.
- BARRAL Welber (2002) “O Protocolo de Olivos e as controvérsias no Mercosul”. In: HOFMEISTER Wilhelm, TREIN Franklin. *Anuário Brasil-Europa 2002: solução de controvérsias, arbitragem comercial e propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, p. 83-96.
- BERTONI Liliana (2006) *Laudos arbitrales en el Mercosur*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 415 p.
- BISCHOF Hans Helmut (1996) *Europarecht für Anfänger*. 2. ed. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 183 p.
- CACHAPUZ DE MEDEIROS Antonio Paulo (1997) “Tribunais supranacionais e aplicação do direito comunitário: aspectos positivos e negativos”. In: VENTURA Deisy de Freitas Lima (org.) *Direito Comunitário do MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 162-176.
- CASELLA Paulo Borba (1994) *Comunidade europeia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 648 p.
- DALLA VIA Alberto Ricardo (1999) “El primer laudo arbitral del Mercosur”. *Revista de Derecho del Mercosur*, 3(4), p. 104-108.
- DAUSES Manfred A. (2003) *Rechtliche Grundlagen der Europäischen*



- Wirtschafts- und Währungsunion. München: C. H. Beck, 278 p.
- DREYZIN DE KLOR Adriana (1997) *El Mercosur: Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*. Buenos Aires: Zavalía, 395 p.
- FASTENRATH Ulrich, MÜLLER-GERBES Maike (2000) *Europarecht: Grundlagen und Schwerpunkte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 264 p.
- FIGUEREDO Julio (2002) “Derecho de la competencia e integración económica: la situación en el Mercosur”. In: *Cuadernos de Epoca: Integración económica* 2, p. 33-101.
- FONTOURA Jorge (2003) “A evolução do Sistema de Solução de Controvérsias: de Brasília a Olivos”. In: BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS (edit.) *Solução de controvérsias no Mercosul*. Brasília: Câmara dos Deputados, p. 271-278.
- FUDERS Felix (2008) *Die Wirtschaftsverfassung des MERCOSUR: Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Europäischen Union*. Berlin: Duncker und Humblot, p. 223.
- JAYME Erik (1995) “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”. *Recueil des Cours*. The Hague: The Hague Academy of International Law, t. 251, p. 9-268.
- KOENIG Christian, HARATSCH Andreas (2003) *Europarecht*. 4. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 420 p.
- LEHMANN Julia (2001) “Neues von der Schiedsgerichtsbarkeit des Mercosur: ein Integrationsmotor à la Luxemburg?” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12(20), p. 622-625.
- LENZ C. O. (1998) “Abschiedsrede”. *Europarecht*, 33, p. 103-105.
- MARQUES Cláudia Lima (1998) “Mercosul como legislador em matéria de direito do consumidor: Crítica ao Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor”. *Revista de Direito do Consumidor*, (26), p. 53-76.
- MARQUES Claudia Lima (2001) “O “Direito do Mercosul”: Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clássico e Novos Caminhos de Integração”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 35, p. 73-100.
- MARTINS Alexandre Marques da Silva (2000) “O Direito da Concorrência no MERCOSUL após o Protocolo de Fortaleza”. In: CASELLA Paulo Borba (coord.) *MERCOSUL: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 569-598.
- MARTINS Renata Rocha de Mello (2002) *Verfassungskonformität des MERCOSUR in Brasilien*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 221 p.
- MOYA DOMÍNGUEZ María Teresa (2003) “La Seguridad Jurídica en el Mercosur: el aporte del Protocolo de Olivos y la creación del Tribunal Permanente de Arbitraje”. In: DROMI Roberto (dir.) *Sistema Comunitario I*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, p. 308-347.
- OLIVAR JIMENEZ Martha Lucía (1997) “La comprensión de la noción



de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”. In: BASSO Maristela (org.) *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 33-88.

PEROTTI Alejandro D. (2011) *Boletín electrónico de noticias y documentación sobre procesos de integración* (24). [online] disponível em: <<http://www.grupodeintegracion.com.ar/2012/04/boletin-n-24-septiembre-octubre-2011.html>>.

PISCITELLO Daniel Pavón, SCHMIDT Jan Peter (2006) “Der EuGH als Vorbild: Erste Entscheidung des ständigen Mercosur-Gerichts”. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (10), p. 301-304.

PORRATA-DORIA JUNIOR Rafael A. (2004) “Mercosur: the common market of the twenty-first century?” *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 32(1), p. 1-72.

RIBEIRO Marta Chantal da Cunha Machado (1996) *Da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 213 p.

RODRÍGUEZ IGLESIAS Gil Carlos (1999) “Consideraciones sobre la formación de un derecho europeo”. In: *ANUARIO de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Buenos Aires: Konrad Adenauer, p. 27-50.

SABIDO RODRÍGUEZ Mercedes (2003) “Un nuevo impulso a la integración jurídica en el Mercosur”. In: CALVO CARAVACA Alfonso Luis, BLANCO-MORALES LIMONES Pilar (edits.) *Globalización y Derecho*. Madrid: Colex, p. 555- 567.

SAMTLEBEN Jürgen (2000) “Erster Schiedsspruch im Mercosur: wirtschaftliche Krise als rechtliche Herausforderung?” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 11(3), p. 77-80.

SCHMIDT Jan Peter (2005) “Neue Impulse durch institutionelle Reformen – der Mercosur ist wieder auf Kurs”. *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, (5), p. 139-142.

SILVEIRA Paulo Antônio Caliendo Velloso da (1998) *Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações*. São Paulo: LTr, 317 p.

STELZER Joana (2000) *União europeia e supranacionalidade: desafio ou realidade?* Curitiba: Juruá, 198 p.

VENTURA Deisy (2003) *As assimetrias entre o Mercosul e a União Europeia: os desafios de uma associação inter-regional*. Barueri: Manole, 694 p.

WEHNER Ulrich (1999) *Der Mercosur: Rechtsfragen und Funktionsfähigkeit eines neuartigen Integrationsprojektes und die Erfolgsaussichten der interregionalen Kooperation mit der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 253 p.



# O DIREITO INTERNACIONAL EM SUA APLICAÇÃO POR CORTES E TRIBUNAIS: RUMO A UM SISTEMA JUDICIAL INTERNACIONAL?

## EL DERECHO INTERNACIONAL EN SU APLICACIÓN POR LAS CORTES Y TRIBUNALES: HACIA UN SISTEMA JUDICIAL INTERNACIONAL?

*Camilla Capucio\**

**Resumo:** Partindo da análise do direito internacional como um sistema, coeso e unitário, em negação ao discurso da fragmentação, este trabalho objetiva destacar a aplicação deste corpus juris na atualidade. Assim, são visitados não somente os tribunais e cortes internacionais, mas inclusive os órgãos judiciais internos. Por fim, é brevemente comentada a integração entre essas instituições, de modo a constituírem um sistema judicial internacional.

**Resumen:** A partir del análisis del derecho internacional como un sistema, con cohesión y unidad, en negación de la fragmentación, el presente trabajo pretende destacar la aplicación de este corpus juris. Así, se visitan no solo las cortes y tribunales internacionales, también se incluyen los órganos judiciales internos. Finalmente, se comenta la integración entre estas instituciones, a fin de formar un sistema judicial internacional.

**Palavras-chave:** Sistema jurídico internacional, Cortes e tribunais internacionais, Sistema judicial internacional

**Palabras clave:** Sistema jurídico internacional, Cortes y tribunales internacionales, Sistema judicial internacional

### 1. INTRODUÇÃO

O internacionalista é talvez o único dos juristas que tem uma tarefa constante: comprovar, de início, que o Direito Internacional existe, e é de fato “Direito”. A necessidade de esclarecer a existência e juridicidade de

---

\* Doutoranda em Direito Internacional pela USP. Mestre em Direito pela UFMG. Professora do Centro Universitário UNA, e de cursos de pós graduação. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e Associada Honorária do Instituto de Comércio Internacional do Brasil (ICI-BR). Advogada.

seu objeto de estudo é resultado da propagação de uma clássica postura acadêmica de ceticismo face ao Direito Internacional, acompanhada pela tentativa errônea de se aplicar a esta disciplina os conceitos e estruturas do direito interno. A ausência de força coercitiva central, a identidade entre os sujeitos criadores e destinatários das normas, e a existência de descumprimentos por alguns Estados estampados nas manchetes dos jornais são os principais argumentos postos com frequência ao internacionalista pelos incrédulos no fenômeno jurídico internacional.

As transformações observadas nas últimas décadas e suas consequências, contudo, tornaram a postura de negação da existência e juridicidade do Direito Internacional minoritária e insustentável. Processos e eventos como a globalização/mundialização, a criação de Organizações Internacionais -principalmente da ONU, a internacionalização dos direitos humanos, a construção do sistema multilateral de comércio e a influência do Direito Internacional em todos os ramos do direito interno, são exemplos do escancarado do Direito Internacional e sua onipresença em todos os níveis das sociedades.

Entretanto, esses mesmos processos e eventos que demonstram a institucionalização, o fortalecimento, e a expansão do Direito Internacional trouxeram fenômenos como a sua especialização e a jurisdicionalização, que contemporaneamente levam alguns acadêmicos a duvidarem da unidade e coerência do Direito Internacional e, portanto, de sua configuração como um sistema. O discurso da fragmentação do Direito Internacional, tão difundido e presente na atualidade, tem inerente em si a ideia de ruptura e enfraquecimento da ordem jurídica internacional, e portanto, passa a ser a nova postura cética que deve ser enfrentada academicamente pelo internacionalista, enquanto crente na existência, juridicidade, coerência, e unidade do Direito Internacional, e em sua prevalência como instrumento de apaziguamento das relações sociais e inter-sociais e de construção de uma nova realidade.

Os aparentes argumentos anteriormente contrários à existência e juridicidade do Direito Internacional demonstraram características próprias de uma ordem jurídica ímpar, na qual os seus sujeitos tem a oportunidade de construir as normas às quais estarão submetidos. No mesmo sentido, conforme será melhor explicitado, os aparentes argumentos da fragmentação evidenciam a existência de um sistema jurídico único e coeso, embora não por isso seja acabado, perfeito ou insusceptível de incongruências.

É este o contexto deste trabalho, que se desenvolve em quatro partes principais, que buscarão sucintamente explicitar: (i) a defesa do Direito Internacional como um sistema, (ii) a relevância das Cortes e Tribunais Internacionais neste sistema; (iii) a relevância dos tribunais nacionais para o sistema jurídico internacional; e (iv) a crença na construção de um sistema jurisdicional internacional.

## **2. O DIREITO INTERNACIONAL COMO SISTEMA EM SUA UNIDADE E COERÊNCIA**

A temática da reflexão do sistema jurídico -e por conseguinte do Direito Internacional como sistema- envolve a escolha de marcos teóricos fundantes das discussões que se seguirão. O conceito de sistema, pois, e sua aplicação ao Direito Internacional serão abordados sob a perspectiva de certos autores paradigmáticos para a ciência jurídica, que elaboraram cada qual um conjunto de significados, não necessariamente coincidente com aquele conferido por outros autores não trabalhados neste artigo.

Em estudos sobre a história semântica do termo sistema, Mário G. Losano explicita que no grego clássico o termo tinha seus diversos significados conectados à ideia de agregação, e por isso usado em referência à ordem do mundo, seja ela ligada à sociedade ou ao cosmos<sup>1</sup>. Esse termo abstrato foi posteriormente recepcionado com dificuldades pelo latim, língua inclinada ao concreto, que tendeu a substituir o termo dos textos gregos por metáforas originadas da arquitetura e explicitadas pelos termos *construere* e *structura*. É essa a explicação, segundo o autor, para o entrelaçamento do significado semântico dos termos sistema e estrutura, que embora com particularidades, tem a função de designar uma natural tendência do jurista, que concebe sua disciplina como uma totalidade sistemática, ligada à ordem e harmonia<sup>2</sup>.

Assim,

(...) esses termos não são usados simultaneamente em todas as línguas, mas tiveram diversos êxitos: são as facetas historicamente condicionadas de um componente constante do pensamento humano, principalmente ocidental, em geral, e do pensamento jurídico em particular<sup>3</sup>.

A presença dessa tentativa de sistematização passou evolutivamente de uma preocupação intuitiva a um desenvolvimento teórico e técnico desencadeado pelo pensamento de filósofos e, posteriormente, de juristas. Apresentamos algumas concepções diversas de sistema jurídico, com o objetivo de elucidar questões relativas ao Direito Internacional como um sistema propriamente dito.

Em seu curso geral da Academia da Direito Internacional de Haia, George Abi-Saab esclarece que a conceituação dos sistemas e dos ordenamentos jurídicos, a prescindir do foco na norma em si, é reação face às teorias de John Austin e da escola alemã, resultantes do

---

1 LOSANO Mario G. (2008) *Sistema e estrutura no direito, volume I: das origens à escola histórica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. p. 3.

2 LOSANO Mario G., *Ibíd.*, p. 4, 23.

3 LOSANO Mario G., *Ibíd.*, p. 5.

endeusamento do Estado, e que priorizaram a sanção como definição do Direito, tendo como consequência a negação radical da existência do Direito Internacional como Direito. Para Austin, o Direito Internacional se tratava de uma “moralidade positiva”, enquanto a escola alemã o interpretava como um braço ou ramo do direito interno, à semelhança do direito internacional privado. Assim, as teorias (i) da escola normativista (Kelsen); (ii) da escola institucionalista (Renaud, Romano); e (iii) da escola de Oxford (Hart), seriam reações àquele entendimento, e tentativas de analisar as facetas da noção de ordenamento e sistema jurídico<sup>4</sup>.

A teoria pura do direito de Hans Kelsen se propunha a eliminar do direito os elementos não jurídicos e a abstrair a estrutura das normas de seu conteúdo substancial, para estudá-las como partes articuladas do ordenamento jurídico. Segundo Kelsen, a validade da norma se relaciona ao pertencimento e coerência da norma com o ordenamento jurídico. O autor traçou uma estrutura piramidal para retratar o ordenamento jurídico, na qual as normas inferiores buscam sua condição de validade e existência nas normas superiores, o que culmina na norma fundamental<sup>5</sup>. A *grundnorm* seria, pois, a base ideológica de legitimidade e aceitação social do ordenamento jurídico, mas em sendo uma norma hipotética, se coloca como um recurso lógico para conferir completude e fechamento ao sistema jurídico analisado em abstrato.

No entendimento de Santi Romano, por sua vez, a essência do Direito não estaria na norma, mas em suas instituições, pois a primeira seria incapaz de explicar a unidade e identidade própria do sistema em si, e as últimas seriam capazes de dar efeito às primeiras. Somente as instituições confeririam ao sistema jurídico a objetividade e a sanção, características distintivas do Direito, segundo o autor, e das quais a norma individualmente seria esvaziada. O Direito e as instituições seriam, pois, manifestação ou expressão da realidade e da unidade de um corpo social, e a ordem social e a ordem jurídica seriam ambas dimensões da mesma sociedade<sup>6</sup>. Embora reconheça o valor de sua perspectiva holística, focada na relação entre sociedade e sistema jurídico, Georges Abi-Saab critica a minimização excessiva do papel da norma no ordenamento jurídico na perspectiva de Romano, vez que seriam elas garantidoras da própria coerência e integração lógica do sistema, bem como do arcabouço institucional<sup>7</sup>.

A teoria de Hart, por sua vez, oferece uma terceira concepção de sistema jurídico: um conjunto composto por regras primárias e regras secundárias. As regras primárias prescrevem comportamentos, as

---

4 ABI-SAAB George (1987) *Cours Général de Droit International Public*. Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 207. p. 107.

5 KELSEN Hans (2006) *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, passim

6 ROMANO Santi (2008) *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux, passim.

7 ABI-SAAB George, Op. cit., p. 107.

regras secundárias regem a estrutura, função e modalidades das regras primárias e de organização do próprio sistema. As regras secundárias se dividem em (a) regras de reconhecimento, pelas quais o sistema jurídico reconhece aquelas regras que lhe pertencem; (b) regras de mudança, que tratam do nascimento, modificação e desaparecimento das regras; e (c) regras de adjudicação, que tratam da aplicação de regras gerais a situações concretas e das sanções<sup>8</sup>.

Por fim, trazemos à discussão a perspectiva de Norberto Bobbio sobre o ordenamento jurídico, que em muito influencia a ciência jurídica contemporânea, e se apresenta como tentativa de releitura da teoria de Kelsen, inegavelmente influenciada pelo pensamento de Romano, e projetada para além da concepção de Hart.

Se inicialmente Bobbio dá um passo atrás ao conceituar o ordenamento jurídico simplesmente como “um conjunto de normas”<sup>9</sup>, que pressuporia como única condição a existência de mais de uma norma, o autor vai além ao analisar os elementos que conectam essas normas participantes do sistema entre si. Terá espaço, portanto, em sua visão, as facetas da (a) unidade; (b) coerência e (c) completude do sistema.

Assim, um ordenamento normativo se apresenta como unitário quando deriva de fontes, que por sua vez emanam do mesmo núcleo justificador dessas normas, a norma fundamental à qual todas as fontes podem ser remontadas. Sendo somente unitário, o ordenamento jurídico não se caracterizaria propriamente como sistema, pois esse pressupõe adicionalmente a coerência, para que resulte em uma “unidade sistemática”<sup>10</sup>. E assim explana Bobbio:

Entendemos por sistema uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação<sup>11</sup>.

O autor toma, pois, o sentido de sistema como um todo no qual não podem existir normas incompatíveis. A coerência deriva não da inexistência fática de conflito entre as normas, mas da eleição de critérios para a solução dessas antinomias, de modo a manter a justiça

---

8 HART H. L. A (2009) *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, passim.  
9 BOBBIO Norberto (1995) *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, p. 31.

10 BOBBIO Norberto, *Ibid.*, p. 71.

11 *Ibidem*.



do sistema<sup>12</sup>. Por fim, nos remetendo à noção de completude, Bobbio a explicita como característica do sistema jurídico pela qual o juiz pode nele encontrar norma para solucionar qualquer caso.

Transpondo esse conceito de sistema ao Direito Internacional, reafirmamos a existência de um sistema jurídico internacional, que tem a sua unidade, coerência e completude garantidas pela aplicação dos princípios gerais, enquanto vetores axiológicos e integradores, fios condutores, linha mestras dos valores fundantes da sociedade internacional.

Não é este o entendimento preponderante no relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU, sob a relatoria de Martti Koskeniemi, que apesar de trechos que parecem contraditórios entre si, evidenciando certa resistência de membros contrários ao avanço da perspectiva fragmentária, assume majoritariamente um discurso alarmista, “realista” e desmembrador do Direito Internacional. Em breves linhas:

The rationale for the Commission’s treatment of fragmentation is that the emergence of new and special types of law, “self-contained regimes” and geographically or functionally limited treaty-systems creates problems of coherence in international law. New types of specialized law do not emerge accidentally but seek to respond to new technical and functional requirements. (...) Each rule-complex or “regime” comes with its own principles, its own form of expertise and its own “ethos”, not necessarily identical to the ethos of neighbouring specialization. “Trade law” and “environmental law”, for example, have highly specific objectives and rely on principles that may often point in different directions. In order for the new law to be efficient, it often includes new types of treaty clauses or practices that may not be compatible with old general law or the law of some other specialized branch. Very often new rules or regimes develop precisely in order to deviate from what was earlier provided by the general law. When such deviations or become general and frequent, the unity of the law suffers.

Such deviations should not be understood as legal-technical “mistakes”. They reflect the differing pursuits and preferences that actors in a pluralistic (global) society have. In conditions of social complexity, it is pointless to insist on formal unity (...)<sup>13</sup>.

Se um processo de transformação e especialização do Direito

---

12 BOBBIO Norberto, *Ibid.*, p. 113.

13 KOSKENIEMI Martti (2006) *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN. “International Law Commission, 58a sessão. Relatório do estudo analítico realizado pelo Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional, Doc. A/CN.4/L.682”. 13 de abril de 2006, p. 14-15. [online] disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/1\\_9.html](http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.html)> [acessado em 21/10/2013].

Internacional é visível, isto é, sua normatividade tem abarcado fatos cada vez mais amplos e complexos, que exigem, portanto, a formação de ramos especializados, esses não constituem regimes, mas sub-sistemas que coexistem dentro do mesmo sistema jurídico internacional. Devemos, pois, ser cautelosos ao identificar esse fenômeno como fragmentação, já que esse vocábulo implicitamente traz um sentido negativo à expansão do Direito Internacional, ao conecta-lo à ideia de quebra e redução a fragmentos, e assim afastá-lo da noção de unidade que permeia todo o sistema internacional, e é essencial à sua caracterização como tal<sup>14</sup>.

As discussões são relevantes, de todo modo, ao chamarem atenção à situações – excepcionais, segundo investigação prática de Jonathan Charney<sup>15</sup> – nas quais a interpretação e aplicação das normas por Cortes e Tribunais Internacionais se dá de forma fragmentada, isto é, sem levar em consideração os demais ramos especializados do Direito Internacional, bem como os precedentes dos demais tribunais. E é uma perspectiva a ser criticada, uma vez que é observada e deve ser incentivada a troca e compartilhamento de precedentes, fontes e informações entre as Cortes, fenômeno que alguns denominam de “fertilização-cruzada”<sup>16,17</sup>, ou diálogo jurisdicional<sup>18</sup>, bem como o recurso aos princípios do Direito Internacional, fontes fundantes de todo o sistema jurídico internacional.

Especificamente sobre o diálogo das fontes e sua aplicação neste contexto, como afirmação de uma perspectiva sistêmica e contra-fragmentária, Alberto do Amaral Junior bem explicita sua relevância:

A pluralidade, a complexidade, a fluidez e o dinamismo se tornaram características das normas internacionais. Nesse ambiente o “diálogo” das fontes é instrumento de grande valia porque facilita a comunicação dos subsistemas entre si e com as regras gerais do direito internacional. A utilidade que proporciona reside em captar o modo de relacionamento entre normas pertencentes a subsistemas diversos segundo o princípio de coerência, que, numa era de proliferação normativa, busca conferir harmonia ao processo de aplicação do direito internacional. Consiste em recurso hermenêutico precioso para compreender a complexidade e o alcance das relações normativas surgidas a partir da expansão regulatória do direito internacional na última metade do século XX e

---

14 *Ibidem*.

15 CHARNEY Jonathan (1998) *Is International Law threatened by multiple international tribunals? Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 271, p. 247-50.

16 AMARAL JUNIOR Alberto do (2008) “O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo”. *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol II*, Belo Horizonte: CEDIN, p.11-33.

17 SANDS Philippe (1998) “Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law”. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, (85).

18 ROMANO Cesare (2008-2009) “Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue”. *New York University Journal of International Law & Politics*, 41.

no limiar do século XXI (...).

O “diálogo” das fontes, que a presunção contra o conflito favorece, pressupõe compreender o direito internacional como um sistema, dotado de um repertório e de uma estrutura<sup>19</sup>.

Assim, nos filiamos aos juristas que afirmam ocorrer, diante da expansão e especialização do Direito Internacional, acompanhada da jurisdicionalização<sup>20</sup>, uma verdadeira amplificação e reafirmação da normatividade internacional e de sua institucionalização<sup>21</sup>. Se essa especialização promove um pluralismo dentro do Direito Internacional, trata-se de um pluralismo ordenado de subsistemas que coexistem, e que não desabona a unidade e a coerência desse Direito como sistema jurídico. Reafirmamos, portanto, a unidade do Direito Internacional, que passa por uma reafirmação, em todos os diferentes ramos especializados, dos fundamentos e valores essenciais da disciplina, concomitante a uma valorização do homem como sujeito e fim último do Direito Internacional<sup>22</sup>.

### **3. A RELEVÂNCIA DAS CORTES E TRIBUNAIS INTERNACIONAIS PARA O SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL**

A criação de Cortes e Tribunais Internacionais é aspecto inegável de transformação da realidade internacional nas últimas décadas, e deve ser entendida como resultante de razões históricas e funcionais que a subjazem. A não-exclusividade da Corte Internacional de Justiça na composição de litígios é comumente explicada com base nos principais argumentos: (i) a composição da Corte Internacional de Justiça, que não satisfaz grupos de Estados não representados; (ii) o volume de casos que absorveria a Corte, diante de seus recursos limitados; (iii) a ausência de conhecimento especializado, argumento significativo principalmente em áreas como direitos humanos e comércio internacional; (iv) a falta de confiança na Corte como um fórum imparcial, especialmente por parte de Estados de recente independência<sup>23</sup>.

Simultaneamente, mudanças estruturais no Direito e nas relações Internacionais são apontadas, principalmente: (i) a erosão – ou mais corretamente a redefinição<sup>24</sup> – do conceito de soberania estatal, em favor

---

19 AMARAL JUNIOR Alberto do, Op. cit., p. 17-18, 20.

20 ROMANO Cesare (2009) “Can You Hear me Now? The case for extending judicial network”. *Chicago Journal of International Law*, 10(1), p. 233-273.

21 MENEZES Wagner (2005) *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Ed. Unijui.

22 TRINDADE Antônio Augusto Cançado (2002) “Os Rumos do Direito Internacional Contemporâneo: de um Jus Inter Gentes a um Novo Jus Gentium no Século XXI”. In *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1039-1109.

23 FIWEW KEBEDE Tiba (2006) “What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals?” *Gonzaga Journal of International Law*, (10).

24 SLAUGHTER Anne-Marie (2004) “Sovereignty and Power in a Networked World Order”.

de um Direito Internacional mais inclusivo, e (ii) o fim da Guerra Fria, que possibilitou um maior comprometimento dos Estados com a regra do direito, a prescindir da diplomacia orientada pelo poder que teve espaço no mundo bipolar<sup>25</sup>.

Em análise da multiplicação de órgãos judiciais internacionais, Cesare Romano esclarece que o aumento quantitativo desses órgãos veio acompanhado de uma significativa expansão e transformação de sua natureza e competência, de modo a incluir crescentes níveis de compulsoriedade em sua jurisdição e abarcar inclusive disputas que tenham entidades não estatais como parte<sup>26</sup>.

É de todo relevante nesta discussão apresentar o conceito utilizado por este autor -que resgata os critérios originariamente delineados por Christian Tomuschat- para os Órgãos Judiciais Internacionais, que para os fins deste trabalho são também denominados Cortes e Tribunais Internacionais, embora não seja unânime esta identificação<sup>27</sup>. O conceito envolve, portanto, cinco critérios simultâneos: (i) a permanência do órgão; (ii) o seu estabelecimento deve ter se dado através de um instrumento internacional; (iii) o recurso ao Direito Internacional como meio de decisão dos litígios; (iv) a decisão de casos deve ser feita com base em regras de procedimento preexistentes ao conflito; e (v) o resultado do processo deve ser juridicamente obrigatório.

As Cortes e Tribunais Internacionais possuem relevância crescente no sistema jurídico internacional, uma vez que são agentes institucionalizados de interpretação e aplicação do Direito Internacional, para além da vontade primária dos Estados. Seu florescimento, assim, não necessariamente possui um efeito deletério no sistema jurídico internacional, podendo constituir-se como um fenômeno de expansão da aplicação do Direito Internacional a um número maior de conflitos, ampliando o acesso à justiça e fornecendo oportunidades de desenvolvimento do Direito Internacional sem ameaçar sua legitimidade<sup>28</sup>.

O surgimento de Cortes e Tribunais internacionais deve, portanto, ser vislumbrado não como evidência de fragmentação ou compartimentarização do Direito Internacional, mas como sinal de seu amadurecimento e de prevalência do império do direito (rule of law) na sociedade internacional. A concretização judicial dos direitos

---

*Standford Journal of International Law*, 40, p. 283-327.

25 FIWEW KEBEDE, Op. cit.

26 ROMANO Cesare (1998-1999) "The proliferation of International Judicial Bodies: the pieces of the puzzle". *New York University Journal of International Law & Politics*, 31, p. 710.

27 Para uma diferenciação mais precisa, e delineamento das critérios: TOMUSHAT Christian. (1987) *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*. Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice, other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium. Max-Planck Institute, p. 285-416.

28 CHARNEY Jonathan, Op. cit., p. 116

e obrigações internacionais reduz a arbitrariedade e o jogo de poder nas relações internacionais<sup>29</sup>, sendo simultaneamente a oportunidade de construção de uma verdadeira comunidade internacional.

A propósito, William W. Burke-White reconhece na realidade internacional um fenômeno de “hibridização da aplicação do Direito Internacional”, citando como exemplo os Tribunais Penais Internacionais, que indicaria uma crescente fusão do direito interno e suas instituições –dentre elas principalmente as judiciais, na concreção do Direito Internacional<sup>30</sup>. A esse respeito:

Some may deem these hybrid courts as another example of the fragmentation of international criminal law. A more accurate interpretation is to see such hybrid courts as part of a system of multilevel global governance in which the national and international levels are more deeply intertwined than ever before<sup>31</sup>.

A reflexão incitada pelo autor, acerca da inegável interpenetração entre os órgãos judiciais internacionais e os órgãos judiciais internos na aplicação do Direito Internacional, como afirmação de um sistema jurídico -a caminho de um sistema jurisdicional?- internacional nos remete às discussões que se seguem, acerca da relevância desses tribunais nacionais neste sistema.

#### **4. A RELEVÂNCIA DOS TRIBUNAIS NACIONAIS PARA O SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL**

Embora com frequência sejam ignorados em sua função de aplicação do Direito Internacional, os tribunais nacionais são elementos vitais de concretização e efetivação das normas do sistema jurídico internacional. A esse respeito, deve ser retomada a teoria da duplicação funcional (*dedoublement fonctionnelle*) de George Scelle, que teve impacto sob a obra de inúmeros internacionalistas.

Para além das teorias do monismo e dualismo, George Scelle vislumbrava que a relação entre as esferas da normatividade interna e internacional deveria ser entendida através da utilização da capacidade funcional de agentes internos –e dentre eles os juízes internos- para assegurar a eficácia da ordem internacional. Isto é, os órgãos jurisdicionais internos se integram ao Direito Internacional face à carência orgânica deste último, sem que deixem de atuar em suas próprias competências.

---

29 SREENIVASA RAO Pemmaraju (2003-2004) “Multiple International Judicial Forums: a reflection of the growing strength of international law or its fragmentation?” *Michigan Journal of International Law*, 25, p. 958-60.

30 BURKE-WHITE William W. (2003-2004) “International Legal Pluralism”. *Michigan Journal of International Law*, 25, p. 975-7.

31 *Ibidem*.

Embora adormecida desde a década de 1930, a teoria da duplicação funcional teria nova aplicabilidade atual, em um cenário de desenvolvimento orgânico espetacular do sistema internacional, acompanhado de uma expansão dos limites e densidade normativa do Direito Internacional, em uma “mundialização do direito”<sup>32</sup>.

A atualidade de sua teoria se revela, uma vez que aos tribunais internos têm sido dadas crescentes oportunidades de desempenhar um papel substancial como instrumentos de salvaguarda da ordem jurídica internacional<sup>33</sup>. Na perspectiva de Antonio Cassese, essas oportunidades se apresentam em duas facetas. Primeiro, no caso dos tratados que concedem expressamente às partes contratantes o poder de exercer uma jurisdição com vocação à universalidade, conferindo ao juiz nacional um poder de atuar como um órgão da sociedade internacional. Finalmente, há situações nas quais a necessidade de atuação se origina diretamente dos juízes nacionais face à inércia internacional, subrogando-se como legítimos aplicadores de normas internacionais, em tentativa de substituição à órgãos internacionais de execução coletiva e atuação como verdadeiros órgãos da sociedade internacional.

Em uma outra perspectiva, Eyal Benvenisti e George W. Downs chamam atenção para as mudanças e consequências do cenário atual no qual se encontram os juízes e cortes nacionais. Diante da já comentada jurisdicização, evidenciada pela multiplicação de Cortes e Tribunais Internacionais e ampliação de seu alcance, observa-se a atuação crescente destes órgãos jurisdicionais internacionais em temas que adentram nas competências antes reservadas ao direito interno. Assim, nesse contexto a postura dos tribunais nacionais teria se modificado “instintivamente”, ou “estrategicamente”, de modo a descobrirem que a maneira mais eficiente de manutenção de seu espaço interno de deliberação seria garantir que seus julgamentos sejam complementares, ao invés de conflitantes com as outras decisões nacionais e internacionais, levando-os a um tipo de “coordenação tácita”. Este ímpeto por coordenação funcionaria, portanto, como um liame de evolução rumo a um sistema jurídico internacional mais coerente<sup>34</sup>.

É certo que a atuação desses juízes nacionais pode se dar de forma “individualizada”, isto é, segundo a interpretação do Direito Internacional que melhor possa acomodar os interesses e escolhas nacionais<sup>35</sup>, em desconsideração de vetores de interpretação da própria ordem internacional tais como o entendimento jurisprudencial de tribunais

---

32 DUPUY Pierre-Marie (2007) “Unité d’Application du Droit à l’Echelle Globale et Responsabilité des Juges”. *European Journal of Legal Studies*, 1(2).

33 CASSESE Antonio (1990) “Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting” (dedoublement fonctionnel) in International Law”. *European Journal of International Law*, 1, p. 228.

34 BENVENISTI Eyal e DOWNS George W. (2009) “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”. *European Journal of International Law*, 20, p. 61

35 BURKE-WHITE, William W., Op. cit., p. 975-7.



internacionais e de documentos de organizações internacionais com o status de soft law.

A propósito, André de Carvalho Ramos critica a figura dos “tratados internacionais nacionais”, isto é, aqueles que são interpretados e aplicados internamente não segundo parâmetros de seus intérpretes autênticos, mas segundo referências externas das Cortes nacionais<sup>36</sup>.

Yuval Shany também reconhece a evolução das recentes décadas, no incremento de participação dos órgãos jurisdicionais nacionais face ao Direito Internacional, embora vislumbre sua atuação como uma atividade crescentemente mais técnica:

a number of national courts have adopted a more international lawfriendly attitude and have started applying international law with greater frequency, in what appears to be a professional and credible manner (even in politically-charged cases involving their own governments)<sup>37</sup>.

Embora concordemos com o diagnóstico dos autores supramencionados sobre a crescente cooperação entre os órgãos jurisdicionais internos e internacionais, preferimos acreditar que esta talvez tenha se dado devido à uma paulatina mudança na auto-percepção dos juízes nacionais de seu pertencimento a um todo maior, e de suas responsabilidades enquanto tal<sup>38</sup>. Esse quadro nos permite imaginar o florescimento da governança global, e o alcance dos objetivos últimos do Direito Internacional, que devem também ser protegidos pela normatividade interna.

As responsabilidades do juiz nacional, portanto, não se limitam à cooperação com os órgãos jurisdicionais internacionais, tampouco à aplicação fática e preponderante da normatividade internacional aos fatos que lhe são apresentados internamente, mas abarca a obrigação de interpretação e concreção do Direito Internacional de maneira sólida, unitária e consistente, observando seus parâmetros autênticos de legitimidade e escapando da tentação de adequá-los aos interesses especificamente nacionais. Pressupõe-se, certamente, um grau substancial de conhecimento do sistema jurídico internacional por parte desses agentes, e uma independência funcional interna que os possibilite exercer seu “duplo” papel evidenciado por Scelle.

---

36 RAMOS André de Carvalho (2011) “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos” In SARMENTO Daniel e SARLET Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, p. 35. (A denúncia é frequente em palestras, aulas e outros textos.)

37 SHANY Yuval (2009) “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”. *European Journal of International Law*, 20, p. 75-6.

38 DUPUY Pierre-Marie, Op. cit.



## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: RUMO A UM “SISTEMA JUDICIAL INTERNACIONAL”?**

Diante do exposto, há que se refletir se estaríamos caminhando rumo a um sistema jurisdicional internacional, isto é, se no interior do sistema jurídico internacional estaríamos avançando rumo à (a) um conjunto de órgãos jurisdicionais de aplicação do Direito Internacional (b) que possuem uma interação ordenada entre si e (c) com um certo grau de unidade e coesão<sup>39</sup>.

A propósito, Cesare Romano é enfático ao reconhecer certa anarquia e diferenças intransponíveis no agrupamento das Cortes e Tribunais Internacionais, que impediriam sua caracterização como um sistema judiciário internacional:

Grouping all of these bodies and mechanisms together and sub-grouping them according to a debatable taxonomy, it does not follow that an “international judicial system” exists. If by “system” it is ordinarily meant “... a regularly interacting or interdependent group of items forming a unified whole ...” or “... a functionally related group of elements...” “ then by all standards the bodies listed in this chart do not amount to a system<sup>40</sup>.

Nem ao menos por isso é possível ignorar que todos os órgãos judiciais internacionais –e aqui desejamos também adicionar aqueles nacionais- apliquem em suas decisões o “corpus juris” do Direito Internacional<sup>41</sup>, e façam parte do sistema jurídico internacional como entendido anteriormente, em um todo maior de formulação, aplicação e execução do Direito Internacional. Assim, resta claro que ao reconhecermos a inexistência atual de um sistema jurisdicional internacional não estamos a desconstruir a caracterização do Direito Internacional como um sistema jurídico, mas constatando a necessidade de desenvolvimento de arcabouços normativos, teorias jurídicas, boas-práticas, e salvaguardas institucionais<sup>42</sup>, de modo a integrar de maneira “menos frouxa” as instituições jurisdicionais nacionais e internacionais, em sua função de aplicação do Direito Internacional.

Semelhantemente, Yuval Shany também reconhece inicialmente a inexistência de um judiciário internacional, ao vislumbrar os órgãos jurisdicionais internacionais como “ilhas de jurisdição”, diante da incapacidade da Corte Internacional de Justiça de assumir um

39 ABI-SAAB Georges (1999) “Fragmentation or Unification: some concluding remarks”. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, p. 920.

40 ROMANO Cesare, Op. cit., p. 723.

41 ROMANO Cesare, *Ibid.*, p.727.

42 SHANY Yuval, Op. cit., p. 91.

papel central no orquestramento entre eles, da voluntariedade da coordenação; e, com enfoque na ausência ou rudimentariedade de regras e instrumentos de regulação de conflitos de competência entre eles<sup>43</sup>. Em trabalho posterior, contudo, amadurece a ideia de fortalecimento e emergência de um novo judiciário internacional, certamente com um caminho de construção pela frente, mas com relevante papel dos órgãos judiciários nacionais- o qual buscamos também destacar<sup>44</sup>.

Ao optarmos pela inclusão dos órgãos judiciais nacionais como elementos indispensáveis do sistema judicial internacional, reforçamos pois a necessidade de sua atuação, de seu envolvimento na aplicação deste “corpus juris” do Direito Internacional que os interconecta às Cortes e Tribunais Internacionais. É certo que isto implica distanciar o alcance ou completude deste sistema na escala evolutiva e de amadurecimento da sociedade internacional rumo à governança global, mas significa construí-lo mais consistente, concreto e acessível aos indivíduos, fim último de todo o direito enquanto evento social. Nesta esteira, merece destaque a reflexão de Wagner Menezes:

A essência do Direito está em que ele é universal, tendo no Direito Internacional o instrumento de redimensionamento desse importante papel e dos vetores axiomáticos que lhe inspiram, de maneira que, ignorá-lo significa não compreender o próprio sistema comoum todo<sup>45</sup>.

Concluimos, pois, retomando a ideia de que os aparentes argumentos da fragmentação evidenciam, em última análise a existência de um sistema jurídico único e coeso. Um sistema jurídico internacional plural -com subsistemas e tribunais especializados- permite a proteção reforçada de valores caros à evolução dos povos rumo à uma verdadeira comunidade global, e reafirma a sua universalidade, como instrumento de justiça, equidade e dignidade entre os seres humanos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABI-SAAB George (1987) *Cours Général de Droit International Public*. Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 207.

ABI-SAAB Georges (1999) “Fragmentation or Unification: some concluding remarks”. *New York University Journal of International Law and Politics*, 31.

AMARAL JUNIOR Alberto do (2008) “O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo”.

---

43 SHANY Yuval (2003) *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. New York: Oxford University Press. p. 106-9.

44 SHANY Yuval, Op. cit., p. 91

45 MENEZES Wagner (2011) “Direito Internacional: Temas e perspectivas globais”. *Revista Consulex*, (357), p. 28.

- III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol. II.* Belo Horizonte: CEDIN, p.11-33.
- BENVENISTI Eyal e DOWNS George W. (2009) “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”. *European Journal of International Law*, 20.
- BOBBIO Norberto (1995) *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- BURKE-WHITE William W. (2003-2004) “International Legal Pluralism”. *Michigan Journal of International Law*, 25.
- CASSESE Antonio (1990) “Remarks on Scelle’s Theory of “Role Splitting” (dedoublement fonctionnel) in International Law”. *European Journal of International Law*, 1.
- CHARNEY Jonathan (1998) *Is International Law threatened by multiple international tribunals?* Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 271.
- DUPUY Pierre-Marie (2007) “Unité d’Application du Droit à l’Echelle Globale et Responsabilité des Juges”. *European Journal of Legal Studies*, 1(2).
- FIWEW KEBEDE Tiba (2006) “What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals?” *Gonzaga Journal of International Law*, 10.
- HART H. L. A (2009) *O Conceito de Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- KELSEN Hans (2006) *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- KOSKENNIEMI Martti (2006) *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN. “International Law Commission, 58a sessão. Relatório do estudo analítico realizado pelo Grupo de Estudos da Comissão de Direito Internacional, Doc. A/CN.4/L.682”. 13 de abril de 2006, p. 14-15. [online] disponível em: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/1\\_9.html](http://untreaty.un.org/ilc/texts/1_9.html)> [acessado em 21/10/2013].
- LOSANO Mario G. (2008) *Sistema e estrutura no direito, volume I: das origens à escola histórica*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- MENEZES Wagner (2005) *Ordem Global e Transnormatividade*. Ijuí: Ed. Unijui.
- MENEZES Wagner (2011) “Direito Internacional: Temas e perspectivas globais”. *Revista Consulex*, (357).
- RAMOS André de Carvalho. (2011) “O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.” In SARMENTO Daniel e SARLET Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.
- ROMANO Cesare (1998-1999) “The proliferation of International Judicial Bodies: the pieces of the puzzle”. *New York University Journal of*

*International Law & Politics*, 31, p. 710.

ROMANO Cesare (2008-2009) “Deciphering the Grammar of the International Jurisprudential Dialogue”. *New York University Journal of International Law & Politics*, 41.

ROMANO Cesare (2009) “Can You Hear me Now? The case for extending judicial network.” *Chicago Journal of International Law*, 10(1), p. 233-273.

ROMANO Santi (2008) *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux.

SANDS Philippe (1998) “Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law”. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, (85).

SHANY Yuval (2003) *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. New York: Oxford University Press.

SHANY Yuval (2009) “No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of a New International Judiciary”. *European Journal of International Law*, 20.

SLAUGHTER Anne-Marie (2004) “Sovereignty and Power in a Networked World Order”. *Stanford Journal of International Law*, 40, p. 283-327.

SREENIVASA RAO Pemmaraju (2003-2004) “Multiple International Judicial Forums: a reflection of the growing strength of international law or its fragmentation?” *Michigan Journal of International Law*, 25.

TOMUSHAT Christan. (1987) *International Courts and Tribunals with Regionally Restricted and/or Specialized Jurisdiction*. Judicial Settlement of International Disputes: International Court of Justice, other Courts and Tribunals, Arbitration and Conciliation: An International Symposium. Max-Planck Institute, p. 285-416.

TRINDADE Antônio Augusto Cançado (2002) “Os Rumos do Direito Internacional Contemporâneo: de um Jus Inter Gentes a um Novo Jus Gentium no Século XXI”. In *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1039-1109.

# DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SUCESSÕES NA UNIÃO EUROPEIA: A DETERMINAÇÃO DO DIREITO APLICÁVEL NO NOVO REGULAMENTO 650/2012, DE 4 DE JULHO DE 2012

## DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LAS SUCESSIONES EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN EL NUEVO REGLAMENTO 650/2012, DE 4 DE JULIO DE 2012

*Carl Friedrich Nordmeier\**

**Resumo:** Com a entrada em vigor do Regulamento 650/2012, de 4 de julho de 2012, no âmbito da União Europeia, o direito internacional das sucessões foi harmonizado naquele processo de integração. O presente artigo analisa as regras de Direito Internacional Privado *stricto sensu* contidas no Regulamento. A residência habitual como principal fator de conexão é discutida, bem como o princípio da unidade da sucessão e a admissão do reenvio. Quanto a uma possível escolha da lei, cabe distinguir entre a escolha em si e a disposição por morte na qual ela está contida. A nacionalidade do defunto como ponto de conexão tem relevância particular neste contexto. As disposições por morte, sobretudo o testamento de mão comum e o pacto sucessório, são analisadas. A maioria das questões quanto a uma disposição por morte é respondida pelo estatuto sucessório hipotético. A escolha da lei aplicável a uma disposição por morte, bem como a sua forma, merecem atenção especial. Por fim, são debatidos dois problemas particulares que encontraram uma solução com o surgimento do Regulamento, quais sejam, o dos comorientes e o da herança vaga.

**Resumen:** Con la entrada en vigor del Reglamento 650/2012, de 4 de julio de 2012, en el ámbito de la Unión Europea, el derecho internacional de la sucesión se ha armonizado en aquel proceso de integración. Este artículo analiza las normas de derecho internacional privado *stricto sensu*

---

\* Carl Friedrich Nordmeier, juiz de direito em Wiesbaden, Hessen, Alemanha, doutor em direito pela Universidade de Heidelberg, membro da Associação Luso-Alemão de Juristas, professor convidado do curso de especialização em Direito Internacional Privado, Público e Direito da Integração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.

contenidas en el Reglamento. El concepto de residencia habitual como el factor principal de conexión se discute, así como el principio de la unidad de la sucesión y la admisión del reenvío. En relación a una posible elección de la ley, es posible distinguir entre la propia elección y la disposición mortis causa en la que está contenida. La nacionalidad del fallecido como un punto de conexión tiene especial relevancia en este contexto. Las disposiciones mortis causa, sobre todo el testamento mancomunado y el pacto sucesorio, se analizan. La mayoría de las preguntas con respecto a una disposición mortis causa es respondida por el estatuto hipotético de la sucesión. La elección de la ley aplicable a la disposición mortis causa, así como su forma, merecen atención especial. De los problemas particulares que encontraron una solución en el Reglamento se presenta el de los comorientes y el de la sucesión vacante.

**Palavras-chave:** Conflito de leis, União Europeia, Sucessões, Unidade da sucessão, Europeização

**Palabras clave:** Conflicto de leyes; Unión Europea, Sucesiones, Unidad de la sucesión, Europeización

---

## 1. INTRODUÇÃO

A unificação do Direito Internacional Privado das Sucessões no nível europeu é um passo importante no processo de integração que inclui todos os ramos do DIP<sup>1</sup>. Ela foi atingida com a aprovação do Regulamento 650/2012, de 4 de julho de 2012<sup>2</sup>. O Regulamento é fruto de uma longa fase de preparação, iniciada por um estudo do Instituto Alemão de Notários em cooperação com os professores Lagarde e Dörner<sup>3</sup>. Um livro verde lançado em março de 2005<sup>4</sup> antecedeu uma proposta de Regulamento da Comissão, que surgiu, então, em outubro de 2009<sup>5</sup>. Durante o processo legislativo, esta proposta sofreu várias

---

1 Sobre este processo ver JAEGER JUNIOR Augusto, NORDMEIER Carl Friedrich (2013) "Comunitarização do Direito Internacional Privado: paulatina harmonização de um âmbito jurídico". In: SOUZA DEL'OLMO Florisbal de, COLER GIMENEZ Charlise Paula, MARCONATTO DAMO CERVI Taciana (eds.) *Direitos Fundamentais e Cidadania: a busca pela efetividade*. Campinas: Editora Millennium, p. 131-156.

2 Regulamento (UE) N° 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de julho de 2012 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Jornal Oficial da União Europeia L 2012. n° 201. p. 107. Retificado em Jornal Oficial da União Europeia L 2012. n° 344. p. 3. E em Jornal Oficial da União Europeia L 2013. n° 41. p. 16.

3 Ver os resultados do estudo em DÖRNER Heinrich, HERTEL Christian, LAGARDE Paul, RIERING Wolfgang (2005) "Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Verfahrensrecht". *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1. p. 1-8.

4 Livro Verde de Sucessões e Testamentos de 1.3.2005, COM (2005) 65 final.

5 Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu de 14.10.2009, COM (2009)



modificações e complementações<sup>6</sup>. O resultado final é um Regulamento com 84 artigos e 83 considerandos. Ele consiste, basicamente, de quatro partes: a primeira trata, no Capítulo II do Regulamento (arts. 4-19), de questões da competência internacional; a segunda, no Capítulo III do Regulamento (arts. 20-38), ocupa-se com a determinação do direito aplicável; a terceira, nos Capítulos IV e V (arts. 39-61), é dedicada ao reconhecimento e à execução de decisões, atos autênticos e transações judiciais; e a quarta, no Capítulo V (arts. 62-72), introduz um inovador certificado sucessório europeu<sup>7</sup>. O Capítulo I (arts. 1-3) e o Capítulo VII (arts. 74-84) contêm regras gerais para a aplicação do Regulamento.

A presente contribuição trata somente das regras de Direito Internacional Privado *stricto sensu*, isto é, da questão como a lei aplicável é determinada. Como já referido, as regras relevantes encontram-se, basicamente, no Capítulo III do Regulamento 650/2012 (arts. 20-38)<sup>8</sup>.

Cabe referir, ainda, que o Regulamento 650/2012 entrou em vigor no dia 16 de agosto de 2012, de acordo com o seu art. 84, inciso 1. Ainda assim, as normas serão aplicáveis somente a partir de 17 de agosto de 2015, como reza o art. 84, inciso 2, do Regulamento 650/2012. Esta divergência permite aos interessados, sobretudo aos notários e aos advogados, conhecer as novas regras, que são, já pelo seu número, de grande complexidade. Vale mencionar, para fins de comparação, que o Direito Internacional Privado das Sucessões *stricto sensu* atualmente em vigor na Alemanha encontra-se regulado em apenas dois artigos na Lei de Introdução ao Código Civil alemão<sup>9</sup>. Já o Capítulo III do Regulamento compreende 19 artigos.

---

154 final. Da grande quantidade de publicações sobre a proposta são destacadas aqui: MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW (2010) "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession". *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, p. 522-720; ROTH Wulf-Henning (2011) "Der Vorschlag einer Verordnung zur Regelung des Internationalen Erbrechts". In: SCHMOECKEL Mathias, OTTE Gerhard (eds.) *Europäische Testamentsformen*. Baden-Baden: Nomos-Verlag, p. 13-30; e SÜß Remberth (2009) "Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009". *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 12, p. 342-348.

6 Mais detalhadamente sobre o processo legislativo ver VOLLMER Peter W. (2012) "Die neue europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick". *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 9, p. 227-228.

7 Sobre este certificado ver BUSCHBAUM Markus, SIMON Ulrich (2012) "EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis". *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 525-530 e WILSCH Harald (2012) "EuErbVO: Die Verordnung in der deutschen Grundbuchpraxis". *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 530-532.

8 As regras da competência internacional estão discutidas em DÖRNER Heinrich (2012) "EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!". *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505, 510-511. Ver também DUTTA Anatol (2013) "Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union - Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung". *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 5-8.

9 Tratam-se dos arts. 25 e 26 da Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.



## 2. ESTRUTURA DO CAPÍTULO III DO REGULAMENTO 650/2012 SOBRE A LEI APLICÁVEL

Para um melhor entendimento das normas sobre a determinação da lei aplicável, é recomendável distinguir-se entre casos nos quais existe uma disposição por morte e os em que o falecido morreu sem deixar uma tal disposição, isto é, nos quais a sucessão está regulada somente por lei. As regras principais para o segundo caso estão nos arts. 21-23 Regulamento 650/2012, enquanto as normas relevantes para o primeiro caso encontram-se nos arts. 24-27 Regulamento 650/2012. O art. 20 Regulamento 650/2012 determina de maneira geral a aplicação universal do Regulamento, enquanto os arts. 28-33 Regulamento 650/2012 preveem regras particulares para situações fáticas ou jurídicas especiais, por exemplo, para o problema da adaptação de direitos reais, no art. 31 Regulamento 650/2012<sup>10</sup>, ou para aquele dos comorientes, no art. 32 Regulamento 650/2012. Nos arts. 34-38 Regulamento 650/2012 constam normas que solucionam questões de Direito Internacional Privado, que não são específicas para o direito das sucessões. Assim, nomeadamente, aquelas sobre o reenvio (art. 34 Regulamento 650/2012), a ordem pública (art. 35 Regulamento 650/2012), o tratamento dos ordenamentos jurídicos plurilegislativos (arts. 36-37 Regulamento 650/2012) e o conflito de leis internas (art. 38 Regulamento 650/2012).

## 3. DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL

A regra geral para a determinação da lei aplicável consta no art. 21, inciso 1 Regulamento 650/2012. Aplica-se a lei do Estado onde o falecido tinha a sua residência habitual no momento do óbito. Ainda assim, uma pessoa pode optar pela aplicação da lei do Estado de que é nacional no momento em que ela fizer a escolha da lei aplicável ou no momento do óbito.

Neste contexto, vale sublinhar que o Regulamento 650/2012 é de aplicação universal, como se lê no art. 20 Regulamento 650/2012. Isto significa que a lei a ser aplicada pode ser a de um Estado que não seja um Estado-Membro da União Europeia<sup>11</sup>, e, além disso, que o Regulamento é aplicável mesmo em situações nas quais o *de cuius* não tenha a nacionalidade de um Estado-Membro, nem residência habitual num tal Estado.

---

10 Sobre este ver SCHMIDT Jan Peter (2013) “Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse”. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 77, p. 2, 16 e seg.

11 Sobre a noção de “Estado-Membro” no Regulamento ver LEHMANN Daniel (2013) “Die EU-ErbVO: Babylon in Brüssel und Berlin”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2, p. 25.

### **3.1. Residência habitual como fator principal de conexão**

A aplicação da lei da última residência habitual do falecido é uma decisão primariamente política. Ela corresponde a uma tendência geral no Direito Internacional Privado europeu de preferir a residência habitual como fator de conexão à nacionalidade. Pois no processo de integração europeu a distinção de pessoas de acordo com a sua nacionalidade é mal vista. Além disso, a aplicação do direito da residência habitual pode incentivar a mobilidade de cidadãos entre os Estados-Membros e deve ajudar a deixar crescer uma “identidade europeia”<sup>12</sup>. Para os Estados-Membros que até agora usam a nacionalidade do defunto para determinar o direito aplicável à sucessão – como, por exemplo, a Alemanha no art. 25, inciso 1 da Lei de Introdução ao Código Civil – o Regulamento 650/2012 traz um “câmbio de paradigma”<sup>13</sup>. Ainda assim, vale notar que o Direito Internacional Privado brasileiro manda aplicar, por força do art. 10, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei do país em que era domiciliado o defunto. Embora as noções de “domicílio” no Direito Internacional Privado brasileiro<sup>14</sup> e de “residência habitual” no Regulamento 650/2012 não tenham o mesmo significado, a solução brasileira está muito mais perto do art. 21, inciso 1 Regulamento 650/2012 que a do art. 25, inciso 1 da Lei de Introdução ao Código Civil alemã.

#### **a) Conceituação de “residência habitual”**

Uma das questões centrais do Regulamento 650/2012 é saber sob quais circunstâncias uma pessoa tem a sua residência habitual num determinado Estado. Os Considerandos 23 e 24 tentam explicar de maneira abrangente quais os parâmetros para esta análise.

Num primeiro momento, cabe lembrar que o conceito de “residência habitual” é um conceito autônomo<sup>15</sup> do Regulamento

12 Ver MANSEL Heinz-Peter (2006) “Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze”. In: ARKAN Sabih, YONGALIK Aynur, SIT Basak (eds.) *Prof. Dr. Tugrul Ansaya Armagan*, p. 185, 208-210 e LORENZ Stefan (2012) “Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit”. *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 2, p. 39, 43-44.

13 Ver a profunda análise de SONNENTAG Michael (2012) “Das Europäische Internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt”. *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 11, p. 457, 459-465. Além disso, ver KINDLER Peter (2010) “Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 44, 47 e KUNZ Lena (2012) “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 208, 210.

14 Sobre o conceito de domicílio no direito brasileiro ver NORDMEIER Carl Friedrich (2008) *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*, p. 129-139.

15 SCHAUB Renate (2013) “Die EU-Erbrechtsverordnung”. In: MUSCHELER Karlheinz (ed.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, 3, p. 91, 112.

650/2012. O aplicador de direito está impedido, pois, de recorrer ao entendimento de um Estado-Membro ou ao entendimento do Estado – seja um Estado-Membro, seja um Estado terceiro – em que o defunto possivelmente tivesse a sua última residência habitual<sup>16</sup>.

No mais, parecia desejável – no interesse de uma melhor coerência – desenvolver um conceito de “residência habitual” que pudesse ser usado em todo Direito Internacional Privado da União Europeia. Infelizmente, o legislador europeu trilhou outro caminho. Como se lê no Considerando 23, frases 2 e 3, para a determinação da residência habitual deve-se avaliar de maneira global as circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito, contemplando os objetivos específicos do Regulamento 650/2012. Disto decorre que a conceituação da residência habitual tem de ser feita especificamente para o Direito Internacional Privado das sucessões – quão lamentável do ponto de vista da coerência do Direito Internacional Privado unional isto seja<sup>17</sup>.

O ponto de partida para a análise é a “permanência” do falecido no Estado em causa. A permanência demanda a presença física – uma presença que, como reza o Considerando 23, frase 3, deve revelar “uma relação estreita e estável” da pessoa com o Estado em questão. Portanto, a mera situação de bens ou a sua detenção, desacompanhada pela presença da pessoa, não gera uma residência habitual. Se uma pessoa transfere a maioria dos seus bens de um Estado para outro (p. ex., para poupar imposto) sem atualmente viver no Estado para o qual transferiu os bens, ela não estabelece a sua residência habitual neste Estado.

Uma constelação comum é a divergência do lugar do trabalho com o lugar da vida social. O Considerando 24, frase 2, dá como exemplo o caso de uma pessoa que, por razões profissionais ou econômicas, foi viver no estrangeiro a fim de aí trabalhar por um longo período, mas tem mantido uma relação estreita e estável com o seu Estado de origem, no qual se situam o centro de interesses da sua família e a sua vida social. Numa tal situação, a residência habitual fica, de acordo com o Considerando 24, frase 3, no Estado de origem. É possível deduzir disto, para a determinação da residência habitual, a prevalência do Estado com o qual o defunto tinha laços familiares e pessoais sobre o Estado com o qual o defunto tinha vínculos profissionais<sup>18</sup>.

---

16 Exemplo: Caso uma autoridade polonesa tenha de avaliar se o defunto tinha a sua última residência habitual em Angola, ela não pode recorrer ao entendimento de “residência habitual” nem do direito polonês nem do direito angolano.

17 De acordo com DÖRNER Heinrich (2012) “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505, 510, a cláusula de escape do art. 21, inciso 2 Regulamento 650/2012 oferece flexibilidade suficiente para evitar um desenvolvimento de um conceito de “residência habitual” particular para fins do Regulamento 650/2012. Os Considerandos 23 e 24 indicam o contrário.

18 DÖRNER Heinrich (2012) “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505, 510.

Neste contexto, surge a pergunta se existem pessoas sem “residência habitual”. Partindo do texto da lei, é bem imaginável que uma pessoa possa não residir habitualmente em Estado algum, embora circule em diferentes Estados. Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática<sup>19</sup> – não é encontrado na norma<sup>20</sup>. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe<sup>21</sup>.

Pode-se pensar, ainda, na solução inversa: Se a pessoa circula em diferentes Estados, ela poderia ter várias residências habituais. Ainda assim, da análise acima feita não só decorre, no meu entender, que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa possa não ter residência habitual alguma, mas também que ela não posa ter mais que uma única residência habitual ao mesmo tempo<sup>22</sup>.

Um outro problema na determinação da residência habitual é a relevância de elementos subjetivos. Surge a pergunta se a vontade da pessoa de residir em um determinado lugar deve ser levada em consideração. Por um lado, a constituição de uma residência habitual não *pressupõe uma vontade* jurídica comparável à que é necessária para celebrar um negócio jurídico<sup>23</sup>. Por outro lado, parece difícil negar qualquer influência de elementos subjetivos<sup>24</sup>. Isto é, sobretudo,

19 A simples presença, em alemão “schlichter Aufenthalt”, é usada, de vez em quando, no Direito Internacional Privado alemão como ponto de conexão, caso a pessoa não tenha uma residência habitual (em alemão: “gewöhnlicher Aufenthalt”). Ver VON BAR Christian, MANKOWSKI Peter (2003) *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*. 2. ed. p. 568-569.

20 A cláusula de escape do art. 21, inciso 2 Regulamento 650/2012 exige uma relação mais estreita com um Estado diferente do Estado em que o falecido tinha sua residência habitual. Portanto, ela pressupõe uma residência habitual.

21 Em sentido divergente, KUNZ Lena (2012) “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 208, 210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento, SCHURIG Klaus (2010) “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. In: BERNREUTHER Jörn, FREITAG Robert, LEIBLE Stefan, SIPPEL Harald, WANITZEK Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. p. 343, 346.

22 Em sentido convergente, DÖRNER Heinrich (2012) “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505, 510. Reflexões em sentido divergente encontram-se em SCHAUB Renate (2013) “Die EU-Erbrechtsverordnung”. In: MUSCHELER Karlheinz (ed.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, 3, p. 91, 113.

23 DÖRNER Heinrich (2012) “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505, 510.

24 LEHMANN Daniel (2012) “Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe”. *Deutsches Steuerrecht*, p. 2085, 2087; SCHAUB Renate (2013) “Die EU-

problemático em constelações nas quais a pessoa sofra de uma doença mental e, portanto, não seja mais capaz de determinar por vontade própria o lugar em que quer viver<sup>25</sup>. Além disso, cabe lembrar que o defunto, no momento da abertura da sucessão, não é mais capaz de informar a sua vontade. Portanto, a determinação de elementos subjetivos sempre demanda a análise de fatos objetivos para que a existência de uma vontade do defunto possa ser determinada. Por outro lado, a avaliação global das circunstâncias da vida do falecido, o que exige o Considerando 23, frase 2, pode incluir momentos subjetivos – sobretudo quando avaliam-se as “razões” da permanência num Estado, ao que o Considerando mencionado se refere expressamente.

## b) Cláusula de escape

O Regulamento 650/2012 conta com uma cláusula de escape, que foi inserida no texto legal relativamente tarde, já durante o processo legislativo. De acordo com o art. 21, inciso 2 Regulamento 650/2012, se houver “uma relação manifestamente mais estreita” com um Estado diferente do Estado da última residência habitual, é aplicada, a título excepcional, a lei do Estado com o qual esta relação existe. Dado o fato de que o conceito de “residência habitual” já oferece flexibilidade suficiente para levar em consideração todas as circunstâncias da vida do defunto, podia-se questionar a necessidade de uma cláusula de escape adicional<sup>26</sup>. Pois, via de regra, a residência habitual indica o Estado com o qual o defunto tinha a relação mais estreita. Portanto, o âmbito de aplicação do art. 21, inciso 2 Regulamento 650/2012 parece relativamente estreito<sup>27</sup>. Quanto a uma possível aplicação da norma, o Considerando 25, frase 1, menciona o caso em que o falecido tenha se mudado para o Estado da sua residência habitual muito pouco tempo antes da sua morte e todas as circunstâncias do caso indiquem que ele tinha uma relação manifestamente mais estreita com outro Estado.

Do ponto de vista do aplicador do direito, uma cláusula de escape parece vantajosa, pois é impossível obter informações do defunto pessoalmente<sup>28</sup> e, portanto, os fatos nos quais a decisão sobre a

---

Erbrechtsverordnung”. In: MUSCHELER Karlheinz (ed.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, 3, p. 91, 113 e SÜß Rembert (2009) “Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 12, p. 342, 344. Ver também RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 15.

25 ODERSKY Felix (2013) “Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis”. *notar*, 1, p. 3, 5.

26 DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 8.

27 KOHLER Christian, PINTENS Walter (2012) “Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 18, p. 1425, 1427.

28 WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”.



residência habitual está baseada podem ser duvidosos. Ainda assim, o Considerando 25, frase 2, sublinha que a relação manifestamente mais estreita não deverá tornar-se um fator de conexão subsidiário caso se revele complexa a determinação da residência habitual.

### 3.2. Unidade da sucessão

O regulamento está baseado no princípio da unidade da sucessão<sup>29</sup>, isto é, o direito determinado como sendo aplicável rege “o conjunto da sucessão”, como reza o art. 21, inciso 1 Regulamento 650/2012. Portanto, o Regulamento não promove uma distinção, quanto à lei aplicável, entre coisas móveis ou coisas imóveis. A título de exemplo: deixando um falecido, que morreu com residência habitual na Itália, uma casa situada Espanha, a sucessão quanto a esta casa é regida pela lei italiana. Esta solução mostra-se vantajosa, dado o fato de que o princípio contrário, o do fracionamento da herança – de acordo com o qual as coisas imóveis são distribuídas de acordo com a lei do lugar onde se encontrem e as coisas móveis de acordo com a lei a última residência habitual do falecido – provocaria questões de difícil qualificação, dificultaria o cálculo das legítimas e complicaria a realização dos direitos dos credores do falecido<sup>30</sup>. Além disso, incrementariam a complexidade e os custos do planejamento da sucessão, pois a pessoa que quisesse organizar a distribuição dos seus bens para depois da sua morte teria de levar em consideração diversas leis materiais e coordená-las. Embora o princípio do fracionamento da herança seja seguido, sobretudo, nos Estados da *common law* e na França<sup>31</sup>, desde o início dos trabalhos no Regulamento as vantagens do princípio da unidade da sucessão foram sublinhadas<sup>32</sup>,

---

*Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 605.

29 JAYME Erik (2011) “Zur Reichweite des Erbstatuts”. In: REICHELTE Gerte, RECHBERGER Walter H. *Europäisches Erbrecht : Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*, p. 27-40 e RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 9-10.

30 LAGARDE Paul (2012) “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”. *Revue critique de droit international privé*, 4, p. 691, 696. Em língua portuguesa, ver MACHADO João Baptista (2009) *Lições de Direito Internacional Privado*. 3. ed. p. 434-435.

31 O princípio foi atenuado no direito francês, pois permite-se o reenvio. Constatou sobretudo em situações nas quais a lei do lugar da situação de um bem imóvel remete para a lei da última residência habitual do defunto, chega-se à unidade da sucessão por reenvio. Ver JAYME Erik (2011) “Zur Reichweite des Erbstatuts”. In: REICHELTE Gerte, RECHBERGER Walter H. *Europäisches Erbrecht : Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*, p. 27, 29.

32 DÖRNER Heinrich, HERTEL Christian, LAGARDE Paul, RIERING Wolfgang (2005) “Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Verfahrensrecht”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 1, 4 e MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW (2010) “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”.

o que, no final das contas, virou um princípio básico do Regulamento.

### 3.3. Reenvio

Os Regulamentos de Direito Internacional Privado editados pela União Europeia excluem, em grande medida, o reenvio<sup>33</sup>. Nesta linha de entendimento, o art. 26 da proposta do Regulamento também o fez, mandando aplicar as normas materiais do Estado cuja lei for indicada como sendo aplicável, com exclusão das normas de Direito Internacional Privado. Na doutrina, houve o entendimento de que a admissão do reenvio em casos nos quais o defunto morreu com residência habitual num Estado terceiro seria de grande utilidade para garantir a harmonia internacional de decisões<sup>34</sup> e poderia facilitar a distribuição do processo de herança entre os tribunais dos Estados-Membros<sup>35</sup>. Sob esta ótica, é de se saudar que o art. 34 Regulamento 650/2012 permite o reenvio, embora não o tenha feito de uma forma abrangente.

Como ponto de partida, vale notar que a questão do reenvio põe-se somente em casos nos quais a lei de um Estado, que não é vinculado pelo Regulamento 650/2012, é determinada pelas normas do Regulamento 650/2012 como sendo a lei aplicável. Pois entre os Estados nos quais vigora o Regulamento 650/2012 não pode existir uma situação em que o Direito Internacional Privado do Estado A remeta para a lei do Estado B enquanto o Direito Internacional Privado do Estado B remeta para o Estado C, ou remeta de volta para o Estado A<sup>36</sup>. Pelo contrário, a identidade das normas de Direito Internacional Privado no âmbito do direito das sucessões – dada pelo fato de que no Estado A, bem como no Estado B, vigora o Regulamento 650/2012 – tem como consequência que as normas jurídicas em vigor nos dois Estados sempre remetam para a mesma lei<sup>37</sup>.

---

*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, p. 522, 602, 603.

33 Ver SOLOMON Dennis (2012) “Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht”. In: MICHAELS Ralf, SOLOMON Dennis (eds.) *Liber Amicorum Klaus Schurig*, p. 237-238. SCHACK Haimo (2013) “Was bleibt vom renvoi?”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 4, p. 315, 318-319.

34 KINDLER Peter (2010) “Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 44, 48-49. Ver uma posição relativizadora em SOLOMON Dennis. Op. cit. p. 237, 248-250. Ver também SCHACK Haimo (2013) “Was bleibt vom renvoi?”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 4, p. 315, 319.

35 JAYME Erik (2011) “Zur Reichweite des Erbstatuts”. In: REICHELTE Gerte, RECHBERGER Walter H. *Europäisches Erbrecht: Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*, p. 27, 39-40.

36 A respeito de somente nestas circunstâncias poder ocorrer um reenvio, ver NEUHAUS Paul Heinrich (1976) *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 2. ed. p. 268-270.

37 SCHACK Haimo (2013) “Was bleibt vom renvoi?”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 4, p. 315, 320 nota que a simplificação da determinação da lei aplicável é outro argumento em favor de excluir o reenvio entre os Estados-Membros. Ainda assim, pelas razões expostas, a determinação da lei aplicável não se tornaria mais complexa se nos dois Estados



Além disso, cabe sublinhar que, de acordo com o art. 34, inciso 2 Regulamento 650/2012, o reenvio não deve ser admitido, entre outros casos, quando a lei aplicável for determinada pela cláusula de escape do art. 21, inciso 2 Regulamento 650/2012, nem quando o defunto tiver feito uma escolha da lei de acordo com o art. 22 Regulamento 650/2012<sup>38</sup>.

Em relação aos Estados terceiros, as normas de Direito Internacional Privado desses Estados encontram aplicação de acordo com o art. 34, inciso 1, lit. a) Regulamento 650/2012 quando remetam o caso para a lei de um Estado-Membro. É de ser sublinhado que o texto legal refere-se à “lei de um Estado-Membro”, não à lei do foro. Isto tem como consequência, por exemplo, que uma autoridade francesa encarregada de tratar a sucessão de um alemão que morreu com última residência na Arábia Saudita aplicará a lei alemã<sup>39</sup>. Além disso, o texto da norma não distingue entre o reenvio que inclua o Direito Internacional Privado e o reenvio que o exclua. A segunda hipótese resolve-se sem maiores problemas: é aplicada a lei material do Estado-Membro ao qual o Direito Internacional Privado do Estado terceiro remeta o caso. A primeira hipótese, pelo contrário, levanta dúvidas e dificuldades, pois a remissão do Estado terceiro, à primeira vista, inclui o Direito Internacional Privado do Estado-Membro e, com este, as regras do Regulamento 650/2012, que remeteriam, novamente, o caso para o Estado terceiro, que, por sua vez, novamente o remeteria para o Estado-Membro, e assim sucessivamente. Nesta situação, a melhor solução é que se interrompa a “corrente de remissões” depois da primeira remissão pelo Estado terceiro para o Estado-Membro. Como uma harmonia internacional de decisões não é alcançável neste caso, parece ser preferível aplicar a lei do Estado-Membro, que na maioria dos casos é a *lex fori*<sup>40</sup>.

Se o Direito Internacional Privado do Estado terceiro não remeter para a lei de um Estado-Membro, restam duas hipóteses: na primeira, o Estado terceiro manda aplicar a sua própria lei material. Na segunda, o Estado terceiro remete para um outro Estado terceiro. A primeira hipótese é fácil de solucionar. Se o Estado terceiro aplica a sua própria

---

vigorasse o Regulamento 650/2012.

38 Sobre a escolha da lei ver abaixo o tópico 4.

39 Exemplo retirado de LAGARDE Paul (2005) “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”. *Revue critique de droit international privé*, 4, p. 691, 705. De acordo com KRÜGER Hilmar (2005) “Internationalrechtliche Probleme in Saudi-Arabien”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 4, p. 386, 387, os tribunais da Arábia Saudita sempre aplicam o seu próprio direito das sucessões mesmo se o caso tenha somente um contato mínimo com o país.

40 Esta solução é defendida com profunda argumentação por SOLOMON Dennis (2012) “Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht”. In: MICHAELS Ralf, SOLOMON Dennis (edits.) *Liber Amicorum Klaus Schurig*, p. 237, 253. No mesmo sentido está BAJONS Eva-Marlis (2013) “Die EU-ErbrechtsVO: Gleichlauf und Auseinanderfall von forum und ius im Wechselspiel mit Drittstaaten”. In: STAMM Jürgen (edit.) *Festschrift für Helmut Rießmann*, p. 751, 758.

lei, é aceito este “reenvio” – que, na verdade, não é um “re-envio”, mas sim a aceitação do chamamento feito pelo Regulamento 650/2012 – e encontra aplicação a lei do Estado terceiro. Neste caso, o resultado não diverge do que seja uma remissão ao direito material, sendo a admissibilidade do reenvio uma reflexão meramente teórica.

Mais complexa é a segunda hipótese, o caso do assim chamado “reenvio de segundo grau”. Está em questão aqui a situação na qual o Direito Internacional Privado do Estado terceiro, chamado como sendo aplicável pelo Regulamento 650/2012, remete o caso para a lei de um outro Estado terceiro. O art. 34, inciso 1, lit. b) Regulamento 650/2012 ordena que a lei material do segundo Estado terceiro encontre aplicação caso este aplicasse a sua própria lei. Isto lembra, de certo modo, a regra de reconhecimento no estatuto pessoal do Direito Internacional Privado português. O art. 31, inciso 2 do Código Civil português ordena que sejam reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados no país de residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente<sup>41</sup>. No mais, a regra do Regulamento, neste ponto, é de ser aplaudida, pois gera harmonia internacional de decisões entre o primeiro e o segundo Estados terceiros: Se fossem requisitadas a decidir o caso, as autoridades do primeiro Estado terceiro, bem como as do segundo Estado terceiro, aplicariam a lei material do segundo Estado terceiro.

Como o reenvio está admitido somente na medida em que o art. 34 Regulamento 650/2012 permite, decorre que em situações não contempladas pelo art. 34 Regulamento 650/2012 é chamado para a aplicação o direito material do primeiro Estado terceiro<sup>42</sup>. Aqui o legislador europeu infelizmente parece não ter contemplado o caso em que o Direito Internacional Privado do segundo Estado terceiro não aceita o reenvio, mas remete para a lei de um outro Estado-Membro ou até para a *lex fori*<sup>43</sup>. Parece inconsistente permitir o reenvio de acordo com o art. 34, inciso 1, lit. a) Regulamento 650/2012, quando o primeiro Estado terceiro remeter para a lei de um Estado-Membro, mas impedir-lo se o segundo Estado terceiro o fizer. Além disso, se o segundo Estado

---

41 Para uma análise abrangente do art. 31, inciso 2 Código Civil português ver NORDMEIER Carl Friedrich (2008) *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*, p. 102-109. Ainda, MOURA VICENTE Dário (2010) “Sources and Principles of Portuguese Private International Law: An Outline”. In: MOURA VICENTE Dário (edit.) *Direito Internacional Privado: Ensaio III*, p. 409, 414-415 e NORDMEIER Carl Friedrich (2012) “Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 31, 40.

42 Ver BAJONS Eva-Marlis (2013) “Die EU-ErbrechtsVO: Gleichlauf und Auseinanderfall von forum und ius im Wechselspiel mit Drittstaaten”. In: STAMM Jürgen (edit.) *Festschrift für Helmut Rießmann*, p. 751, 759.

43 SOLOMON Dennis (2012) “Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht”. In: MICHAELS Ralf, SOLOMON Dennis (eds.) *Liber Amicorum Klaus Schurig*, p. 237, 255-256.

terceiro remeter para a *lex fori*, estaremos perante a estranha situação de que as autoridades do *forum*, isto é, do Estado-Membro em questão, aplicam a lei do primeiro Estado terceiro, enquanto as autoridades dos dois Estados terceiros aplicariam, se fossem chamadas para julgar o caso, a lei do Estado-Membro, quer dizer, a *lex fori* do ponto de vista do Estado-Membro.

#### **4. A ESCOLHA DA LEI**

O Regulamento prevê a possibilidade de a pessoa escolher a lei aplicável para regular toda a sua sucessão<sup>44</sup>. *Sedes materiae* é o art. 22 Regulamento 650/2012. Diferente de outros ramos do Direito Internacional Privado europeu<sup>45</sup>, permite-se aqui somente uma escolha limitada: só pode ser escolhida a lei da nacionalidade da pessoa. O legislador europeu justificou esta limitação com o objetivo de assegurar a conexão entre o falecido e a lei escolhida e de evitar que seja escolhida uma lei com a intenção de frustrar as expectativas legítimas das pessoas com direito à legítima<sup>46</sup>. A nacionalidade da pessoa aparece como vínculo suficientemente forte de uma pessoa com um ordenamento jurídico para que a distribuição dos bens dessa pessoa depois da sua morte seja submetida às leis materiais deste, se a pessoa assim quiser<sup>47</sup>.

##### **4.1. A diferença entre a escolha da lei e a disposição por morte**

Num primeiro momento, deve-se distinguir entre a escolha da lei e a disposição por morte. De acordo com o art. 3, inciso 1. lit. d) Regulamento 650/2012, o termo “disposição por morte” é, para fins do Regulamento, um conceito geral que abrange o testamento, o testamento de mão comum e o pacto sucessório<sup>48</sup>. A escolha de lei, por sua vez, é

---

44 Para uma análise aprofundada da escolha da lei no Regulamento 650/2012 ver NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148-155. Além disso, ver LEITZEN Mario (2013) “Die Rechtswahl nach der EuErbVO”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 128-132; LAGARDE Paul (2012) “Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions”. *Revue critique de droit international privé*, 4, p. 691, 719-722 e DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 8-9.

45 Sobre tudo no Direito das Obrigações contratuais permite o art. 3 Regulamento (CE) N° 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 (“Roma I”) a escolha livre da lei aplicável ao contrato.

46 Ver Considerando 38 Regulamento 650/2012.

47 Sobre o princípio da nacionalidade no Direito Internacional Privado na pós-modernidade ver JAYME Erik (2012) *Zugehörigkeit und kulturelle Identität: Die Sicht des Internationalen Privatrechts*, p. 24-30. Como bem nota JAYME, Op. cit., p. 27, as leis de nacionalidade que determinam os pressupostos para a aquisição e a perda da nacionalidade são baseadas em valores que não têm origem no Direito Internacional Privado das sucessões.

48 Sobre a lei aplicável à disposição por morte ver abaixo o tópico 5.

a uma declaração jurídica de uma pessoa com o conteúdo de que a sua sucessão por morte seja regulada pela lei de um determinado Estado<sup>49</sup>. Embora o art. 22, inciso 2 Regulamento 650/2012 demande, quanto à forma da escolha, que ela seja feita expressamente numa declaração que revista a forma de uma disposição por morte ou resulte dos termos de uma tal disposição, a escolha da lei não é uma disposição por morte e pode ser feita de forma isolada desta. Ainda assim, na grande maioria dos casos a escolha da lei estará contida numa disposição por morte. Pois a escolha é uma ferramenta de planejar a sucessão e quase sempre fica acompanhada por outros meios de planejamento, contidos num disposição por morte.

Para mais, é importante distinguir entre a escolha da lei aplicável à sucessão de uma pessoa de acordo com o art. 22 Regulamento 650/2012 e a escolha da lei que rege a admissibilidade e a validade material de uma disposição por morte diferente de um pacto sucessório de acordo com o art. 24, inciso 2 Regulamento 650/2012 ou da escolha da lei que rege a admissibilidade, a validade material e os efeitos vinculativos de um pacto sucessório de acordo com o art. 25, inciso 3 Regulamento 650/2012<sup>50</sup>. O primeiro é a escolha do “estatuto sucessório real” (tatsächliches Erbstatut), enquanto o segundo diz respeito ao “estatuto sucessório hipotético” (hypothetisches Erbstatut)<sup>51</sup>. Este estatuto sucessório hipotético regula somente os aspetos mencionados – a admissibilidade, a validade material e, para o pacto sucessório, os efeitos vinculativos – e é determinado, na falta de uma escolha, pela aplicação das regras do Regulamento sob a hipótese que o testador tivesse falecido no dia em que fez a disposição por morte<sup>52</sup>.

## 4.2. A nacionalidade como ponto de conexão

Elegível é a lei da nacionalidade da pessoa. A pergunta sobre se uma pessoa é nacional de um determinado Estado está fora do âmbito de aplicação do Regulamento 650/2012. Ela deve ser resolvida, como reza o Considerando 41, frase 1, “a título preliminar”. Estamos, pois, perante uma questão prévia<sup>53</sup>, a ser respondida pela lei do Estado cuja

---

49 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatright*, 3, p. 148, 151.

50 Sobre esta escolha ver NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge in der neuen EU-Erbrechtsverordnung: zur Ermittlung des hypothetischen Erbstatuts nach Art. 25 ErbRVO”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 5, p. 112, 115-116.

51 LECHNER Kurt (2013) “Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1, p. 26, 27.

52 Daí resulta, portanto, a expressão “estatuto sucessório hipotético”.

53 Isto fica mais claro em outras versões linguísticas do Considerando 41. As versões francesa (question préliminaire), inglesa (preliminary question) e espanhola (cuestión preliminar) usam o termo técnico.

nacionalidade está discutida no caso<sup>54</sup>. Ainda assim, o Considerando 41, frase 2 indica um entendimento autônomo de nacionalidade para fins do Regulamento 650/2012, demandando o “pleno respeito pelos princípios gerais da União Europeia”. Por causa disso, parece viável, por exemplo, desconsiderar – para a determinação da lei aplicável de acordo com o art. 22 Regulamento 650/2012 – a perda de uma nacionalidade se esta infringir os princípios gerais da União Europeia<sup>55</sup>.

### **a) A nacionalidade no momento da escolha e no momento da morte**

O art. 21, inciso 1 Regulamento 650/2012 permite a escolha da lei do Estado de que a pessoa é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito<sup>56</sup>. Enquanto a primeira opção é bem fácil de compreender, a segunda levanta dúvidas quanto à sua necessidade prática<sup>57</sup>. Da perspectiva de uma pessoa que planeja a sua sucessão, ela tem somente relevância se uma mudança de nacionalidade estiver prevista. Em outras palavras: A escolha da lei da nacionalidade no momento do óbito fica somente relevante se esta divergir da nacionalidade no momento da escolha da lei. Portanto, no momento de escolher a pessoa tem de saber já de antemão que mudará de nacionalidade e qual será a nova nacionalidade que adquirirá<sup>58</sup>. Uma tal situação parece pouco comum. Ainda assim, a regra pode facilitar a determinação da lei aplicável se o defunto fez uma escolha, mas a sua nacionalidade no momento da escolha é difícil de determinar. Caso a lei escolhida seja a do Estado ao qual pertencia o defunto no momento da sua morte, pode ficar em aberto a sua nacionalidade no momento da escolha<sup>59</sup>.

54 O problema lembra o “reenvio à qualificação” que remete uma questão, que seja relevante para uma norma do Direito Internacional Privado, para um determinado ordenamento jurídico, p. ex., a questão se uma coisa é móvel ou imóvel à *lex rei sitae*. Sobre o “reenvio à qualificação” ver JAYME Erik (1976) “Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht”. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 17, p. 93-108.

55 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148, 149.

56 Detalhadamente, ver o que diz em RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 12-13.

57 WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 605.

58 Discute-se se, para a escolha da lei do Estado ao qual pertence a pessoa no momento do óbito, é necessária a designação concreta (p. ex.: “Escolho a lei francesa.”) ou se basta a designação abstrata (p. ex.: “Escolho a lei do Estado de que serei nacional no momento do meu óbito.”). No meu entender, a designação abstrata é suficiente. Ver NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148, 150.

59 WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 606.

## b) Múltiplas nacionalidades e pessoas sem nacionalidade

Uma pessoa com múltiplas nacionalidades pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional, como reza o art. 21, inciso 1, frase 2 Regulamento 650/2012. Esta possibilidade refere-se às nacionalidades no momento da escolha bem como no momento do óbito<sup>60</sup>. Ao prever a escolha, o legislador europeu levou em consideração a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. No caso *García Avello*<sup>61</sup>, a Corte concedeu – para fins do Direito Internacional Privado do nome – para uma pessoa com múltiplas nacionalidades um direito à escolha entre as leis dos Estados aos quais ela pertence. Em seguida, esta linha de entendimento foi transferida pela Corte, no acórdão *Hadadi*<sup>62</sup>, ao Direito Internacional Privado Processual.

O Regulamento não prevê uma escolha da lei para pessoas sem nacionalidade. Ainda assim, vários Estados-Membros da União Europeia, entre eles a Alemanha, são Estados-partes da Convenção de Nova Iorque de 28.9.1954 sobre o estatuto dos apátridas, que, de acordo com o art. 75 Regulamento 650/2012, prevalece sobre as regras do Regulamento. O art. 12, inciso 1 da citada Convenção ordena que para pessoas sem nacionalidade o ponto de conexão relevante é o domicílio e, para pessoas sem domicílio, a sua residência<sup>63</sup>. Disto decorre que uma pessoa sem nacionalidade pode escolher a lei do Estado no qual tem domicílio no momento da escolha ou no momento do seu óbito. Não tendo domicílio, pode optar pela lei do lugar da sua residência no momento da escolha ou no momento do seu óbito.

### 4.3. A escolha

Art. 22, inciso 2 Regulamento 650/2012 prevê duas formas de fazer a escolha: de maneira expressa ou de maneira tácita. Enquanto a escolha expressa não provoca maiores problemas de interpretação<sup>64</sup>, a escolha tácita, que tem de resultar dos termos duma disposição por morte, demanda a análise detalhada da disposição em questão. O Considerando 39, frase 2, menciona, a título de exemplo, a referência a normas específicas da lei do Estado da nacionalidade do defunto. Além disso, podem servir de indicação a uma escolha tácita a língua em que a

---

60 A versão portuguesa do art. 21, inciso 1, frase 2 Regulamento 650/2012 menciona somente o momento da escolha, não o do óbito. Mas uma comparação com outras versões linguísticas da norma mostra claramente que trata-se de um erro de redação da versão portuguesa.

61 Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 02.10.2003. Processo C-148/02. Coletânea de Jurisprudência 2003, I-11613. Caso *García Avello* ./ *Estado Belga*.

62 Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 16.07.2009. Processo C-168/08. Caso *Laszlo Hadadi* ./ *Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi*.

63 O conceito de “residência” da Convenção não deve ser confundido com o conceito de “residência habitual” do Regulamento.

64 Quanto à designação da lei escolhida ver a nota de rodapé número 58.



disposição está redigida, motivos do testador mencionados na disposição ou a adaptação da sucessão às exigências da lei da nacionalidade do testador<sup>65</sup>. Cabe mencionar, ainda, que os parâmetros da escolha tácita têm de ser determinados de maneira autônoma-europeia, não de acordo com a lei escolhida<sup>66</sup>.

Como já mencionado, é necessário que, de acordo com o art. 22, inciso 2 Regulamento 650/2012, a escolha respeite a forma de uma disposição por morte. De maneira geral, isto significa que a escolha tem de observar a forma de uma das leis indicadas no art. 27 Regulamento 650/2012<sup>67</sup>. Restam dúvidas sobre as exigências quanto à forma de uma escolha da lei feita que seja feita oralmente. Estas são devidas ao fato de que o art. 1, inciso 2, lit. f) Regulamento 650/2012 exclui a validade formal das disposições por morte feitas oralmente do âmbito de aplicação do Regulamento 650/2012<sup>68</sup>.

Quanto à validade material do ato pelo qual foi feita a escolha, ordena o art. 22, inciso 3 Regulamento 650/2012 que esta seja regulada pela lei escolhida. Encontra aqui aplicação o assim chamado “bootstrap principle”, já conhecido, por exemplo, pelo art. 3, inciso 5 Regulamento Roma I<sup>69</sup>: É suficiente que haja uma primeira impressão de que tenha havido uma escolha da lei para que a lei possivelmente escolhida possa julgar a validade material da escolha.

## 5. AS DISPOSIÇÕES POR MORTE

Nos arts. 24-27 Regulamento 650/2012 estão contidas as normas sobre a determinação do direito aplicável às disposições por morte. Como já referido, o art. 3, inciso 1, lit. d) Regulamento 650/2012 define que disposições por morte são o testamento, o testamento de mão comum e o pacto sucessório. Ainda assim, os arts. 24 e 25 Regulamento 650/2012 não seguem esta diferenciação. Enquanto o art. 25 Regulamento 650/2012 trata dos pactos sucessórios, o art. 24 Regulamento 650/2012

---

65 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148, 152.

66 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148, 151-152. Um entendimento contrário encontra-se em LEITZEN Mario (2013) “Die Rechtswahl nach der EuErbVO”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 128, 129.

67 DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 8 e LEITZEN Mario (2013) “Die Rechtswahl nach der EuErbVO”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 128, 129.

68 Sobre o problema ver NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148, 153.

69 Ver a referência na nota de rodapé número 45.



ocupa-se com testamentos e testamentos de mão comum<sup>70</sup>. Em seguida, o art. 26 Regulamento 650/2012 descreve o termo “validade material” para todas as disposições por morte e o art. 27 Regulamento 650/2012 regula a forma de todas estas disposições, mas somente se lavradas por escrito. A validade formal das disposições por morte feitas oralmente está fora do âmbito de aplicação do Regulamento 650/2012, como ordena o art. 1, inciso 2, lit. f) Regulamento 650/2012.

É necessário, pois, distinguir, por um lado, entre os três tipos de disposição por morte e, por outro lado, entre a validade formal e a validade material de uma disposição por morte.

### 5.1. O testamento de mão comum e o pacto sucessório

Do ponto de vista da prática forense alemã, a distinção entre o testamento de mão comum<sup>71</sup> e o pacto sucessório é de grande importância. O testamento de mão comum, regulado nos parágrafos 2.265-2.272 Código Civil alemão, bem como o pacto sucessório, cujo regime legal encontra-se nos parágrafos 2.274-2.302 Código Civil alemão, são de uso muito frequente. A grande maioria dos testamentos de mão comum têm força vinculante de acordo com os parágrafos 2.270 e 2.271 Código Civil alemão<sup>72</sup>. O pacto sucessório é vinculativo conforme o parágrafo 2.279 Código Civil alemão. Ainda assim, somente o art. 25 Regulamento 650/2012, que trata dos pactos sucessórios, menciona os “efeitos vinculativos”. No art. 24 Regulamento 650/2012, que rege os testamentos ou testamentos de mão comum com efeitos vinculativos, não se lê uma regra específica para tanto.

As noções de “pacto sucessório” e de “testamento de mão comum” estão definidas no próprio Regulamento 650/2012. Como reza o art. 3, inciso 1, lit. b) Regulamento 650/2012, o pacto sucessório é “um acordo, incluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo”. Por “testamento de mão comum” entende-se, de acordo com o art. 3, inciso 1, lit. c) Regulamento 650/2012, um “testamento redigido por duas ou mais pessoas num único ato”.

---

70 Já o título do art. 24 Regulamento 650/2012, “Disposições por morte diferentes dos pactos sucessórios”, não é de grande rigor sistemático. Melhor teria sido colocar “Testamentos e testamentos de mão comum”. Ver a crítica de WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 606.

71 Sobre o testamento de mão comum no Regulamento 650/2012 ver NORDMEIER Carl Friedrich (2012) “EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 513-519.

72 Sobre os diferentes tipos de testamento de mão comum no direito alemão, ver NORDMEIER Carl Friedrich (2008) *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*. p. 20-30.

Há quem defenda a inclusão do testamento de mão comum com força vinculativa do direito alemão na noção de “pacto sucessório”. O testamento de mão comum compreenderia, assim, testamentos mútuos no sentido da definição do art. 3, inciso 1, lit. b) Regulamento 650/2012<sup>73</sup>. No meu entender, este entendimento não respeita as definições contidas no art. 3, inciso 1, lit. b) e c) Regulamento 650/2012<sup>74</sup>. Pois o testamento de mão comum do direito alemão, em quase todos os casos, é redigido num único ato e, portanto, enquadra-se na definição do art. 3, inciso 1, lit. c) Regulamento 650/2012. Mas ele não é necessariamente um “acordo” no sentido do art. 3, inciso 1, lit. b) Regulamento 650/2012. Além disso, não pode invocar-se o princípio da interpretação autônoma do Direito da União Europeia<sup>75</sup>, de acordo com o qual uma noção contida no direito unional não pode ser interpretada da maneira igual à interpretação estabelecida no direito somente de um Estado-Membro; pelo contrário, o intérprete tem de levar em consideração sentidos divergentes que estejam presentes em outros Estados-Membros bem como os objetivos específicos do direito unional. Embora decorra disto que a noção de “testamento de mão comum” do direito alemão não corresponda necessariamente à mesma noção no Regulamento 650/2012, a interpretação autônoma não permite ignorar as definições contidas no próprio direito unional – no caso, as definições no art. 3, inciso 1, lit. b) e lit. c) Regulamento 650/2012. Levando em consideração estas definições unionais, o testamento de mão comum do direito alemão enquadra-se no conceito unional de testamento de mão comum, mas não no conceito do pacto sucessório. Além disso, os direitos materiais de muitos Estados-Membros conhecem a diferenciação entre o testamento de mão comum e o pacto sucessório. Não se encontra o entendimento de que um pacto sucessório seja uma disposição por morte com força vinculativa enquanto o testamento de mão comum não a tenha<sup>76</sup>.

73 Ver a discussão abrangente em LEHMANN Daniel (2013) “Die EU-ErbVO: Babylon in Brüssel und Berlin”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2, p. 25-29. Ainda, em LECHNER Kurt (2013) “Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Neue Juristische Wochenschrift*, 1, p. 26, 27 e em LEITZEN Mario (2013) “Die Rechtswahl nach der EuErbVO”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 128, 130. Um entendimento amplo da noção de „pacto sucessório“ é defendido também em DÜTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 10.

74 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffsklärung”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 117, 120 e NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Gemeinschaftliche Testamente in der EU-ErbVO”. *Neue Juristische Wochenschrift aktuell*, 8, p. 14. Esta linha de entendimento é defendida também por SIMON Ulrich, BUSCHBAUM Markus (2012) “Die neue EU-Erbrechtsverordnung”. *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, p. 2393, 2396.

75 Sobre a interpretação do Direito Internacional Privado de origem unional ver JAEGER JUNIOR Augusto (2012) *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*.

76 Argumentos adicionais encontram-se em NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffsklärung”. *Zeitschrift für*

## 5.2. O estatuto sucessório hipotético

Como já foi referido, além do estatuto sucessório real o Regulamento 650/2012 conhece o estatuto sucessório hipotético. A criação de um tal estatuto particular baseia-se na ideia de que uma pessoa que pretenda organizar antecipadamente a sua sucessão por uma disposição por morte tenha de saber definitivamente qual o direito aplicável à disposição. Se a validade de uma disposição por morte fosse julgada de acordo com a lei da última residência habitual do defunto, uma mudança da residência habitual depois de ser feita a disposição poderia afetar a validade desta. Para impedir uma tal influência, a admissibilidade e a validade material de uma disposição por morte – e, quando tratar-se de um pacto sucessório, seus efeitos vinculativos – são regidos pela lei que seria aplicável se a pessoa tivesse falecido no dia em que fez a disposição. Na mesma ideia e na mesma técnica legislativa está baseado o art. 26, inciso 5, frase 1 da Lei de Introdução ao Código Civil alemão<sup>77</sup>.

No ponto de partida, a determinação do estatuto sucessório hipotético não parece causar mais dificuldades que a determinação do estatuto sucessório real. Ainda assim, pode-se duvidar se a cláusula de escape do art. 21, inciso 2 Regulamento 650/2012 é de ser aplicada. O Considerando 51 indica que este não é o caso, pois ele reza que a referência para determinar o estatuto sucessório hipotético “deverá ser entendida como uma referência à lei do Estado de residência habitual da pessoa em causa”. Ainda assim, entendo que a cláusula de escape deve ser aplicada ao determinar o estatuto sucessório hipotético<sup>78</sup>. A limitação do Considerando 51 não encontra suporte no texto legal.

O reenvio do art. 34 Regulamento 650/2012 deve ser respeitado no momento de se determinar o estatuto sucessório hipotético. Para saber se o Direito Internacional Privado de um Estado terceiro remete de maneira relevante para uma outra lei, deve-se presumir a morte da pessoa que fez a disposição também ao se verificar o reenvio do Estado terceiro<sup>79</sup>.

---

*Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 117, 120.

77 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*, p. 51-54 e RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 22.

78 Ver a discussão em NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge in der neuen EU-Erbrechtsverordnung: zur Ermittlung des hypothetischen Erbstatuts nach Art. 25 ErBRVO”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 5, p. 112, 113-114.

79 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge in der neuen EU-Erbrechtsverordnung: zur Ermittlung des hypothetischen Erbstatuts nach Art. 25 ErBRVO”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 5, p. 112, 114.

### **5.3. A escolha da lei aplicável à disposição por morte**

Para melhorar a segurança jurídica ainda mais, a escolha da lei aplicável a uma disposição por morte é permitida de acordo com os arts. 24, inciso 2, e 25, inciso 3, Regulamento 650/2012. Esta escolha refere-se à admissibilidade da disposição por morte, à sua validade material e, quando está em questão um pacto sucessório, aos seus efeitos vinculativos. Podem ser escolhidas as leis mencionadas no art. 22 Regulamento 650/2012, isto é, as leis da nacionalidade ou das nacionalidades da pessoa que faz a disposição no momento de a fazer ou no momento da sua morte. Uma particularidade encontra-se para o pacto sucessório que diz respeito à sucessão de várias pessoas (pacto sucessório multilateral): É elegível a lei que uma das pessoas cuja herança está em causa pudesse escolher de acordo com o art. 22 Regulamento 650/2012. Se, por exemplo, uma italiana e um alemão fazem um pacto sucessório, podem optar pelo direito alemão como sendo aplicável ao pacto sucessório inteiro<sup>80</sup>.

### **5.4. A forma da disposição por morte**

A validade formal das disposições por morte está regulada para todas as disposições no art. 27 Regulamento 650/2012. Ainda assim, vigora em 14 Estados-Membros – entre eles a Alemanha – a Convenção da Haia de 5 de Outubro de 1961 sobre os Conflitos de Leis em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias. Esta Convenção prevalece sobre as regras do Regulamento, como ordena o art. 75, inciso 1, frase 2 Regulamento 650/2012<sup>81</sup>. Como o art. 27 Regulamento 650/2012 quer regular a validade formal duma disposição por morte de maneira coerente com a Convenção<sup>82</sup>, e, para atingir este objetivo, simplesmente incorporou no Regulamento as regras de conexão da Convenção, não haverá uma divergência prática na aplicação do art. 27 Regulamento 650/2012 e da Convenção. Vale lembrar, porém, que a Convenção não abrange pactos sucessórios, enquanto o art. 27 Regulamento 650/2012 refere-se a esta disposição por morte também<sup>83</sup>. Portanto, ao determinar a lei aplicável à validade formal de um pacto sucessório, os Estados-Membros que são Estados partes da Convenção – bem como os que não

---

80 NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge in der neuen EU-Erbrechtsverordnung: zur Ermittlung des hypothetischen Erbstatuts nach Art. 25 ErbRVO”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 5, p. 112, 116.

81 DÖRNER Heinrich (2012) “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505, 511.

82 Ver o Considerando número 52, frase 1 do Regulamento.

83 RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 39 e WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 607.

são – aplicam o Regulamento.

## 6. REGLAS PARTICULARES

O Regulamento 650/2012 contém várias regras para questões particulares. A título de exemplo, discute-se em seguida o problema dos comorientes, regulado no art. 32 Regulamento 650/2012, e da herança vaga, à qual diz respeito o art. 33 Regulamento 650/2012.

### 6.1. Comorientes

Um problema clássico do Direito Internacional Privado das Sucessões é o dos comorientes com estatutos sucessórios divergentes. Este surge se duas ou mais pessoas morrem sob circunstâncias nas quais não é possível determinar a ordem dos falecimentos, como, por exemplo, em acidentes de trânsito ou em situações de guerra. Caso as pessoas mortas possam ser herdeiras umas das outras, as leis de sucessão materiais normalmente providenciam normas sobre como a “morte simultânea” influencia a ordem de herdeiros<sup>84</sup>. Se as leis aplicáveis às sucessões das pessoas envolvidas divergirem, soluções incompatíveis podem ocorrer. Se, por exemplo, morrem esposos, podia acontecer que a lei aplicável à sucessão do marido previsse que a mulher herdasse todos os bens dos dois, enquanto a lei aplicável à sucessão da mulher previsse que o marido herdasse tudo. Para a solução de tal conflito, o art. 32 Regulamento 650/2012 ordena que nenhum dos falecidos deva ter qualquer direito na sucessão do outro. Cabe frisar que o art. 32 Regulamento 650/2012 diz respeito somente a situações nas quais as leis envolvidas regulem o problema da morte simultânea de forma diferente ou não o regulem. Portanto, se as leis materiais aplicáveis chegarem à mesma solução, é esta que vale<sup>85</sup>.

Com esta solução, o art. 32 Regulamento 650/2012 não contém uma regra de Direito Internacional Privado, mas sim uma regra material<sup>86</sup>. Pois a norma não indica a lei material aplicável, mas decide o problema por si, dando a solução material. Embora a União Europeia

---

84 Há ordenamentos jurídicos que excluem direitos sucessórios entre pessoas que morram simultaneamente. Outros deixam a pessoa mais jovem herdar da mais antiga. Ver DUTTA Anatol (2009) “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”. *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, p. 547, 598-599.

85 Ver o Considerando número 55 do Regulamento citado e WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 607.

86 DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 11; REMDE Julia (2012) “Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009”. *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 1, p. 65, 77 e WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 607.

só tenha competência, de acordo com o art. 81, inciso 2, lit. c Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, para regular o Direito Internacional Privado, o art. 32 Regulamento 650/2012 pode ser baseado nesta competência, dado o fato de que o problema tem a sua raiz na esfera do Direito Internacional Privado<sup>87</sup>. Ainda assim, uma solução de Direito Internacional Privado teria sido possível como alternativa, por exemplo, se fosse elegida a aplicação da lei material do Estado com o qual todas as pessoas mortas simultaneamente tivessem uma relação mais estreita.

Outra observação diz respeito ao âmbito de aplicação do Regulamento 650/2012. As questões relacionadas com o desaparecimento, a ausência ou a morte presumida de uma pessoa singular estão fora do âmbito de aplicação do Regulamento, como reza o art. 1, inciso 2, lit. c) Regulamento 650/2012<sup>88</sup>. É necessário, pois, distinguir entre normas materiais que regulem a morte presumida e as que digam respeito às sucessões de pessoas mortas em ordem desconhecida.

## **6.2. Herança vaga**

A lei aplicável à sucessão rege, de acordo com o art. 23, inciso 2, lit. b) Regulamento 650/2012 a determinação dos beneficiários. Portanto, ao estatuto sucessório cabe decidir quem é herdeiro, bem como se herdeiros existem, sobretudo. Caso não haja uma pessoa física ou jurídica que herde, a herança é “vaga”, “vacante” ou “sem herdeiros”. Neste caso, o poder público pode aproveitar-se da herança. Do ponto de vista comparatista, este resultado é incontestado; por exemplo, no direito brasileiro, o art. 1.822 Código Civil prevê que os bens passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal se localizados nas respectivas circunscrições ou ao domínio da União quando situados em território federal. O direito alemão, de acordo com o art. 1.936 do Código Civil alemão, faz herdeiro o Estado no qual o defunto teve o seu último domicílio ou sua última residência habitual. Não tendo domicílio ou residência habitual, a União herda.

Ainda assim, existem duas maneiras de como o poder público ocupa os bens que o defunto deixou<sup>89</sup>. De acordo com a primeira, o

---

87 WILKE Felix M. (2013) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601, 607, defende uma competência acessória da União Europeia. Em sentido contrário está RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 41.

88 DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 11 e SCHAUB Renate (2013) “Die EU-Erbrechtsverordnung”. In: MUSCHELER Karlheinz (edit.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*, 3, p. 91, 123.

89 DÖRNER Heinrich (2012) “Der Zugriff des Staates auf erbenlosen Nachlass – Fiskuserbrecht oder hoheitliche Aneignung?”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 3, p. 235,



Estado é o “último herdeiro”, isto é, caso não haja outro herdeiro, o Estado herda. Esta é a solução do direito alemão no art. 1.936 Código Civil alemão. A segunda, conhecida, sobretudo, nos direitos que pertencem à família jurídica da *common law*<sup>90</sup>, considera os bens deixados como pertencentes a ninguém (*bona vacantia*) e permitem que o Estado em que os bens se encontrem, os se aproprie. O primeiro modelo pode ser chamado de “modelo da herança”, já o segundo de “modelo da apropriação”.

Em casos com elementos transfronteiriços, os dois modelos podem conflitar. Existem dois tipos de conflitos: O primeiro aparece quando o direito aplicável à sucessão segue o modelo da herança, mas o defunto deixou bens situados num Estado em que vigora o modelo da apropriação. O segundo diz respeito à constelação inversa, prevendo como direito aplicável à sucessão um direito à apropriação pelo Estado enquanto o Estado nos quais os bens estão localizados adota o modelo da herança<sup>91</sup>. No primeiro, surge a pergunta se o Estado em que os bens estão situados pode exercer seu direito de apropriação, embora o Estado cuja lei é o estatuto sucessório seja herdeiro de todos os bens do defunto. No segundo, fica em aberto o que acontecerá com os bens situados no Estado que segue o modelo da herança. Pois o direito de apropriação do Estado cuja lei é o estatuto sucessório limita-se aos bens situados no seu próprio território<sup>92</sup>. O Estado da situação dos bens, pelo contrário, não se considera herdeiro, sendo a sua lei material das sucessões não aplicável ao caso.

O art. 33 Regulamento 650/2012 soluciona a primeira das duas constelações mencionadas.

De acordo com esta norma, o estatuto sucessório não impede que um Estado-Membro possa apropriar-se, nos termos da sua própria lei<sup>93</sup>, dos bens da herança situados no seu território, desde que os credores tenham o direito de obter a satisfação dos seus créditos a partir da totalidade dos bens da herança. A segunda constelação não encontra

---

236-237.

90 Por exemplo, no direito do Estado de Nova Iorque, Estados Unidos da América, o § 200 Abandoned Property Law ordena que bens sem herdeiros revertam ao Estado. Em detalhe, ver NORDMEIER Carl Friedrich (2011) “New Yorker Heimfallrecht an erbenlosen Nachlassgegenständen und deutsches Staatserbrecht”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 6, p. 535-538.

91 DÖRNER Heinrich (2012) “Der Zugriff des Staates auf erbenlosen Nachlass – Fiskuserbrecht oder hoheitliche Aneignung?”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 3, p. 235, 236-237 e DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 11-12.

92 NORDMEIER Carl Friedrich (2011) “New Yorker Heimfallrecht an erbenlosen Nachlassgegenständen und deutsches Staatserbrecht”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 6, p. 535, 538.

93 Isto é, de acordo com o seu direito de apropriação.



uma solução<sup>94</sup>, porque o Estado da situação dos bens não se apropriaria de nada, mas herdaria, e o direito material do Estado que fornece o estatuto sucessório não seria capaz de “impedir” outros Estados no tratamento dos bens. Esta constelação deveria ser solucionada com um adaptação no nível do Direito Internacional Privado, aplicando-se a *lex rei sitae* para a sucessão dos bens.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Regulamento 650/2012 torna europeizado de maneira abrangente o Direito Internacional Privado das Sucessões. As normas sobre a determinação do direito aplicável à sucessão são claras nas suas estruturas gerais: a residência habitual como ponto de conexão principal, a possibilidade de escolher a lei da nacionalidade, e a unidade da sucessão. Mas muitas questões que dizem respeito a perguntas particulares ainda estão em aberto. Além disso, o Regulamento 650/2012, já pelo seu mero tamanho, é um desafio para a prática forense. A partir de 17 de agosto de 2015, o Regulamento 650/2012 encontrará aplicação nos tribunais e enfrentará a sua prova prática. Com o direito das sucessões, mais um ramo do direito foi harmonizado no crescente processo da europeização do Direito Internacional Privado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAJONS Eva-Marlis (2013) “Die EU-ErbrechtsVO: Gleichlauf und Auseinanderfall von forum und ius im Wechselspiel mit Drittstaaten”. In: STAMM Jürgen (edit.) *Festschrift für Helmut Rüßmann*. Saarbrücken: Juris-Verlag, p. 751-762.
- BUSCHBAUM Markus, SIMON Ulrich (2012) “EuErbVO: Das Europäische Nachlasszeugnis”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 525-530.
- DÖRNER Heinrich (2012) “Der Zugriff des Staates auf erbenlosen Nachlass – Fiskuserbrecht oder hoheitliche Aneignung?”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 3, p. 235-238.
- DÖRNER Heinrich (2012) “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 505-513.
- DÖRNER Heinrich, HERTEL Christian, LAGARDE Paul, RIERING Wolfgang (2005) “Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Verfahrensrecht”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 1-8.

---

94 DUTTA Anatol (2013) “Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung”. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4, 12 e RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1, 41.

- DUTTA Anatol (2009) "Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation". *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, p. 547-606.
- DUTTA Anatol (2013) "Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung". *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1, p. 4-15.
- JAEGER JUNIOR Augusto (2012) *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá Ediotra, 672 p.
- JAEGER JUNIOR Augusto, NORDMEIER Carl Friedrich (2013) "Comunitarização do Direito Internacional Privado: paulatina harmonização de um âmbito jurídico". In: SOUZA DEL'OLMO Florisbal de, COLER GIMENEZ Charlise Paula, MARCONATTO DAMO CERVI Taciana (edits.) *Direitos Fundamentais e Cidadania: a busca pela efetividade*. Campinas: Editora Millennium, p. 131-156.
- JAYME Erik (1976) "Zur Qualifikationsverweisung im internationalen Privatrecht". *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 17, p. 93-108.
- JAYME Erik (2011) "Zur Reichweite des Erbstatutsv. In: REICHELT Gerte, RECHBERGER Walter H. *Europäisches Erbrecht: Zum Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*. Wien: Jan Sramek Verlag, p. 27-40.
- JAYME Erik (2012) *Zugehörigkeit und kulturelle Identität: Die Sicht des Internationalen Privatrechts*. Göttingen: Wallenstein Verlag, 62 p.
- KINDLER Peter (2010) "Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union". *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 44-50.
- KOHLER Christian, PINTENS Walter (2012) "Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012". *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 18, p. 1425-1432.
- KRÜGER Hilmar (2005) "Internationalrechtliche Probleme in Saudi-Arabien". *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 4, p. 386-389.
- KUNZ Lena (2012) "Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)". *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 208-212.
- LAGARDE Paul (2012) "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions". *Revue critique de droit international privé*, 4, p. 691-732.
- LECHNER Kurt (2013) "Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente in der neuen EU-Erbrechtsverordnung". *Neue Juristische Wochenschrift*, 1, p. 26-28.
- LEHMANN Daniel (2012) "Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe". *Deutsches Steuerrecht*, p. 2085-2089.
- LEHMANN Daniel (2012) "Die EU-ErbVO: Babylon in Brüssel und Berlin". *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 2, p. 25-30.

- LEITZEN Mario (2013) “Die Rechtswahl nach der EuErbVO”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, p. 128-132.
- LORENZ Stefan (2012) “Erbrecht in Europa – Auf dem Weg zu kollisionsrechtlicher Rechtseinheit”. *Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis*, 2, p. 39-49.
- MACHADO João Baptista (2009) *Lições de Direito Internacional Privado*. 3ra. Coimbra: Almedina Editora. 458 p.
- MANSEL Heinz-Peter (2006) “Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze”. In: ARKAN Sabih, YONGALIK Aynur, SİT Basak (edits.) *Prof. Dr. Tugrul Ansay’a Armagan*, p. 185-226.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW (2010) “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession”. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 74, p. 522-720.
- MOURA VICENTE Dário (2010) “Sources and Principles of Portuguese Private International Law: An Outline”. In: MOURA VICENTE Dário (edit.) *Direito Internacional Privado: Ensaio III*. Coimbra: Almedina Editora, p. 409-431.
- NEUHAUS Paul Heinrich (1976) *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 488 p.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2008) *Zulässigkeit und Bindungswirkung gemeinschaftlicher Testamente im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 385 p.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2011) “New Yorker Heimfallrecht an erbenlosen Nachlassgegenständen und deutsches Staatserbrecht”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 6, p. 535-541.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2012) “EuErbVO: Neues Kollisionsrecht für gemeinschaftliche Testamente”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 513-519.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2012) “Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte”. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1, p. 31-40.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge in der neuen EU-Erbrechtsverordnung: zur Ermittlung des hypothetischen Erbstatuts nach Art. 25 ErbRVO”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 5, p. 112-118.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2013) “Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffsklärung”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 3, p. 117-124.

- NORDMEIER Carl Friedrich (2013) "Gemeinschaftliche Testamente in der EU-ErbRVO". *Neue Juristische Wochenschrift aktuell*, 8, p. 14.
- NORDMEIER Carl Friedrich (2013) "Grundfragen der Rechtswahl in der neuen EU-Erbrechtsverordnung – eine Untersuchung des Art. 22 ErbRVO". *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 3, p. 148-155.
- ODERSKY Felix (2013) "Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis". *Notar*, 1, p. 3-9.
- REMDE Julia (2012) "Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009". *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 1, p. 65-85.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ Isabel (2013) "La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012". *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 2, p. 1-58.
- ROTH Wulf-Henning (2011) "Der Vorschlag einer Verordnung zur Regelung des Internationalen Erbrechts". In: SCHMOECKEL Mathias, OTTE Gerhard (eds.) *Europäische Testamentsformen*. Baden-Baden: Nomos-Verlag, p. 13-30.
- SCHACK Haimo (2013) "Was bleibt vom renvoi?". *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 4, p. 315-320.
- SCHAUB Renate (2013) "Die EU-Erbrechtsverordnung". In: MUSCHELER Karlheinz (edit.) *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 3, p. 91-131.
- SCHMIDT Jan Peter (2013) "Die kollisionsrechtliche Behandlung dinglich wirkender Vermächtnisse". *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 77, p. 2-30.
- SCHURIG Klaus (2010) "Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung". In: BERNREUTHER Jörn, FREITAG Robert, LEIBL Stefan, SIPPEL Harald, WANITZEK Ulrike (dir.) *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. München: Sellier European Law Publishers, p. 343-353.
- SIMON Ulrich, BUSCHBAUM Markus (2012). "Die neue EU-Erbrechtsverordnung". *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, p. 2393-2398.
- SOLOMON Dennis (2012) "Die Renaissance des Renvoi im Europäischen Internationalen Privatrecht". In: MICHAELS Ralf, SOLOMON Dennis (eds.) *Liber Amicorum Klaus Schurig*. München: Sellier European Law Publishers, p. 237-263.
- SONNENTAG Michael (2012) "Das Europäische Internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt". *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 11, p. 457-469.
- SÜß Rembert (2009) "Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009". *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 12, p. 342-348.
- VOLLMER Peter W. (2012) "Die neue europäische Erbrechtsverordnung -

ein Überblick”. *Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*, 9, p. 227-234.  
VON BAR Christian, MANKOWSKI Peter (2003) *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*. 2 ed. München: C. H. Beck, 745 p.  
WILKE Felix M. (2012) “Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung”. *Recht der internationalen Wirtschaft*, 9, p. 601-609.  
WILSCH Harald (2012) “EuErbVO: Die Verordnung in der deutschen Grundbuchpraxis”. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 10, p. 530-532.



# O DESENVOLVIMENTO COMO NÚCLEO DE IRRADIAÇÃO ENTRE O DIREITO PRIVADO E O DIREITO PÚBLICO

## EL DESARROLLO COMO NÚCLEO DE EXPANSIÓN ENTRE EL DERECHO PRIVADO Y EL DERECHO PÚBLICO

Érica Guerra da Silva\*

**Resumo:** Este estudo tem por objetivo demonstrar mais um caminho da incidência dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, considerando o direito ao desenvolvimento. Para alcançar esse propósito, buscou-se fundamento teórico nos textos normativos da Organização das Nações Unidas (ONU), Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, e legislações comerciais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL. Os principais resultados indicam que as legislações comerciais de alguns Estados Partes do MERCOSUL evoluíram para dispor sobre o melhor momento de liquidação do ativo para evitar ou minimizar os prejuízos dos credores no direito falimentar. Ao final, apresentam-se sugestões tendo em vista as legislações comerciais dos Estados Partes do MERCOSUL, para formulação de normas fundamentais sobre o direito concursal.

**Resumen:** Este estudio tiene por objetivo demostrar una nueva forma de incidencia de los derechos humanos fundamentales en las relaciones privadas, considerando el derecho al desarrollo. Para alcanzar ese propósito, se buscó fundamento teórico en los textos normativos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, y legislaciones comerciales de los Estados Partes del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Los principales resultados indican que las legislaciones comerciales de algunos Estados Partes del MERCOSUR evolucionaron para disponer sobre el mejor momento de liquidación del activo para evitar o minimizar los perjuicios de los acreedores en el derecho concursal. Al final, se presentan sugerencias con miras a las legislaciones comerciales de los Estados Partes del MERCOSUR, para la formulación de normas fundamentales sobre el derecho concursal.

---

\* Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro Permanente da Comissão de Direito Empresarial. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial. Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Autora de Livros e artigos jurídicos.



**Palavras-chave:** Direito ao desenvolvimento, Direito da integração, Norma fundamental do direito falimentar

**Palabras clave:** Derecho al desarrollo, Derecho de la integración, Norma fundamental del derecho concursal

---

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é mostrar que o direito ao desenvolvimento representa mais um caminho da incidência dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas, através da análise do melhor momento de liquidação do ativo para evitar ou minimizar os prejuízos dos credores no direito falimentar.

Serão examinadas as mudanças ocorridas no século passado, quando se iniciou a integração dos países da América Latina e a constituição do Mercado Comum do Sul-MERCOSUL, visando extrair mais elementos propulsores do desenvolvimento econômico e a elevação do padrão de vidas das pessoas.

As empresas são importantes agentes de promoção do desenvolvimento econômico de um país, assim como de seu avanço tecnológico. Uma vez no exercício de atividade economicamente organizada, a atividade empresarial adquire relevância nos ordenamentos jurídicos, eis que deve cooperar para efetividade do bem-estar social.

Para tanto, este trabalho apresenta-se da seguinte forma: no item 2 estuda-se a evolução do conceito de desenvolvimento e a classificação do direito ao desenvolvimento como direito humano fundamental pela Organização das Nações Unidas. No item 3 examina-se a integração dos países como direção à concepção progressista da América Latina, sob o enfoque do direito ao desenvolvimento. No item 4 analisam-se as legislações comerciais de direito falimentar dos mercados integrados do MERCOSUL no contexto histórico. No item 5 estudam-se as regras específicas do início do procedimento de liquidação dos bens no processo de falência nas legislações dos Estados Partes do MERCOSUL.

## 2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito privado, direito civil<sup>1</sup> e direito comercial, tem passado por

---

<sup>1</sup> “E, ao contrário do movimento codificador que tinha como valor necessário a realização da pessoa em seus aspectos patrimoniais, o constitucionalismo social, abraçado pela Constituição Cidadã de 1988, acentua a raiz antropocêntrica do ordenamento jurídico. O patrimônio assume papel de coadjuvante, num fenômeno que se denominou de repersonalização.” FACHIN Melina Girardi, PAULINI Umberto (2008) “Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil”. *Diálogos sobre direito civil – volume 2*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 214.

modificações nos seus lineamentos nos últimos séculos. A ideia de um direito individualista vem sendo afastada pela ideia de valorização dos interesses sociais. Esta mudança passou a ocorrer nas primeiras décadas do século passado<sup>2</sup> quando, influenciado pelos movimentos sociais e a industrialização, o Estado teve de intervir na economia iniciando-se o Estado de índole social.

No século XX, identificam-se nas Constituições brasileiras princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. O Código Civil brasileiro, de 1916, que esboçava ideias individualistas e patrimonialistas, vê-se enfraquecido pela edição de leis extravagantes que já esquematizavam princípios voltados para justiça social<sup>3</sup>.

Konrad Hesse aduzia que o direito constitucional e o direito civil se apoiam e se condicionam<sup>4</sup>.

Com estas mudanças a pessoa humana passa a irradiar as normas de direitos humanos e direitos fundamentais<sup>5</sup>.

Na segunda metade do século passado, o movimento Direito e Economia<sup>6</sup> tem defendido a necessidade da atuação conjunta das ciências

---

2 Para o historiador Eric Hobsbawm: “a Primeira Guerra Mundial assinala “o colapso da civilização (ocidental) do século XIX” e marca o fim do liberalismo econômico que caracterizou aquele século. A partir daí, o mundo passa a ser palco de profundas transformações políticas, sociais e econômicas, produzidas, muitas vezes, no ambiente devastador de grandes conflitos bélicos ou de profundas crises econômicas, marcas da História do Século XX. A queda da Bolsa de Nova York em 1929 e a Grande Depressão dos anos 30 foram determinantes para a adoção pelos governos das principais economias capitalistas e de economias periféricas, de políticas e programas intervencionistas voltados para a sua proteção e expansão”; FERREIRA Mauro Santos (2013) “Desenvolver é preciso”. *Mercado Comum. Revista Nacional de Economia e Negócios*, 21(240), p. 20.

3 “O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre o poder do estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos”; PERLINGIERI Pietro (1999) *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, p. 06.

4 “Si la valoración precedente de la naturaliza y de las tareas del actual Derecho Constitucional y del actual Derecho Privado es correcta, ambos aparecen como partes necesarias de um orden jurídico unitario que reciprocamente, se apoyan y se condicionan”; HESSE Konrad (1998) *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, p. 81.

5 “A pessoa se apresenta como um núcleo de irradiação de direitos. Uma vez que este fenômeno tenha sido captado nos tratados internacionais e nas Constituições, produz-se um enlace, um ponto de contato, entre o Direito Privado e o Direito Público Constitucional. Este fenômeno determina, por sua vez, o exame dos pontos de compatibilidade entre direitos humanos, que constam nas declarações dos tratados internacionais, os direitos fundamentais que declaram as Constituições e os direitos personalíssimos com origem no Direito Privado”; LÖRENZETTI Ricardo Luis (1998) *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 159.

6 “No final da década de 1990, havia organizações profissionais de direito e economia na Ásia, na Europa, no Canadá, nos Estados Unidos, na América Latina e na Austrália. Este campo recebeu o mais alto nível de reconhecimento em 1991 e 1992, quando Prêmios Nobel de Economia sucessivos foram dados a economistas que ajudaram a fundar a análise econômica do direito – Ronald Coase e Gary Becker. (...) A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem aos preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem às sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada. (...) As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos; elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os

econômica e jurídica, posto que a economia fornecesse uma base científica útil para avaliar o direito e as políticas públicas e, ainda, prever como as pessoas reagem às leis.

Para as atividades econômicas os termos “crescimento” e “desenvolvimento” deixaram de ser tratados como sinônimos, sendo o primeiro termo entendido como puramente econômico; já o termo desenvolvimento ganhou uma conotação que pressupõe uma ação integrada econômica e social.

No âmbito do direito econômico estabeleceu-se a distinção entre “direito ao desenvolvimento” e “direito do desenvolvimento.” O primeiro descreve um direito humano fundamental à luz do conceito de justiça econômica distributiva tratada na Carta das Nações Unidas<sup>7</sup>; já o direito do desenvolvimento relaciona-se com o direito internacional, por buscar soluções para diferenças econômicas entre os diversos Estados.

O direito ao desenvolvimento passou a ser abordado em tratados internacionais e através de Resoluções das Organizações das Nações Unidas: Resolução 2 (XXXI), de 1975, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas; Resolução 4 (XXXIII), de 1977, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas; Resolução 41/128, de 1986, da Assembleia Geral que proclamou o direito ao desenvolvimento um dos direitos humanos de terceira geração; em 1993, no art. 10, a Declaração e Programa de Ação de Viena das Nações Unidas (A/CONF 157/123), reconheceu-se o direito ao desenvolvimento como inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais<sup>8</sup>.

No Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio,

---

efeitos das leis sobre esses objetivos, os juizes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A economia prevê os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência”; COOTER Robert, ULLEN Thomas (2010) *Direito & Economia*. Trad. Luís Marcos Sander, Francisco Araújo a Costa. 5ed. Porto Alegre: Bookman, p. 24-26.

7 Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – Artigo XXII: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

8 “10. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, conforme estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável e parte dos direitos humanos fundamentais. Como afirma a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento. Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitarem direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Os Estados devem cooperar uns com os outros para garantir o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao mesmo. A comunidade internacional deve promover uma cooperação internacional eficaz visando à realização do direito ao desenvolvimento. O progresso duradouro necessário à realização do direito ao desenvolvimento exige políticas eficazes de desenvolvimento em nível nacional, bem como relações econômicas equitativas e um ambiente econômico favorável em nível internacional”; RISTER Carla Abrantkoski (2007) *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 63.

de 1995, as partes reconhecem “que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem objetivar a elevação dos níveis de vida, o pleno emprego (...)”<sup>9</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 3º, define como objetivo fundamental: II – garantir o desenvolvimento nacional.

A Lei 11.101/2005, lei de Recuperação de Empresa e Falência no ordenamento jurídico brasileiro, reconhece a importância da manutenção da empresa para vida social. Ciente que a reorganização econômica da empresa auxilia na observância de sua função social.

### **3. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E AS LEGISLAÇÕES INTERNAS NOS MERCADOS INTEGRADOS DO MERCOSUL**

O direito humano fundamental ao desenvolvimento, como reconhecido no âmbito das Nações Unidas, resultou em reestruturações nas relações entre países que pertencem a uma mesma região e possuíam características comuns.

Em meados do século passado, vários países da América Latina vivenciavam a expansão industrial e o processo de substituição das importações.

A integração dos países da América Latina visou corrigir as distorções no progresso tecnológico, nos mecanismos de expansão do comércio exterior e promoção das empresas regionais<sup>10</sup>, para extrair mais elementos propulsores do desenvolvimento econômico e a elevação do padrão de vidas das pessoas.

A ONU, em 1948, criou a CEPAL – Comissão Econômica para América Latina, com objetivo de tratar das questões que caracterizavam as economias periféricas, a estrutura pouco favorável ao progresso técnico e à acumulação de capital<sup>11</sup>.

A constituição do MERCOSUL iniciou-se com o programa de integração bilateral entre Brasil e Argentina, com o fim dos regimes militares em ambos os países. Destacam-se o Programa de Integração Argentina-Brasil (PICAB), e o Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, ambos assinados em Buenos Aires, respectivamente, em 1985 e 1988.

---

<sup>9</sup> Assinado em Marrakech, em 12 de abril de 1994, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995.

<sup>10</sup> “As empresas tendem a maximizar seus benefícios, razão pela qual se estabelecerão onde lhes custe mais barato desenvolver-se. Consequentemente, a livre circulação provocará fortes oscilações no mercado em atenção às distintas regulações. As empresas produzirão onde a mão-de-obra ou a energia elétrica sejam mais baratas e venderão onde os controles sejam menores”; LORENZETTI, Op. cit., p. 67-68.

<sup>11</sup> A Comissão Econômica para América Latina (CEPAL), criada em 1948, consiste na principal fonte mundial de informação e análise sobre a realidade econômica e social latino-americana e, mais que isso, foi o único centro intelectual em toda região capaz de gerar um enfoque analítico próprio, que manteve vigente durante meio século. BIELSCHOWSKY Ricardo (2007) “Cinquenta anos de pensamento na Cepal”. In RISTER Carla Abrantkoski (edit.) *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 200.

A Carta Constitucional do Brasil, de 1988, no seu art. 4º, descreve os princípios que regem as relações internacionais, estabelecendo a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” como um princípio fundamental. Sendo que o país conta com a autorização constitucional para buscar a sua integração em uma comunidade latino-americana de nações, no parágrafo único do citado: “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”.

A garantia do desenvolvimento nacional exposta na Constituição do Brasil, no art. 3º, II, e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, disposta no art. 4º, flexibilizam o conceito de poder absoluto e perpétuo de soberania.

Em 26 de março de 1991, a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, assinaram o Tratado de Assunção<sup>12</sup> para formação do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, objetivando “a ampliação das atuais dimensões dos seus mercados nacionais, através da integração constitui condição fundamental para acelerar seus processos de desenvolvimento econômico com justiça social”.

Hodiernamente, integram o MERCOSUL, além dos países já citados, a República Bolivariana da Venezuela, Protocolo de Adesão de 2006, em fase final de adesão e o Estado Plurinacional da Bolívia, Protocolo de Adesão dezembro de 2012, em fase inicial de adesão. São países associados do MERCOSUL o Chile, a Colômbia, o Peru, o Equador, a Guiana e o Suriname<sup>13</sup>.

Destacam-se como textos normativos da estruturação do MERCOSUL, o Protocolo de Ouro Preto, assinado em 1994, define a estrutura institucional do MERCOSUL; o Protocolo de Olivos, de 2002, dispõe sobre a solução de controvérsias no MERCOSUL, mantendo as mesmas etapas para a solução das controvérsias previstas pelo Protocolo de Brasília, mas inclui o Tribunal Permanente de Revisão e o Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL, assinado em 2005.

O Protocolo de Olivos dispõe que: “As partes na controvérsia poderão acordar expressamente submeter-se diretamente e em única instância ao Tribunal Permanente de Revisão, caso em que este terá as mesmas competências que um Tribunal Arbitral “Ad Hoc” (art. 23)”.

---

12 Tratado de Assunção (1991) – A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominados “Estados Partes”: (...) Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados-Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes; Reafirmando sua vontade política de deixar estabelecidas as bases para uma união cada vez mais estreita entre seus povos, com a finalidade de alcançar os objetivos supranacionais”.

13 SECRETARIA DO MERCOSUL (2013) “Quem Somos” [online] disponível em: [http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=4002&site=1&channel=secretaria&seccion=3](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4002&site=1&channel=secretaria&seccion=3) [acesso em 28-10-2013].

Ademais, o regulamento do Protocolo de Olivos esclarece que o Conselho do Mercado Comum tem competência para estabelecer mecanismos relativos à solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Estados partes<sup>14</sup>.

A estrutura jurídica estabelecida para o MERCOSUL exige que os Estados Partes deixem de agir dentro dos seus ordenamentos jurídicos com “poder soberano exclusivo”, para operarem em ordens jurídicas parciais à luz de “leis fundamentais regionais”<sup>15</sup>.

Nas legislações internas de cada país, torna-se relevante à definição de normas fundamentais delimitadoras, para dirimirem os conflitos relacionados ao desenvolvimento na competição entre os Estados Partes<sup>16</sup>.

No âmbito do Direito Empresarial, especificamente, no direito concursal, cabem às legislações dos Estados Partes do MERCOSUL, diante de possíveis crises insuperáveis: econômica, financeira ou patrimonial da atividade empresária, dispor sobre o melhor momento de liquidação do ativo para evitar ou minimizar os prejuízos dos credores<sup>17</sup>.

#### **4. AS NORMAS DE DIREITO CONCURSAL NOS MERCADOS INTEGRADOS DO MERCOSUL**

Os Estados Partes do MERCOSUL dispõem nas suas legislações internas sobre a recuperação de empresas e a falência.

Através de códigos ou leis esparsas o direito concursal nos Estados

---

14 Esclarece Alberto do Amaral Júnior: “O Protocolo de Olivos inovou ao permitir que os órgãos de cúpula do Poder Judiciário dos países membros formulem o pedido de opiniões consultivas. Se um juiz de instância inferior, ao analisar um caso concreto, vier a defrontar-se com a necessidade de aplicar o direito do MERCOSUL, poderá pleitear ao Tribunal Superior do Estado a que pertence, o encaminhamento de solicitação para que o TPR dissipe a dúvida porventura existente. (...) Diversamente do que acontece na Europa, as opiniões consultivas não dispõem de efeito vinculante no âmbito do MERCOSUL. Este é um obstáculo ponderável, que certamente afetará a adoção das opiniões consultivas no interior de cada país”; AMARAL JÚNIOR Alberto do (2013) “Reflexões sobre a solução de controvérsias do MERCOSUL”. In *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 1(1), p. 13-28.

15 A “internacionalização” e a “europalização”, no caso português, e a internacionalização e a “mercosulização”, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”; CANOTILHO J. J. Gomes (2012) “*Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*”. 2ª ed. Coimbra: Almedina, p. 110.

16 “Este fenômeno produzirá um impacto relevante nas legislações nacionais, principalmente nos Códigos. Não se trata de que serão derogados, mas, sim que são ignorados em virtude da vigência de leis especiais que se adaptem ao intercâmbio flexível. Haverá uma tendência muito mais séria à diminuição do protecionismo legal. Os países competirão entre si para ver quem oferece a legislação menos onerosa para a solução de problemas de desenvolvimento e desemprego. Dai resulta a importância da função delimitadora das normas fundamentais”; LORENZETTI, Op. cit., p. 67-68.

17 Neste contexto, Paulo Penalva Santos e Luís Felipe Salomão, aduzem que “esse é o grande desafio do direito falimentar moderno: equilíbrio entre o interesse social, a satisfação dos credores e o respeito aos direitos do devedor”; SANTOS Paulo Penalva, SALOMÃO Luís Felipe (2011) *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, p.11.



Partes do MERCOSUL está sujeito às transformações jurídicas que impõem a superioridade de sistema de normas fundamentais<sup>18</sup>.

O direito ao desenvolvimento é considerado um direito humano fundamental e deve exercer a força de gravidade de manter unidas as ordens jurídicas dos Estados Partes do MERCOSUL, na situação de crise da atividade empresária há necessidade da normatização mínima para se estabelecer uma base para a concorrência.

No Brasil, a Lei 11.101/2005 introduziu no ordenamento jurídico um novo tratamento para os empresários individuais e sociedades empresárias que estejam passando por crise econômico-financeira ou patrimonial, pois permite a recuperação da empresa como forma de solucionar as dificuldades da atividade empresarial não necessitando liquidar a atividade empresária, reconhecendo a importância da manutenção da empresa para o desenvolvimento econômico-social.

Dos institutos tratados na Lei 11.101/2005, tem-se a recuperação da empresa como gênero, sendo que o legislador optou em regulamentar para ordem jurídica brasileira as seguintes espécies: recuperação judicial e recuperação extrajudicial. Na primeira, o legislador deu tratamento diferenciado para o micro e pequeno empresário (Lei Complementar 123/2006).

No que tange a falência, a Lei 11.101/2005 introduziu mudanças visando extirpar a conotação da falência como meio coercitivo de recebimento de dívida e medidas para efetividade do princípio da preservação da empresa.

No ordenamento jurídico do Paraguai, a Lei 154/1969 disciplina a recuperação e a falência do comerciante e do não comerciante, que demonstrarem insolvência pelo descumprimento de uma ou mais obrigações ou por sinais externos de insuficiência patrimonial assim compreendido pelo Juiz.

Na Argentina, a Lei 24.522/1995 disciplina a falência e o acordo preventivo judicial e extrajudicial como espécies de recuperação para o empresário.

A Lei argentina foi alterada nos anos de 1997, 1999, 2002, 2006 e 2011 para introduzirem medidas para efetividade do princípio da preservação da empresa.

O Código de Comercial do Uruguai foi promulgado na segunda metade do século XIX, após as incorporações dos Decretos-leis 816, 817, 823 e terminada com a edição oficial do Decreto-lei nº 841 de 24 de janeiro de 1866, dispondo sobre a promulgação e entrada em vigor a partir de 1º de julho de 1866. No século XIX, o código ainda foi alterado pelo Decreto-lei nº 917/1868.

---

18 Ricardo Luís Lorenzetti salienta que “A ideia de superioridade no mundo atual é a de sistema de normas fundamentais, que se encontram nas “fontes superiores”: Constituições, tratados, princípios, valores. (...) As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos”. LORENZETTI, Op. cit., p. 79.



O Código de Comercial Uruguaio ainda está em vigor, regula no Livro IV, arts. 1523 a 1781, os institutos da falência e da concordata preventiva. No Título XIX está regulada a Moratória, procedimento preventivo a declaração da falência.

A República Bolivariana da Venezuela disciplina a matéria comercial no Código de 1955, que derogou o Código Comercial de 1904 e leis esparsas sobre as sociedades, tendo constituído um texto único.

O Código Comercial da Venezuela, Livro III (arts. 898 a 1081), dispõe sobre o atraso, a liquidação amigável e a falência.

No século XIX, influenciada pela França, a Bolívia aprovou seu primeiro Código Comercial (1834).

Em 1977, o Decreto Lei 14.379, de 25 de fevereiro, revogou o Código Comercial de 1834. No código de 1977, Livro IV, Título II, está regulado o concurso preventivo e as quebras, arts. 1487 a 1692.

Assim, descritas as leis esparsas e códigos comerciais dos Estados Partes do MERCOSUL, observa-se que apenas o Brasil promulgou uma nova lei sobre o direito concursal neste século. Na última década, a Argentina realizou alterações para adequar sua norma a nova visão do direito concursal. Os demais países mantiveram as leis e códigos dos séculos passados.

Nas normas dos Estados Partes do MERCOSUL há regulamentações de institutos de recuperação e da falência, sendo que apenas o Paraguai trata no mesmo texto legal a situação de crise do comerciante e não comerciante.

#### **4.1. A norma fundamental do direito concursal nos mercados integrados do MERCOSUL**

A falência é considerada o remédio legal quando se torna inviável manter a atividade, sendo que todas as legislações dos Estados Partes do MERCOSUL dispõem de espécies de recuperações, para tentar viabilizar a superação da crise antes de iniciar o processo liquidatório-solutório com a alienação do ativo para solver o passivo.

É salutar para o mercado de crédito que a atividade que não se sustenta seja retirada do mercado, com vistas a atender os interesses de todos que dele participam. Sendo fundamental à eficácia econômica do procedimento de liquidação que seja elevado ao máximo o montante de recursos e pagando do maior número de credores na falência<sup>19</sup>.

A análise do início do procedimento de liquidação dos bens nas

---

<sup>19</sup> “A eficácia das normas e procedimentos se destina a reduzir (ou a não ampliar) perdas que seriam impostas à sociedade e, no caso da falência, diretamente aos credores”. A impossibilidade de que todos recebam a totalidade de seus créditos porque o fato econômico é uma questão de sentido negativo em que o ativo é menor do que o passivo leva a pensar medidas como a distribuição das perdas segundo critérios de justiça e justiça social, evitar oportunismo e tomada de reféns, aumentar, tanto quanto possível tentar manter a atividade além de buscar obter o maior valor na liquidação dos ativos. SZTAJN Rachel (2006) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, p. 372.

legislações dos Estados Partes do MERCOSUL indica que Brasil<sup>20</sup> e Argentina<sup>21</sup> adotam o termo *a quo* para transformação dos ativos não líquidos em moeda, é o da juntada do auto de arrecadação dos ativos ao processo, com as descrições valorativas dos bens. Cabe ao auxiliar do Juízo alienar os bens dentro do plano aprovado para a venda e aos credores acompanharem o processo de falência em cartório.

No Brasil, em recente julgamento no Superior Tribunal de Justiça, o relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, destacou como motivo para evitar a postergação do pagamento aos credores “que os juros vencidos após a decretação da falência, em regra, não são exigíveis, pois o artigo 124 da Lei 11.101 somente permite o seu pagamento após o adimplemento dos créditos subordinados, o que raramente acontece na prática. Nesse sentido, se a massa não paga juros, o custo pela indisponibilidade do capital cairá sobre o credor”<sup>22</sup>.

O Paraguai<sup>23</sup> e o Uruguai<sup>24</sup> nas suas legislações dispõem sobre o início do procedimento de liquidação após o Síndico apresentar seu relatório com a avaliação dos bens e a formação da massa falida subjetiva (quadro geral de credores), sendo que a legislação do Uruguai faculta ao falido o pedido de concordata.

Já a Venezuela<sup>25</sup> e a Bolívia<sup>26</sup> dispõem do início do procedimento de

---

20 Lei 11.101/2005, Art. 139: Logo após a arrecadação dos bens, com a juntada do respectivo auto ao processo de falência, será iniciada a realização do ativo.

21 Lei 24.522/1995, Artículo 203: Oportunidad. La realización de los bienes se hace por el síndico y debe comenzar de inmediato salvo que se haya interpuesto recurso de reposición contra la sentencia de quiebra, haya sido admitida por el juez la conversión en los términos del artículo 90, o se haya resuelto la continuación de la explotación según lo normado por los artículos 189, 190 y 191. (Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26.684 B.O. 30/06/2011).

22 Resp 1300455, MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 17/10/2013.

23 Lei 154/1969, Artículo 138: Firme el auto de quiebra y efectuada la verificación de crédito, el síndico realizará los bienes de la masa en el más breve plazo.

24 D 917/1868, Artículo 1761: Si a los diez días de cerrado el estado de verificación y graduación de créditos, conforme al artículo anterior, el fallido no hubiese presentado propuesta de concordato, se procederá por el Síndico con absoluta prescindencia del fallido, a la liquidación del activo, mediante la venta en remate público y al mejor postor, de todos los bienes, derechos y acciones de la masa.

25 CÓDIGO COMERCIAL DA VENEZUELA, Artículo 960: Reunidos los acreedores en la primera junta general de que habla el número 5° del artículo 937, hará el juez que cada uno exhiba los documentos justificativos de su crédito, respecto de los cuales podrán hacerse las observaciones generales que ocurran en cuanto a su legitimidad.

Hecha la presentación, podrá cualquiera de los acreedores proponer que la liquidación de la quiebra se haga por los acreedores; y si la proposición tuviere el voto favorable de un número de ellos que represente más de la mitad de la totalidad de los créditos que figuren en el balance, el tribunal sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiere lugar, acordará la liquidación por los acreedores.

26 CÓDIGO COMERCIAL DA BOLÍVIA, Artículo 1612: (ENAJENACION DE LOS BIENES). Una vez vencido el plazo fijado en el artículo 1644, sin que el quebrado presente proposición de convenio resolutorio o cuando ésta no sea aceptada por los acreedores, ni sea legalmente admisible o no sea homologado el convenio por el juez, o bien no sea dispuesta la continuación de la empresa, deberá procederse de inmediato a la enajenación de los bienes de la masa, proponiendo al juez la forma y modos de enajenación, sin perjuicio de la aplicación de lo

liquidação de bens nas suas legislações depois de findas as consultas aos credores.

Em todos os procedimentos descritos nas legislações dos Estados Partes do MERCOSUL, há a necessidade de uma ação coletiva voluntária, de colaboração entre si, dos personagens do processo de falência, como instrumento de coesão a melhorar o funcionamento da sociedade.

Não se pode desconsiderando o sentido econômico da falência, que se mede pela relação entre rendimento obtido e o esforço despendido para tanto e, ainda, os interesses estratégicos de cada credor submetido ao processo de liquidação, que adotando a Teoria dos Jogos<sup>27</sup> podem definir quais os alcances de seus próprios ganhos e dos demais envolvidos.

Independentemente do modelo econômico adotado por cada um dos Estados Partes do MERCOSUL, o pagamento dos credores é um dos principais objetivos da falência. Assim, à medida que se posterga o pagamento aos credores, maior parcela do ativo é despendida com os gastos da própria massa, reduzindo-se a parcela destinada aos credores concursais e impedindo que o procedimento cumpra sua função de todos receberem alguma importância por conta do crédito.

Salienta-se que o Tratado de Assunção propõe a livre circulação interna de pessoas, bens e serviços; a proteção interna e a coordenação de políticas econômicas, o que implica na flexibilização das leis dos Estados Partes do MERCOSUL para que possam atuar num mundo de grandes espaços econômicos.

## 5. CONCLUSÕES

O século XX foi marcado por Guerras Mundiais e crises macroeconômicas, que corroboraram para evolução do Estado. As Cartas Constitucionais passaram a descrever as regras e princípios voltados para justiça social.

A Constituição do Brasil, de 1988, assumiu uma postura ostensivamente social, tendo incorporado na sua essência valores sociais próprios do Estado Social, obviamente impôs obediência de todos aos ditames da solidariedade, a fim de que realmente se possa edificar uma sociedade justa. A soberania já não tem mais um caráter absoluto em prol da cooperação própria dos processos de integração na busca de

---

dispuesto en el artículo 1607.

<sup>27</sup> Salienta Eduardo Goulart Pimenta in "Autonomia como princípio jurídico estrutural". *Direito Civil - Da Autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Atualidades II*: Belo Horizonte. Del Rey. 2007, p. 306: "Para que possamos compreender, à luz da Teoria dos Jogos, como se portam e também como devem atuar os agentes econômicos vinculados a uma empresa em crise econômico-financeira, precisamos estabelecer os elementos de nosso modelo econômico: qual é o "jogo", quem são os "jogadores", qual é o "ganho" esperado por eles, quais são as opções de "estratégias" disponíveis para cada um e, por fim, quais os efeitos que as diferentes estratégias de ação podem promover para o alcance de seus próprios ganhos e dos demais envolvidos".

benefícios para todos.

O direito ao desenvolvimento passou a ser classificado como direito humano fundamental pela ONU, assim também disposto no Tratado de Assunção, que constituiu o MERCOSUL, exige que as ordens jurídicas dos países garantam mecanismos para sua efetividade.

O direito privado, na seara do direito empresarial, especificamente, no direito falimentar moderno, deve propulsionar as mudanças de eliminar as ideias liquidatárias, para uma visão de manutenção da atividade empresária.

Não há mais espaço para ideia do direito falimentar que vislumbra na política liquidaria a solução para resolver os problemas econômicos da empresa. É sabida, a importância da atividade empresária para economia de uma sociedade, sua liquidação provoca consequências sérias para o Estado por atingir empregos e a produção de riquezas.

A efetividade do direito ao desenvolvimento como direito humano fundamental, fundado tanto no aspecto individual como social, impõem às legislações dos Estados Partes do MERCOSUL uma harmonização da matéria sobre o termo *a quo* para iniciar o procedimento de venda dos bens no processo liquidatário, para que a falência não se transforme num fim em si mesmo, sem efetividade prática para os credores.

O procedimento de liquidação dos bens, conforme regulado nas legislações de Brasil e Argentina, demonstra que o termo *a quo* da juntada do auto de arrecadação dos ativos ao processo de falência é capaz de efetivar o equilíbrio entre o interesse social (mantendo a atividade empresária, quando realizada a venda em bloco dos bens); a satisfação dos credores (quanto mais eficiente e rápida for à liquidação, menores serão as perdas imputadas aos créditos) e o respeito aos direitos do devedor (reduz a parcela do ativo despendida com os gastos da própria massa).

A adoção pelos Estados Partes do MERCOSUL de diferentes termos para iniciar o procedimento de vendas dos bens no processo de falência, contribui para que não haja uma diminuição nas oscilações do mercado, uma vez que o tempo de liquidação de ativos no processo de falência é considerado pelos empresários para valorar o custo de investir num determinado país.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- AMARAL JÚNIOR Alberto do (2013) “Reflexões sobre a solução de controvérsias do MERCOSUL”. In *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 1(1), p. 13-28.
- BIELSCOWSKY Ricardo (2007) “Cinquenta anos de pensamento na Cepal”. In RISTER Carla Abrantkoski (edit.) *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 200.

- BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. <[www2.planalto.gov.br](http://www2.planalto.gov.br)> [acesso em 28-10-2013].
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)> [acesso em 28-10-2013].
- CANOTILHO J. J. Gomes (2012) “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2da. ed. Coimbra: Almedina.
- COOTER Robert, ULLEN Thomas (2010) *Direito & Economia*. Trad. Luís Marcos Sander, Francisco Araújo a Costa. 5ed. Porto Alegre: Bookman.
- FACHIN Melina Girardi, PAULINI Umberto (2008) “Problematizando a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: ainda e sempre sobre a constitucionalização do Direito Civil”. In FACHIN Luiz Edson e TEPEDINO Gustavo (org.) *Diálogos sobre direito civil*. v.2. Rio de Janeiro: Renovar.
- FERREIRA Mauro Santos (2013) “Desenvolver é preciso”. *Mercado Comum: Revista Nacional de Economia e Negócios*, 21(240), p. 20.
- HESSE Konrad (1998) *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.
- LORENZETTI Ricardo Luis (1998) *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais.
- PERLINGIERI Pietro (1999) *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar.
- PIMENTA Salienta Eduardo Goulart (2007) “Autonomia como princípio jurídico estrutural”. In FIÚZA César, SÁ Maria de Fátima Freire de, NAVES Bruno Torquato de Oliveira (coords.) *Direito Civil – Da Autonomia Privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Atualidades II*. Belo Horizonte: Del Rey.
- RISTER Carla Abrantkoski (2007) *Direito ao Desenvolvimento: Antecedentes, Significados e Consequências*. Rio de Janeiro: Renovar.
- SANTOS Paulo Penalva, SALOMÃO Luís Felipe (2011) *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, p.11.
- SECRETARIA DO MERCOSUL (2013) “Quem Somos” [online] disponível em: [http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=4002&site=1&channel=secretaria&sccion=3](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=4002&site=1&channel=secretaria&sccion=3) [acesso em 28-10-2013].
- SZTAJN Rachel (2006) *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, p. 372.



# LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL Y SU ABORDAJE DESDE UNA VISIÓN MÁS COMERCIAL Y TÉCNICA

## PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL E SUA ABORDAGEM DE UMA FORMA MAIS TÉCNICA E COMERCIAL

*Guillermo Irigoitia\**

---

**Resumen:** *El Derecho es una ciencia humana y no una ciencia técnica. Sin embargo, el Derecho tiene un alto grado de tecnicismo (tecnicismos jurídicos). Con el advenimiento de la economía del conocimiento y el éxito de los tecnócratas, el derecho debe ser afrontado más que nunca como una ciencia “técnica”. Desde un enfoque más comercial y menos político. Los procesos de integración no escapan a esta realidad y a pesar de que los mismos tienen una naturaleza eminentemente política, como una suerte de contrapeso a este fenómeno, se le debería dar un enfoque distinto, en un nuevo escenario mundial y con una nueva visión comercial de los fenómenos integradores.*

**Resumo:** *O Direito é uma ciência humana e não uma ciência técnica. No entanto, a lei tem um elevado grau de tecnicismo (linguagem jurídica). Com o advento da economia do conhecimento e com o sucesso dos tecnocratas, o direito deve ser confrontado mais que nunca como uma ciência “técnica”. De uma forma mais comercial e menos política. Os Processos da integração não escapam dessa realidade e apesar de que eles têm uma natureza política, como uma sorte de contrapeso a esse fenômeno, teria que ter uma abordagem diferente, em um novo cenário global e uma nova visão comercial dos fenômenos integradores.*

**Palabras clave:** Tecnicismo, Regionalismo, Comercio, Libre-comercio, Proteccionismo, Enfoque económico, Enfoque político

**Palavras-chave:** Tecnicismo, Regionalismo, Comércio, Livre Comércio, Proteccionismo, Foco econômico, Foco político

---

\* Abogado, Agente de la Propiedad Industrial y Empresario. Egresado de la Universidad Nacional de Asunción. Auxiliar de Cátedra de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la UNA.



## 1. INTRODUCCION

Es sabido que el derecho es considerado una ciencia humana o social (como la sociología, la politología o las letras) y no una ciencia técnica (como la ingeniería o la informática), sin embargo la condición de ciencia social que tiene la ciencia jurídica no la exime de cierto grado de rigor técnico, por ello existen vocablos y procesos específicos a los que llamamos “tecnicismos jurídicos”. Podemos decir entonces que el derecho no es una ciencia técnica (en el sentido en el que comúnmente dividimos a las carreras en la educación terciaria) mas sí es una ciencia con un alto grado de tecnicismo<sup>1</sup>. Tener esto en claro nos ayuda a abordar el planteamiento que trataremos de expresar a continuación.

Al hablar de derecho, a menudo cometemos el vicio de relativizar conceptos y supeditar afirmaciones a un sinfín de circunstancias que exceden *a priori* toda capacidad de análisis, esto es positivo desde el punto de vista pragmático, pues surge como un llamado a la medida que evita emitir juicios apresurados o desprovistos de un estudio a fondo. Sin embargo, esta situación se torna peligrosa cuando no se transita de la primera etapa, a la que podemos dotar de cierta prudencia, a la segunda, en la que se debe necesariamente realizar un estudio minucioso *de facto* y *de iure* donde la praxis jurídica y sus correspondientes tecnicismos adquieren una importancia capital en el quehacer científico de todo jurista.

Pareciera olvidarse que el derecho es una ciencia, con un objeto de estudio y un método, en el presente escenario mundial, con el advenimiento de la economía del conocimiento y el éxito de los tecnócratas, el derecho debe ser afrontado más que nunca como una ciencia “técnica” que ofrezca soluciones prácticas y categóricas. Apartándose del relativismo que atenta contra su condición científica, en el que toda situación coyuntural (como la situación política) condicione su desarrollo.

Al estar dentro de la esfera jurídica, el Derecho Internacional General<sup>2</sup>, como matriz normativa originaria del Derecho de la Integración y sus consecuentes procesos de integración y/o comunitarios, no escapan de esta realidad, hoy, el hilo conductor de estos procesos es eminentemente político, somos conscientes de que erradicar este patrón es poco menos que imposible, estos procesos tienen cierta naturaleza

---

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed. Madrid: Espasa Libros. “TECNICISMO: Cualidad del Técnico; Conjunto de voces técnicas empleadas en el lenguaje de un arte, de una ciencia, de un oficio, etc.”

2 ROUSSEAU Charles (1996) *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ediciones Ariel, p. 1, “El Derecho Internacional se ocupa esencialmente de regular relaciones entre los Estados o mejor entre los sujetos del derecho internacional, puesto que en ambos términos no son sinónimos” (Comentario de Calógero Pizzolo en DERECHO e INTEGRACIÓN REGIONAL Ediar 2010.

política, además de que conceptos como la tipicidad intergubernamental<sup>3</sup> o la supranacionalidad<sup>4</sup> son eminentemente políticos. No obstante es nuestro deber señalar que en contraposición a este fenómeno, vemos como una alternativa válida (o si se quiere como un contrapeso), a la promoción de un enfoque más técnico y menos político en los procesos de integración. El comercio, como motor principal en las relaciones internacionales juega un rol clave, y su normal desenvolvimiento no podrá ser garantizado por políticos en cumbres o reuniones esporádicas sino por verdaderos tecnócratas del derecho de la integración que alimenten una verdadera burocracia (en la mejor de sus acepciones) al servicio de los procesos integradores.

## 2. UN NUEVO ESCENARIO. EL REGIONALISMO

Los paradigmas económicos y la coyuntura mundial del siglo XX, que posibilitaron la proliferación de fanatismos ideológicos, así como los nacionalismos a ultranza (que poco aportaban a las posibilidades de integración) han quedado en el pasado. Hoy este tipo de discusiones fue relegada a un segundo plano, priorizándose el pragmatismo, en un nuevo juego de intereses entre estados desarrollados, tecnificados e industrializados en contrapeso con aquellos países que aspiran a alcanzar el desarrollo. Este, es el único dualismo que hoy queda (Países desarrollados vs. Países en vías de desarrollo) en una cosmovisión que ya no admite la hegemonía absoluta de una o dos superpotencias sino que se rige por bloques económicos, representados a menudo por sus respectivos procesos comunitarios o de integración.

Los estados artificiales creados después de la Segunda Guerra mundial y las ideologías surgidas al amparo de la cultura occidental se están debilitando, no por razones políticas o ideológicas sino por razones económicas y sobre todo tecnológicas. Los viejos límites nacionales, que han perdido su razón de ser en función de los avances de la tecnología y de una renovada apreciación de las instituciones jurídicas y económicas

---

3 RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. Parte III. Organización Institucional de los procesos de Integración. Capítulo 14 Sistemas Institucionales, p. 126, "Órganos Intergubernamentales u órganos interestatales. En los órganos intergubernamentales la representación tiene dependencia o lazos de dirección con el poder estatal. Sus miembros son funcionarios designados en el ejercicio de la función intergubernamental, falta por tanto la autonomía que caracteriza a la función y al órgano supranacional.

La representación ejercida es directa, orientada y dirigida netamente a los intereses del Estado, los representantes responden a directivas de los órganos estatales del cual dependen. Algunas características: Poderes limitados; Facultades limitados; Potestad de veto (...)"

4 RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. Parte III. Organización Institucional de los procesos de Integración. Capítulo 14 Sistemas Institucionales, p. 127. "Órganos supranacionales o supraestatales. (...) se destacan por una marcada autonomía del gobierno o poder de los Estados Parte. Autonomía ejecutiva; legislativa; decisoria y financiera (...)"

realmente operativas, han dejado su lugar a nuevas fronteras. Estas, que poco tienen que ver con las nacionalidades, marcan las separaciones entre los pueblos y grupos humanos preparados para aceptar cambios propios de un mundo impredecible<sup>5</sup>.

En estos días, en que la riqueza del conocimiento (reemplazando el rol de los *commodities*<sup>6</sup>) representa dos tercios de la riqueza mundial, el comercio se muestra como una actividad mucho más sutil que antes, en un escenario geopolítico en el que no solo los procesos de integración y/o comunitarios son protagonistas, sino que los sujetos del derecho internacional, como los estados y las instituciones internacionales también fungen un rol principal, pero estas últimas, con una función modificada, en la que se busca contar con el marco general de referencia para determinar con mayor precisión las reglas de las relaciones y el Comercio Internacional. Clara muestra de esto es la transformación del GATT<sup>7</sup>, donde de ser un acuerdo multilateral pasa a institucionalizarse, convirtiéndose en la OMC<sup>8</sup>, que hoy vemos como base jurídica e institucional de todo el sistema multilateral de comercio<sup>9</sup>, con una fisonomía mucho más acorde a este mundo globalizado.

Desde principios de la década del '90, el regionalismo ha estado en ascenso y ello ha ocurrido por vías que a menudo se confunden o superponen. Por un lado a través de los procesos de integración y por el otro, paradójicamente a través del sistema de comercio multilateral del GATT y sus numerosos acuerdos comerciales. Este fenómeno puede desempeñar un papel positivo en la profundización de la integración económica internacional<sup>10</sup>.

A pesar de esto, en el mediano plazo, el más probable de los escenarios es que el regionalismo y el multilateralismo continuarán coexistiendo en una incómoda tensión.

### 3. LA NUEVA VISIÓN COMERCIAL

Conviene aquí, volver a la bifurcación de dos vías: La del Derecho

---

5 WARREN BARTLEY III Willian (1194) "Desaparecen las fronteras. América en la comunidad mundial". *Libertas*, 11(21).

6 Commodities: Materias primas.

7 General Agreement on Tariffs and Trade (GATT).-

8 RUIZ DÍAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. Parte I. De la integración y del derecho. Capítulo 5 p. 54, "Del GATT a la Organización Mundial del Comercio. La mejor representación de la existencia de un nuevo orden económico internacional es la creación de la Organización Mundial del Comercio el 1 de enero de 1995, resultado de las negociaciones efectuadas en la Ronda de Uruguay que sustituye a los mecanismos de negociación del GATT y pasa a constituirse en la base jurídica e institucional de todo el sistema multilateral de comercio (...)."

9 LACARTE MURÓ Julio A. (1994) Ronda Uruguay del GATT. La globalización del Comercio Mundial. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

10 BOUZAS Roberto (1996) "El regionalismo en el hemisferio occidental: NAFTA, MERCOSUR y después". *Desarrollo Económico*, 36(número especial).

Internacional clásico y la del Derecho de la Integración. En cuanto a la primera, el comercio ha logrado un enorme espacio en la agenda mundial, pero esa circunstancia, fue sellada por algunos hechos que pasaremos a señalar.

Desde el nacimiento de la concepción actual de Estados, que muchos coinciden en atribuir a la Paz de Westfalia (1648), el Derecho Internacional aparece ante la necesidad de estos estados de relacionarse. Pero no fue hasta el Tratado de Versalles de 1919, que instala la Sociedad de las Naciones, que aparece la primera organización internacional en el sentido moderno del término. Ello ocurrió en una coyuntura de post guerra mundial, en la que la paz y la atención a la crisis era la cuestión prioritaria.

A su turno, en la segunda post guerra mundial, el orden político de la comunidad internacional encontró su eje en la ONU, y fue a partir de ahí que la cuestión del desarrollo se tornó llamativa, lo que coadyuvo al intento del establecimiento de reglas claras en materia de comercio internacional en el frustrado nacimiento de la Organización Internacional del Comercio<sup>11</sup>. Iniciando así un derrotero que decantó en la OMC y su actuación con los demás sujetos del Derecho Internacional como la ONU, la OEA, las ONGs e inclusive con personas físicas.

A partir de aquí, el comercio empezó a mostrar toda su condición de elemento integrador, estableciendo lazos inclusive entre países que se encontraban en conflicto.

Según la afirmación de *Warren Bartley III* de la *Southwestern Social Science Association* de que "(...) En la actualidad las fronteras tienden nuevamente a debilitarse y el mundo empieza a unirse otra vez, pese a todos los signos en contrario"<sup>12</sup>.

Con respecto a los procesos de integración regional, éstos tienen un sinnúmero de diferencias, entre ellas cabe mencionar al distinto grado de desarrollo (intergubernamental o supranacional), peso económico o importancia demográfica entre sus estados miembros, también a la dispareja situación geográfica y a los diferentes idiomas, así como a la diversidad de paradigmas culturales, e inclusive distintas concepciones del derecho (como ocurre entre los países del *Common Law*<sup>13</sup> y los del Derecho Continental Europeo), todo ello sin comparar el peso específico y geopolítico de cada proceso. Aún así, en su gran mayoría, estos procesos

11 PINTO Mónica, BARREIROS Lucas E., LAVOPA Federico, RICART Luciana T. y TURYN Alejandro (comps.) (2009) *Las Fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*. Buenos Aires: EUDEBA, p. 18 "(...) Tratado de La Habana de 1948 que permitió pensar en Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo".

12 WARREN BARTLEY III Willian (1194) "Desaparecen las fronteras. América en la comunidad mundial". *Libertas*, 11(21).

13 SERRA Moret, OSSORIO Manuel (2005) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Ediciones Heliasta. "Common law: (...) designa el sistema jurídico de los países que han recogido las bases de su derecho del Inglés, en contraposición a otros sistemas jurídicos, particularmente los de origen romano (...)".

tienen en común el hecho de que, en un pasado cercano y a partir de una nueva visión, se proyectaron con un objetivo “*eminentemente comercial*”.

Sin embargo, la concepción que se tiene del *Derecho de la Integración*<sup>14</sup> es el resultado de un largo proceso, el cual no siempre ha estado plasmado con una finalidad “generalmente económica” como rezan varias definiciones. Las tentativas integradoras a través de la historia han tenido diferentes fines, como ejemplo se citan algunos antecedentes de la integración regional en América Latina y del proceso comunitario europeo.

En concordancia con esto, *Pizzolo* refiere que la idea de unidad de las que fueron colonias españolas en América viene de la época de Bolívar y de O’Higgins<sup>15</sup>, pero en aquellas oportunidades con claros fines independentistas.

Luego, podríamos remontarnos a antecedentes como el Congreso de Panamá de 1826 que suscribió el Tratado de Unión, Liga y Confederación, con un interés mayormente ofensivo y defensivo entre los estados signatarios contra la tentativa de dominaciones extranjeras.

No podemos obviar la cuestión territorial, que dominó la escena en América durante el siglo XIX, lo que avivó una concepción nacionalista y de aislamiento recíproco (que evidentemente perjudicó toda tentativa integradora). Culminando en ocasiones en enfrentamientos bélicos como la *Guerra de la Triple Alianza o Guerra del Paraguay* y las guerras que protagonizaron Argentina y Brasil entre 1825 y 1826.

Tampoco podemos negar el papel que han tenido los constantes desencuentros ideológicos que impidieron llevar adelante los procesos de integración en América Latina y en otras regiones del mundo por muchos años.

Inclusive en la historia relativamente reciente tenemos excepciones como la del SICA<sup>16</sup> donde en sus inicios, en nuestra opinión, el protocolo de Tegucigalpa dio la forma actual al citado proceso de integración con objetivos más bien políticos antes que comerciales en el sentido de que se buscó llegar a cierto consenso y estabilidad en una región que en ese momento se encontraba dividida e inestable, con permanentes

---

14 PIZZOLO Calogero (2010) *Derecho e integración regional - CAN, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: Ediar. 2010. “(...)El derecho de la Integración. (...) Definimos a este derecho como: el conjunto de normas y actos jurídicos que regulan las conductas de los Estados entre sí, de estos con organismos internacionales y de estos organismos entre sí, con el objeto de potenciar la cooperación entre las partes para facilitar la obtención de los fines propuestos –generalmente económicos–, mejorar sus relaciones recíprocas y fortalecer su posición conjunta frente a los Estados ajenos al grupo formado (...)”.

15 PIZZOLO Calogero (2010) *Derecho e integración regional - CAN, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: Ediar. 2010. “(...) Carta de Bolívar a O’Higgins: “Pero el gran día de la América no ha llegado. Hemos expulsado a nuestros opresores, rotos las tablas de sus leyes tiránicas y fundado Instituciones legítimas: mas todavía, nos falta poner el fundamento del pacto social que debe formar en este mundo una Nación de Repúblicas”.

16 SICA: Sistema de Integración Centro Americana.

conflictos diplomáticos<sup>17</sup> que despertaban el fantasma de viejas disputas como la *Guerra del Fútbol*<sup>18</sup>, en lugar de discutir sobre como promover la integración centroamericana para crear un mercado más grande y compartir recursos. Aún así, ello no fue óbice para que el comercio tome eventualmente un papel prioritario en la agenda del SICA.

Recién cerca del final del siglo XX, con la nueva ola democratizadora, parecieron surgir nuevas condiciones que permitieron la integración en el continente Americano.

Por su parte, en el viejo continente, la “Liga de las Naciones” o “Sociedad de las Naciones” había sido creada (como hemos dicho) con el propósito de alcanzar la PAZ. Ahora bien, fue en su Asamblea en el año 1929, que el Ministro de Asuntos Exteriores francés, *Aristide Briand* propuso la creación de una “Unión Europea” que si bien tenía como objetivo tratar la crisis económica de Europa, la propuesta buscaba que la Unión se ocupase de los problemas económicos a través de “acuerdos políticos” (enfoque que solo sería revertido en la década de 1950, donde en lugar de tratar a la economía a través de la política, se eligió tratar un problema político a través de soluciones económicas)<sup>19</sup>.

La Unión Europea, para ser hoy un proceso comunitario en el que hablamos de instituciones que exceden la esfera meramente comercial<sup>20</sup>, como es el ejemplo del concepto de ciudadanía comunitaria, en el pasado tuvo sus inicios en la CECA<sup>21</sup> con el principal postulado de promover el mejor comercio del carbón y del acero, instituida por el Tratado de París de 1951. A raíz de lo ocurrido el año anterior, cuando *Jean Monnet* presentó la propuesta que hoy conocemos como el “Plan Schuman”<sup>22</sup>.

Solo a partir de entonces, el asunto se trató de una cuestión de mercado, la visión inicial era la de un espacio comercial que no necesitaba de “ciudadanos” sino de “consumidores”. Luego fue cambiando el

---

17 OPPENHEIMER Andrés (2010) *¡Basta de Historias!*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana. Oppenheimer, Andrés. *¡Basta de Historias!*. Editorial Sudamericana. 2010. SACANDO A PASEAR ATAÚDES. Pág. 36.

18 Nota del Autor: La Guerra del fútbol o la Guerra de las 100 horas fue llamada así por la coincidencia de este hecho con los derivados de un partido de fútbol que enfrentó a las selecciones nacionales de Honduras y El Salvador, con motivo de las eliminatorias para la Copa Mundial de Fútbol de 1970. El nombre con el que se conoce a esta guerra fue acuñado por el reportero polaco Ryszard Kapuściński en su obra “La Guerra del Fútbol”.

19 REUTER Paul (1952) “Le plan Schuman”. *81 RdC*, 1952/11, pp. 531-537.

20 GUERRA-BORGES Alfredo (1994) “Regionalización y bloques económicos : tendencias mundiales desde una perspectiva latinoamericana”. *Integración Latinoamericana*, 19 (200), p. 3-14. “(...) La Comunidad Europea es el resultado de un auténtico proceso de integración, que ha rebasado con mucho la integración de las economías al confiar a su complejo sistema institucional el diseño y la ejecución de políticas muy diversas, que incluyen desde las sociales hasta algunos aspectos de seguridad, defensa y relaciones exteriores (...)”.

21 CECA: Comunidad Económica del Carbón.

22 KOSKENNIEMI Marti (2005). *El discreto civilizador de Naciones*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2005. Capítulo IV “(...) Monnet y un pequeño grupo de asesores realizaron la propuesta que el Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, hizo el 9 de mayo de 1950, (...)”.



paradigma de la visión estrictamente económico-comercial y se empezó a teorizar cuestiones de toda índole, como el Medio Ambiente o los Derechos Humanos.

Ya en nuestros días, es un hecho que el comercio fue el catalizador que integró a los países. Esta naturaleza comercial, que supieron tener los procesos “actuales” a partir de cierta evolución, puede ser fácilmente identificada.

En el MERCOSUR, para llegar al instrumento que lo instituye, es decir al Tratado de Asunción de 1991, se fueron decantando numerosos acuerdos y protocolos de cooperación principalmente entre los dos países hegemónicos de esta subregión (que hoy se constituye en un verdadero espacio económico de importancia geopolítica), que son Argentina y Brasil. En esta tarea de “colaboración diplomática” que desembocó en el Mercado Común del Sur, fue determinante la iniciativa argentino-brasileña del *Acta de Iguazú*<sup>23</sup> de 1985 cuyo principal propósito era “incrementar las relaciones comerciales”.

Al decir del Economista argentino *Jorge Remes Lenicov*, quién fuera Vicepresidente de la 1° Comisión del Mercosur en sus inicios “El Mercosur representó la concreción de un proyecto regional de larga data. El mismo trajo aparejado una multiplicidad de beneficios: *expansión y creación de comercio*, afianzamiento de la democracia, supresión de las hipótesis de conflicto bélico, ingreso masivo de inversiones (...)”<sup>24</sup>. Etapa inicial que luego fue sucedida por una fase de amesetamiento e incluso retrocesos.

Los países andinos han reaccionado de igual manera, relanzando el Acuerdo de Cartagena (o Pacto Andino) con una visión de mayor apertura internacional con objetivos adecuados a la *apertura y liberalización del comercio*<sup>25</sup>.

Por su parte, en América del Norte se inicia en los noventa, otro proceso de integración. E.E.U.U. concretará precisamente un “Área de Libre Comercio” con Canadá, ampliándola luego a México y manifestando iniciativas para extender la zona de libre comercio a toda América.

---

23 AMARILLA PÁEZ Rocío (2004). “Antecedentes del Mercosur”. *Cuadernos de Época Comercio Comunitario II*, p. 107, “El 30 de noviembre de 1985, los presidentes Raúl Alfonsín y José Sarney firmaron el “Acta de Iguazú”, en la que manifestaron su voluntad de acelerar y profundizar el proceso de integración bilateral. El acta previó la creación de una Comisión Mixta de alto nivel de cooperación e integración económica bilateral (...)”.

24 REMES LENICOV Jorge (1998). “Algunas ideas para una difícil transición”. *Revista Jurídica Temas del Mercosur*, (5).

25 SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA (2009) *Comunidad Andina: ¿Cómo funciona el Sistema Andino de Integración?*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina.



#### **4. ROL DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y DEL SISTEMA DE CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DEL PROCESO O DECISIONES COMUNITARIA**

Los mecanismos de solución de conflictos juegan a su vez, un rol determinante a la hora de propiciar las condiciones para el correcto desarrollo del comercio, sean estos a la luz del derecho internacional o del derecho de la integración, sin importar su calidad “jurisdiccional”, como la que vemos en el sistema judicial de la comunidad europea, “no jurisdiccional”, como el creciente fenómeno de los Arbitrajes, o “híbridos” como es el caso del TPR<sup>26</sup> del Mercosur.

Por ejemplo, en el ámbito del comercio internacional se cuenta con el Sistema de Solución de Controversias de la OMC, el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre inversiones, la Corte Internacional de Arbitraje de la cámara de Comercio Internacional.

En el campo de la integración y de las asociaciones de libre comercio, existe la Corte de Justicia de la Unión Europea (inicialmente ECJ<sup>27</sup>), la Corte de la Asociación Europea de Libre Comercio, la corte de Justicia de la Comunidad Andina, la Corte de Justicia Centroamericana, el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, la Corte de Justicia del Mercado Común para el este y sur de África, el procedimiento de solución de controversias del ALCA, entre otros.

El resultado ideal, que inclusive ya ha sido alcanzado en el proceso comunitario de la Unión Europea es el “Alto grado de Judicialización”, esto se debe principalmente al reconocimiento de tres factores: Efecto Directo, Supremacía y Vinculación de los Estados<sup>28</sup>. Además de otros requerimientos como independencia de los gobiernos y de las partes, imparcialidad, establecimiento de las leyes, duración de los miembros en el ejercicio de sus funciones, y garantías ofrecidas por el procedimiento.

Esto favorece al comercio pues todas estas, son instancias internacionales de procedimiento reglado, que resuelven con fundamento en derecho internacional las controversias que las partes plantean, con un diverso valor jurídico en sus decisiones (no es lo mismo una sentencia a una recomendación) que a su vez tienen incidencia en

---

26 Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR con sede en Asunción.

27 BAUDENBACHER Carl (2004) “Judicialization: Can the European model be exported to other parts of the world?” *Texas International Law Journal*, 39(381), p.383, “The ECJ, which was established in the framework of the 1957 Rome Treaties and has its seat in Luxembourg, gained its powerful position mainly through two developments: the preliminary ruling procedure, which created an interface between the ECJ and the national courts of the Member States, and the acknowledgement of the so-called constitutional triad –direct effect, supremacy, and state liability- by the courts itself (...)”.

28 BAUDENBACHER Carl (2004) “Judicialization: Can the European model be exported to other parts of the world?” *Texas International Law Journal*, 39(381), p.391 Result: High Degree of Judicialization. “(...) The highest degree of judicialization has been achieved through the ECJ. This is mainly due to the recognition of direct effect, primacy, and state liability (...)”.

su grado de observancia.

En cuanto a las decisiones de los procesos o decisiones comunitarias, su incumplimiento refleja un síntoma negativo en el devenir de un proceso de integración. En el caso del Mercosur, factores como la modificación del contexto de política económica, el método de integración, las condiciones económicas internacionales, la persistencia de asimetrías de preferencia y matriz de gestión de política económica entre Argentina y Brasil, y la mayor gravitación de las cuestiones internas de los países desencadenaron el desmedro y retroceso del proceso de integración, reflejado en el incumplimiento de las decisiones tomadas en el mismo.

## 5. EL LIBRE COMERCIO DESDE LA ÓPTICA REGIONAL

Hablar de Libre Comercio o Libre Cambio<sup>29</sup> en los procesos de integración, es explícito en las primeras fases de desarrollo como en los “Acuerdos de Libre Comercio”<sup>30</sup> o TLC<sup>31</sup>, más este concepto se torna implícito en las fases más sofisticadas como las de Mercado Común<sup>32</sup> o Unión Monetaria<sup>33</sup>, una nota diferenciadora, por resaltar solo una entre estos grados de complejidad en los procesos de integración, es que mientras más se afianzan las experiencias integradoras, más instituciones y esferas que exceden a la meramente comercial son abordadas, llegando inclusive a realizarse verdaderas “cesiones de soberanías” como ocurre en los procesos supranacionales.

Se sabe en la historia reciente el comercio como fuerza motriz

---

29 SERRA Moret; OSSORIO Manuel (2005) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Ediciones Heliasta. “Libre cambio: (...) libertad absoluta de comerciar y, sobre todo, la supresión de trabas e impuestos de aduana que dificultan el comercio internacional”.

30 RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. “Área o Zona de Libre Comercio. Esquema básico de integración. Formación de un área entre dos o más estados dentro de la cual se suprimen paulatinamente las trabas aduaneras y de otra índole, pero de efecto equivalentes al comercio recíproco, manteniendo cada estado miembro su propia política comercial y aranceles aduaneros frente a terceros países”.

31 Tratados de Libre Comercio.

32 RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. Parte I. De la integración y del derecho. Capítulo 6 Las Formas de Integración. Pág.62 “(...) El MERCADO COMÚN se constituye por medio de una Área de libre comercio entre los Estados miembros, un arancel externo común y además por la supresión de barreras a los intercambios de factores para la producción: personas, bienes, servicios y capitales (...)”.

33 RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. Parte I. De la integración y del derecho. Capítulo 6 Las Formas de Integración. Pág.62 “La Unión económica y monetaria implica la existencia de un mercado común, con más características (...) constituye una de las etapas más evolucionadas y se caracteriza por una comunitarización del espacio integrado y una participación más amplia de los ciudadanos en el sistema comunitario quienes pasan a ser miembros o ciudadanos de la comunidad o unión (...)”.

primaria en el quehacer integrador parece ser un consenso no solo en el Hemisferio Sur sino también en el Norte, *Peter Hakim*, el ex Presidente de la organización *Inter-American Dialogue*, afirma que “La cooperación regional americana depende de la profundización de la integración económica y de un imperativo avance hacia el libre comercio hemisférico”<sup>34</sup>, concordamos en este punto pues ello posibilitará una integración económica más amplia, que permita la libre circulación de bienes, servicios y capital a través de las fronteras nacionales a lo largo de las Américas.

Apoyando la idea de *Hakim*, su idea de que el libre comercio hemisférico y una mayor integración económica brindarán un gran espectro de beneficiarios directos. La disminución de las barreras a la importación llevará a una expansión del comercio y se garantizará a cada país un acceso al mercado más estable y predecible.

Las ganancias económicas más significativas provendrán de flujos crecientes de inversión directa externa para sacar provecho de las nuevas oportunidades comerciales. Este aumento de los flujos de inversión fomentará la disponibilidad de tecnología avanzada y, asimismo, generará un mayor nivel de competencia interna, lo cual debería mejorar la competitividad de toda región.

Aún así, no podemos dejar de señalar que habrá ganadores y perdedores detrás de estas iniciativas comerciales, con visibles costos que afectarían a determinados países, industrias, y comunidades, en grados diferentes. El libre comercio trae consigo dificultades para los países subdesarrollados que no se encuentren a la altura de los mercados, y los gobiernos deben implementar las medidas apropiadas para enfrentar sus demandas y necesidades.

Para *Benegas Lynch (h)* y *Krause* “hay tres caminos para abrir la economía: el multilateralismo (GATT), el regionalismo (procesos de integración) y el unilateralismo”<sup>35</sup>. Pareciera claro, mas esta diferenciación se ve diluida cada vez en mayor medida.

## 6. EL PROTECCIONISMO FRENTE AL LIBRE COMERCIO: DOS FENÓMENOS CON LOS CUALES CONVIVIR

Ya expresaba *Adam Smith* de que a pesar de que la libertad de comercio redundaba en el beneficio de los países que comercian y del mundo en general, en la práctica, es uno de los principios más atacados y las restricciones, más que el libre comercio, han sido la regla.

La gran fuerza que han adquirido los procesos de regionalización

34 HAKIM Peter (1998) “The FTAA and the Future of Regional Cooperation”. *Revista Jurídica Temas del Mercosur*, (4), pp. 79-83.

35 BENEGAS LYNCH Alberto y KRAUSE Martín (1994) “El libre comercio y los acuerdos de integración regional. Proyectos para una sociedad abierta, informe N° 9”. *Libertas* 11(21).

o de integración, estimula la controversia sobre proteccionismo y libre comercio.

Existen situaciones que ocurren a nivel nacional para luego suceder a nivel regional, el proteccionismo<sup>36</sup> nos da una clara muestra de ello. A nivel nacional, podríamos equiparar al proteccionismo con prácticas como el control de la moneda, aranceles, importación de ciertos bienes, entre otras acciones.

L. Alcalá-Zamora considera al proteccionismo como “la manifestación más auténtica del nacionalismo económico”, este nacionalismo exacerbado (que representa la antítesis de las actuales políticas integradoras o políticas pro-bloques), llevado a un exceso, terminó perjudicando al comercio regional y a los procesos de integración.

Por su parte, al decir del miembro del TPR del MERCOSUR, Roberto Ruiz Díaz Labrano, “Un proceso de integración supone renunciar (en parte) al proteccionismo nacional, pasando a un proteccionismo regional (UE, MERCOSUR, Comunidad Andina, etc.)”. Es decir, lejos de abandonar el proteccionismo tradicional de los estados, nos encontramos hoy ante una nueva forma de proteccionismo, la cual se vislumbra con un espectro mayor, pues se muestra como una forma de proteccionismo regional o de bloques. Sobre este punto Guerra-Borges manifiesta que la regionalización se caracteriza “por un marcado sesgo proteccionista ya que los bloques económicos que se constituyen emprenden una lucha enconada por el liderazgo político, económico, comercial y tecnológico”<sup>37</sup>.

Otras posturas más radicales como la del Economista Paraguayo Cesar Barreto de la Fundación Desarrollo para la Democracia (DENDE) plantean como posibilidad para países pequeños negociar directamente acuerdos de libre comercio en función a sus necesidades puntuales antes de vincularse enteramente a los procesos de integración regional en un mundo cada vez más proteccionista<sup>38</sup>.

Nuestra humilde opinión es que por lo general los países así como los procesos de integración, en mayor o menor medida, tienen algún grado de proteccionismo. Esto es un patrón económico claro, pero

---

36 SERRA Moret, OSSORIO Manuel (2005) Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires: Ediciones Heliasta. “Proteccionismo: (...) Conjunto de medidas adoptadas por un país para favorecer el desarrollo artificial de su riqueza, siendo las más frecuentes el alza de los aranceles de aduanas, las primas a la exportación, la exención de tributos a ciertas industrias o la subvención a determinadas producciones. Se trata de una doctrina económica vinculada con el mercantilismo y opuesta al libre cambio”.

37 GUERRA-BORGES Alfredo (1994) “Regionalización y bloques económicos : tendencias mundiales desde una perspectiva latinoamericana”. *Integración Latinoamericana*, 19 (200), p. 3-14.

38 BARRETO Cesar (2012) “Nuevo escenario en el MERCOSUR. Qué hacemos”. ABC Color [online] 13 de agosto, disponible < <http://www.abc.com.py/edicion-impres/suplementos/empresas-y-negocios/nuevo-escenario-en-el-mercosur-que-hacemos-437855.html>> [consultado en noviembre de 2012].

no por ello es bueno. Las razones esgrimidas son siempre las mismas: defensa nacional o regional, soberanía, autoabastecimiento, seguridad alimentaria, defensa de puestos de trabajo. Pero más allá de la retórica, la protección interna o externa siempre es para beneficiar a ciertos grupos empresariales a costa de los consumidores y, en general, de toda la economía en el largo plazo.

## 7. LOS TÉCNICOS Y LA NECESIDAD DE CONFERIRLES UN ESPACIO

Ya en 1957, tal vez con cierta conciencia o como visionario de la transcendencia de lo que estaba atestiguando, René-Jean Dupuy caracterizó a la Alta Autoridad de la CECA como “le premier exemple historique de l'avènement internationale des technocrates”<sup>39</sup> y relacionaba sus orígenes con las sugerencias de Saint-Simon y Proudhon de “emplear expertos técnicos para promover intereses corporativos ignorando aquellos de los estados”<sup>40</sup>. Sin coincidir en el punto que supone a las corporaciones como beneficiarias sobre los estados no podemos dejar de rescatar la validez que tiene el concepto de que los técnicos tienen la llave del desarrollo comunitario o en su caso integracionista.

Esta concepción, plantea al comercio como punto de partida, hacia políticas macroeconómicas, armonizaciones arancelarias, cooperación económica, moneda común y finalmente en dirección al desarrollo comunitario para luego pasar a otras esferas como el respeto por los principios democráticos, los derechos humanos, políticas de salud, educación e inclusive la lucha conjunta contra flagelos como la corrupción, el hambre y la piratería. Todo ello por medio de un enfoque más técnico y menos político.

## 8. EL COMERCIO Y SU INCIDENCIA INTERREGIONAL

Hemos señalado someramente cual es la significación que tiene el comercio en los procesos de integración en la actualidad. Hemos hecho este trabajo refiriéndonos al fuero interno de estos procesos, lo que se quiere en este pequeño segmento, es trascender la esfera *intra* proceso de integración para pasar a señalar su significación *extra* proceso. Es decir, se busca puntualizar la implicancia “interregional” de la actividad comercial.

Cuando decimos interregional, lo que deseamos es señalar a las relaciones que puedan surgir entre regiones representadas justamente por procesos de integración o procesos comunitarios. Como ejemplo

---

39 “El primer ejemplo histórico de la llegada de los tecnócratas al campo internacional”.

40 DUPUY René-Jean (1958) “L'organisation internationale et l'expression de la volonté generale”. *LX RGDIP* (60), p.564.

podríamos hablar aquí de acuerdos hemisféricos o acuerdos entre la Unión Europea y el MERCOSUR. Siendo en un principio el AMIC<sup>41</sup>, la “Declaración de Río de Janeiro” y las negociaciones preliminares para la liberalización comercial de Bruselas, los principales instrumentos que vincularon política y comercialmente a Europa y el Cono Sur<sup>42</sup>.

Para el arribo de este tipo de vínculos, donde existen aún más variables, el comercio mantiene su vigencia como elemento determinante y como camino hacia el estrechamiento de lazos ya no a una escala regional, sino a una escala hemisférica o inclusive global.

A través de acuerdos interregionales se podría reducir las barreras comerciales entre zonas de importancia económica y geopolítica enormes. Y ello produciría beneficios económicos para las regiones participantes. Constituyéndose en bloques claves para la construcción de acuerdos hemisféricos más amplios en un sistema multilateral abierto a nivel global.

No se pretende igualar a los acuerdos realizados entre países con los acuerdos interregionales. Ni pensarlos como un modelo mayor a escala. Las circunstancias son muy diferentes. No obstante, haciendo las salvedades correspondientes, y teniendo al comercio como eje, se pueden repetir ciertas experiencias integradoras.

*Rudiger Dornbusch* de *The Mont Pelerin Society*, no en vano sostiene que “El regionalismo ofrece la oportunidad de más comercio dentro de la región, aunque posiblemente con algún grado de desviación del comercio. *Todo ello es enteramente compatible con el GATT*. La perspectiva regional no necesariamente causa guerras comerciales entre los bloques competitivos. Por el contrario, puede ser una buena manera de lograr la liberalización multilateral (...). El sistema multilateral y la Ronda de Uruguay son importantes y no deberían ser abandonados o arriesgados. Pero el multilateralismo se mueve a un paso muy lento; la integración regional puede abrir economías más amplia y rápidamente”<sup>43</sup>.

## 9. QUÉ HACER DESPUÉS?

Conviene aclarar aquí algunas cuestiones, el enfoque político de los procesos de integración no es malo, por el contrario, el mismo es imprescindible para dotar de una estructura institucional inicial a los procesos. Sin embargo así como este enfoque “bautiza” a los esfuerzos integradores, el enfoque “técnico-económico” debería “desarrollarlos”, es decir, propiciar su crecimiento.

---

41 AMIC: Acuerdo Marco Interregional de Cooperación.

42 CLASQUIN PIERINI Delphine (2004) “Las relaciones comerciales Unión Europea-Mercosur: una negociación larga y compleja”. *Cuadernos de Época, Serie Integración Económica*, 4, p. 159-208.

43 MARTINO Antonio (1992) *Discussant Comments*. “The Mont Pelerin Society General Meeting”. Vancouver, p. 2.



Ahora bien, una vez que el comercio haya trascendido las fronteras, creando vínculos entre países bajo el fortalecimiento de los procesos de integración. Pero solo cuando por fin la actividad comercial se haya instaurado de forma tal que la relación entre los distintos estados se torne tan estrecha que ya no pueda ser regulada por el mero enfoque comercial, será preciso volver la cabeza “nuevamente” hacia la esfera política para acompañar dicho proceso.

Ya lo refiere el *Carlos F. Molina del Pozo*, catedrático Jean Monnet<sup>44</sup>, que “La Unión Europea es un gigante económico y un enano político al mismo tiempo” señalando la necesidad de acompañar la evolución de la misma con un enfoque nuevamente político.

## 10. CONCLUSIONES

Los procesos de integración, en su etapa de desarrollo, deben ser regidos en mayor medida por contemplaciones económicas que por coyunturas políticas. Ya lo señalaba el profesor *Paul Krugman* al decir que “La verdadera objeción (a los bloques económicos) es de orden político”.

Es prioritario comprender que en lugar de tratar a la economía a través de la política, se debe tratar a los problemas políticos, a través de soluciones económicas

El comercio no es solo el responsable de los procesos de integración contemporáneos sino que es su finalidad por excelencia y al mismo tiempo debería ser su principal herramienta de desarrollo regional, en primera instancia, y desarrollo global, eventualmente.

Ahora bien, el matiz comercial, al ser rebasado en la agenda de la experiencia integradora, no por ello deja de tener una rol determinante, lo que se quiso con este trabajo es “re-significar” su función dentro del desarrollo integracionista y/o comunitario, señalando expresamente la necesidad de que estos menesteres comerciales sean abordados con un enfoque más técnico y menos politizado.

Todo proceso, sea comunitario o sea integracionista, supone una constante construcción que debe responder a un inmenso cúmulo de variables, en esta inteligencia y para concluir, suscribimos la siguiente reflexión, que si bien fue pensada en el contexto de la formación de la hoy Unión Europea, goza de una enorme vigencia y es aplicable a todas las empresas integracionistas por encontrarse estas, en constante creación.

---

44 Comisión Europea. Instituciones. Las Cátedras Jean Monnet son cátedras universitarias otorgadas por la Comisión Europea en el marco del programa Jean Monnet. Su objetivo es reforzar la docencia y la investigación sobre la integración europea en las universidades, tanto de los Estados miembros de la Unión Europea como de otros países. El nombre hace honor a Jean Monnet, político francés que, como asesor de Robert Schuman, contribuyó decisivamente a poner los cimientos de las Comunidades Europeas.



La idea en cuestión es atribuida a *Monnet* y reza lo siguiente: “Prever la forma final de la Comunidad Europea hoy, cuando hemos querido que fuera una especie de proceso de cambio, es una contradicción. Anticipar los resultados bloquea el espíritu de invención”<sup>45</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARILLA PÁEZ Rocío (2004). “Antecedentes del Mercosur”. *Cuadernos de Época Comercio Comunitario II*, p. 107.
- BARRETO Cesar (2012) “Nuevo escenario en el MERCOSUR. Qué hacemos”. *ABC Color*. [online] 13 de agosto, disponible <<http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/empresas-y-negocios/nuevo-escenario-en-el-mercosur-que-hacemos-437855.html>> [consultado en noviembre de 2012].
- BAUDENBACHER Carl (2004) “Judicialization: Can the European model be exported to other parts of the world?” *Texas International Law Journal*, 39(381).
- BENEGAS LYNCH Alberto y KRAUSE Martín (1994) “El libre comercio y los acuerdos de integración regional. Proyectos para una sociedad abierta, informe N° 9”. *Libertas* 11(21).
- BOUZAS Roberto (1996) “El regionalismo en el hemisferio occidental: NAFTA, MERCOSUR y después”. *Desarrollo Económico*, 36(número especial).
- BRINKLEY Douglas y HACKETT Clifford (eds.) (1991) *Jean Monnet: The Path to European Unity*. Basingstoke: Macmillan.
- CLASQUIN PIÉRINI Delphine (2004) “Las relaciones comerciales Unión Europea-Mercosur: una negociación larga y compleja”. *Cuadernos de Época, Serie Integración Económica*, 4, p. 159-208.
- DUPUY René-Jean (1958) “L’organisation internationale et l’expression de la volonté generale”. *LX RGDIP* (60), p.564.
- GUERRA-BORGES Alfredo (1994) “Regionalización y bloques económicos : tendencias mundiales desde una perspectiva latinoamericana”. *Integración Latinoamericana*, 19 (200), p. 3-14.
- HAKIM Peter (1998) “The FTAA and the Future of Regional Cooperation”. *Revista Jurídica Temas del Mercosur*, (4), pp. 79-83.
- KOSKENNIEMI Marti (2005). *El discreto civilizador de Naciones*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 2005.
- LACARTE MURÓ Julio A. (1994) *Ronda Uruguay del GATT. La globalización del Comercio Mundial*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- MARTINO Antonio (1992) *Discussant Comments*. “The Mont Pelerin Society General Meeting”. Vancouver, p. 2.
- OPPENHEIMER Andrés (2010) *¡Basta de Historias!*. Buenos Aires:

---

45 BRINKLEY Douglas y HACKETT Clifford (eds.) (1991) *Jean Monnet: The Path to European Unity*. Basingstoke: Macmillan, p. 55.

Editorial Sudamericana.

PINTO Mónica, BARREIROS Lucas E., LAVOPA Federico, RICART Luciana T. y TURYN Alejandro (comps.) (2009) *Las Fuentes del derecho internacional en la era de la globalización*. Buenos Aires: EUDEBA.

PIZZOLO Calogero (2010) *Derecho e integración regional - CAN, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires: Ediar. 2010.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001) *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed. Madrid: Espasa Libros.

RÉMES LENICOV Jorge (1998). "Algunas ideas para una difícil transición". *Revista Jurídica Temas del Mercosur*, (5).

REUTER Paul (1952) "Le plan Schuman". 81 RdC, 1952/11, pp. 531-537.

ROUSSEAU Charles (1996) *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ediciones Ariel.

RUIZ DIAZ LABRANO Roberto (1998) *Mercosur. integración y derecho*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.

SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA (2009) *Comunidad Andina: ¿Cómo funciona el Sistema Andino de Integración?*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina.

SERRA Moret, OSSORIO Manuel (2005) *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Ediciones Heliasta.

WARREN BARTLEY III Willian (1194) "Desaparecen las fronteras. América en la comunidad mundial". *Libertas*, 11(21).



# O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ACERCA DOS CASAMENTOS E PARCERIAS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO CONTEXTO DO MERCOSUL

## EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACERCA DE LOS CASAMIENTOS Y UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN EL CONTEXTO DEL MERCOSUR

*Bruno Rodrigues de Almeida\**

**Resumo:** O presente trabalho aborda certos aspectos do Direito Internacional Privado aplicáveis às projeções intersistemáticas dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do Mercosul, tendo em vista que três dos cinco Estados-Partes do Tratado de Assunção (Argentina, Brasil e Uruguai) já efetivamente regulamentam efeitos jurídicos às parcerias entre os indivíduos do mesmo gênero. O objetivo deste estudo é demonstrar como a aplicação da lei material estrangeira e a cooperação jurídica internacional podem significar a proteção da dignidade humana e do direito fundamental à liberdade de orientação sexual no cenário mercosulino.

**Resumen:** El presente trabajo aborda ciertos aspectos del Derecho Internacional Privado aplicables a las proyecciones inter-sistemáticas de los casamientos y uniones entre personas del mismo sexo en el contexto del Mercosur, teniendo en vista que tres de los cinco Estados Parte del Tratado de Asunción (Argentina, Brasil y Uruguay) ya efectivamente reglamentaron efectos jurídicos para las uniones entre individuos del mismo género. El objetivo de este estudio es demostrar cómo la aplicación de la ley material extranjera y la cooperación jurídica internacional pueden significar la protección de la dignidad humana y del derecho fundamental a la libertad de orientación sexual en el escenario mercosureño.

**Palavras-chave:** Casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo,

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Civil e Direito Internacional Privado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas do Instituto Multidisciplinar da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Membro da ASADIP. Advogado. Contato: bruno\_almeida@panoramaofbrazilianlaw.com

Mercosul, Direito Internacional Privado, Cooperação jurídica internacional  
**Palabras clave:** Casamientos y uniones entre personas del mismo sexo, Mercosur, Derecho Internacional Privado, Cooperación jurídica internacional

---

## 1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento legal do relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo ainda é deveras polêmico, fruto das evoluções alcançadas com a consagração do direito fundamental de respeito à identidade individual que é constituída por elementos diversos como a língua, a religião, a expressão artística e o estilo de vida – assim reconhecidos pela Comissão para a Proteção dos Direitos do Homem<sup>1</sup>.

No entanto, ainda hoje, o quadro histórico da repressão institucionalizada e da perseguição estatal aos homossexuais se apresenta como uma incômoda realidade, especialmente pela manutenção da criminalização do estilo de vida (inclusive com aplicação de penas capitais) e nas práticas discriminatórias verificadas nos ordenamentos de muitos Estados soberanos<sup>2</sup>.

Destarte, há cerca de 25 anos, o Direito Comparado vem constatando que casamentos, uniões civis, parcerias registradas, acordos de parceria e demais formas de coabitação entre pessoas do mesmo sexo já são admitidos nos ordenamentos jurídicos mais progressistas, o que denota um contínuo processo de superação institucional da marginalidade jurídica dos indivíduos de orientação homossexual<sup>3</sup>.

Em cada ordenamento, este processo tem início com a descriminalização do estilo de vida e deve perpassar pela garantia efetiva da igualdade formal e material dos homossexuais perante as instituições sociais, inclusive por meio do reconhecimento do direito à vida afetiva e familiar a fim de tornar factível a liberdade fundamental à orientação sexual.

Não obstante, é preciso desde já reconhecer que, apesar de representar um efetivo avanço na afirmação dos direitos dos homossexuais enquanto minoria, a tutela legal dos relacionamentos

---

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

2 FRASER Nancy (2008) “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça”. In: SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela e PIOVEZAN Flávia (org.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 173.

3 NARAYAN Pratima (2006) “Somewhere over the rainbow: International Human Rights Protections for sexual minorities in the new millennium”. *Boston University International Law Journal*, 24, p. 316-317.

homoafetivos<sup>4</sup> ainda representa honrosas exceções à dura realidade mundial de descaso, preconceito, discriminação, violência e perseguição por grande parte dos ordenamentos jurídicos do planeta<sup>5</sup>.

Passados muitos anos desde as últimas grandes mudanças nas regras gerais de Direito Internacional Privado de países como Brasil, Argentina e Uruguai, por exemplo, não é raro encontrar na doutrina manifestações em favor de atualização mais abrangente na legislação referente às regras de conexão propriamente ditas.

No aspecto específico do Direito Internacional Privado, mesmo nos países que passaram a admitir o casamento e/ou as parcerias entre as pessoas do mesmo sexo, as regras de Direito Internacional Privado ainda não se encontram adaptadas à nova realidade jurídico-social.

Com efeito, a necessidade por reformas legislativas mais focadas na compatibilização das especificidades do Direito Internacional Privado contemporâneo e a sua inter-relação com as alterações do direito interno (como nas áreas de família e as regras relativas às sucessões) são defendidas também por importantes autores da doutrina do DIP do Brasil<sup>6</sup> e na América do Sul<sup>7</sup>.

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL NO CONTINENTE AMERICANO**

Ressalte-se ainda que os Estados-Partes do Mercosul, além de membros integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) são também todos ratificantes do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e também da Convenção Interamericana

---

4 A expressão *homoafetividade* constitui um neologismo cunhado pela autora Maria Berenice Dias, (Desembargadora do TJ-RS e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro do Direito de Família) para designar o relacionamento amoroso estável e duradouro entre indivíduos do mesmo sexo. Conferir DIAS Maria Berenice (2012) *União homoafetiva: uma realidade que o Brasil insiste em não ver*. Palestra proferida no Curso de Extensão em Direito Civil – Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente, de acordo com o novo Código Civil, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa, com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na data de 16.10.2002, em Brasília-DF. Texto Disponibilizado para consulta pública no site <www.mariaberenedias.com.br> último acesso em 04/07/2011.

5 BOELE-WOELKI Katarina (2007) “The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union”. *Tulane Law Review*, (82), p. 1951.

6 ARAUJO Nadia de, VARGAS Daniela Trejos (2011) “Regime de Bens no Direito Internacional Privado Brasileiro e seus efeitos na sucessão: análise do RESP 123.633 do STJ”. In: DELOLMO Florisbal, KAKU William Smith, SUSKI Liana Maria Feix. *Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ Editora, p. 52. No mesmo sentido, JATHAY Vera Maria Barreira (2006) “Novos rumos do Direito Internacional Privado. Um exemplo: A adoção internacional”. In: BARROSO Luís Roberto, TIBURCIO Carmen (org.) *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p.844.

7 ARROYO FERNÁNDEZ Diego P. (2006) “Quais as novidades no Direito Internacional Privado Latino-Americano?” *Revista de Direito do Estado*, (3), p. 258-261.



de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), além de aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que corrobora a argumentação jurídica no sentido de que a integração almejada pelas Altas Partes Contratantes no Tratado de Assunção deve contemplar o respeito aos direitos humanos.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU reconheceu recentemente (no caso *Schalk & Kopf vs. Austria*) que se os Estados ainda não estão obrigados a estabelecer um esquema de tutela legal dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo (seja pela neutralidade matrimonial de gênero ou sistema alternativo de registro), a proibição da discriminação por conta da orientação sexual do direito à vida familiar impõe que a mesma proteção jurídica eventualmente oferecida aos casais heterossexuais não casados seja estendida aos casais do mesmo sexo<sup>8</sup>.

Na sentença do caso *Atala Riffo y Ninãs vs. Chile*, prolatada em 24 de fevereiro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a decisão do Poder Judiciário chileno que retirou a guarda das filhas menores – com justificativa na alegada inidoneidade moral da mãe por conta da sua orientação homossexual – efetivamente violou uma série de princípios insertos na Carta Interamericana de Direitos Humanos tais como o direito à honra e à dignidade, o direito à igualdade e a não discriminação por conta da orientação sexual, o direito à proteção da vida privada e da vida familiar, assim como o direito das crianças em serem devidamente ouvidas nos assuntos da vida familiar que lhes interessem diretamente e outras garantias processuais. Reconheceu também, com base nos julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos, que o direito à vida familiar não pode sofrer ingerências arbitrárias das autoridades estatais por conta da orientação sexual do indivíduo<sup>9</sup>.

Portanto, conforme se verá adiante, há farto arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o direito à liberdade de orientação sexual é um direito humano e, como tal, seu exercício deve ser assegurado e garantido pelos Estados-Partes do Mercosul, como forma de alcançar os objetivos traçados no Tratado de Assunção.

### 3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CENÁRIOS JURÍDICOS INTERNOS DOS ESTADOS-PARTES

Muito embora o presente trabalho não pretenda realizar um estudo propriamente técnico de Direito Comparado sobre o tema dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no contexto do Mercosul, há que se recorrer à metodologia da legislação comparada como ferramenta inicial para a construção da abordagem almejada.

---

<sup>8</sup> Caso n° 30141/2004. Julgado em 24/06/2010. A partir de 1° de janeiro do mesmo ano entrou em vigor o Estatuto Austríaco das Parcerias Registradas.

<sup>9</sup> Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Sentença de 24 de Fevereiro de 2012, n°3.

Nesse sentido, Rudolf Schlesinger defende a importância do estudo do Direito Comparado, na medida em que a pesquisa científica bem direcionada fornece ao jurista uma visão que transcende o mero somatório dos diversos cenários nacionais<sup>10</sup>, constituindo-se numa verdadeira ferramenta para análise dos problemas jurídicos contemporâneos<sup>11</sup>.

Isto porque o Direito Internacional Privado é o conjunto atemporal das regras de sobredireito cujo ponto de partida filosófico e institucional reside justamente na diversidade das disposições normativas que gravitam ao redor do elemento jurídico de estraneidade, a diferença entre os comandos legislativos nacionais e estrangeiros representa a situação inicial *necessária* para que as regras de conexão possam funcionar<sup>12</sup>.

Assim, conforme ensina Werner Goldschmidt, o DIP é a especialidade do Direito Privado que contempla os casos marcados por elementos estrangeiros, motivo pelo qual a boa doutrina defende que o estudo dessa disciplina requer também a compreensão do direito estrangeiro materialmente diverso do ordenamento interno, potencialmente aplicável ao caso por força das regras de conexão do foro<sup>13</sup>.

Por sua vez, Marilda Rosado afirma, com base nas lições de Jacob Dolinger, que o método comparatista enriquece imensamente o Direito Internacional Privado, conferindo-lhe uma dimensão aberta e verdadeiramente pluralista<sup>14</sup>.

Dessa forma, com vistas a tecer comentários acerca das projeções dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no Direito Internacional Privado é preciso esquadriñar o cenário jurídico encontrado nos Estados-partes do Mercosul.

### **Argentina (2010)**

A Argentina foi o primeiro país do bloco a efetivamente reconhecer efeitos jurídicos aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, ainda que de maneira meramente localizada, inicialmente.

Devido à sua organização política específica, algumas jurisdições

---

10 SCHLESINGER Rudolf B. (1998) *Comparative Law*. 6th ed. New York: Foundation Press, p. 23.

11 COTTERRELL Roger (2007) "Is it so bad to be different?". In: ÖRÜCÜ Esin, NELKEN David (eds.) *Comparative law: a handbook*. Portland: Hart Publish, p. 133.

12 DOLINGER Jacob (2012) *Direito Internacional Privado Parte Geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 157.

13 GOLDSCHMIDT Werner (1974) *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*. Buenos Aires: Editorial El Derecho, p. 87.

14 ROSADO Marilda (2006) "Importância do Direito Comparado". In: BARROSO Luís Roberto, TIBURCIO Carmen. *O Direito Internacional Contemporâneo - Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 679-692.

dispõem de autonomia suficiente para legislar em matéria de direito de família no âmbito local, motivo por que na cidade autônoma de Buenos Aires admitia, desde 2002, o registro da parceria civil entre quaisquer duas pessoas capazes sem vínculo de parentesco, independentemente do sexo<sup>15</sup>.

Outras localidades como a Província de Rio Negro (2003), as cidades de Villa Carlos Paz (2007)<sup>16</sup> e Rio Cuarto (2009)<sup>17</sup> também regulamentaram modalidades locais de parcerias que incluíam os casais do mesmo sexo.

Não obstante o registro da parceria civil, os direitos ali regulamentados eram notadamente limitados quando comparados com a situação jurídica dos cônjuges, no tocante aos direitos sucessórios, adoção conjunta, benefícios previdenciários, dentre outros<sup>18</sup>.

A modificação desse quadro fora impulsionada por uma série de decisões judiciais que determinavam a extensão dos direitos dos cônjuges aos companheiros, o que paulatinamente provocou uma mudança na política do governo federal argentino: além de leis que tutelando benefícios trabalhistas para os companheiros do mesmo sexo em certas carreiras, em 2008 passou a admitir a coabitação informal entre pessoas do mesmo sexo em âmbito nacional, para fins de concessão dos benefícios previdenciários<sup>19</sup>.

Durante os debates políticos em torno da extensão do casamento aos indivíduos do mesmo sexo, em novembro de 2009, houve decisão do juízo de Buenos Aires determinando a realização do casamento civil entre dois homens por considerar o requisito da diversidade de gêneros como sendo discriminatório e ilegal<sup>20</sup>.

Seguiu-se assim a proliferação de novos casos em diferentes localidades argentinas além da sucessão de decisões contraditórias entre os diferentes órgãos daquele Poder Judiciário, até que a superação da polêmica ocorreu pelo advento da Lei nº 26.618 de 21 de julho de 2010<sup>21</sup>.

Verifica-se, portanto, que, diferentemente do ocorrido em outros países da porção setentrional do continente americano, o movimento em prol da equiparação dos direitos dos homossexuais na Argentina, embora inicialmente impulsionado pelo recurso aos Tribunais, só foi

---

15 <http://web.archive.org/web/20070928135630/http://www.buenosairesherald.com/argentina/note.jsp?idContent=1031&Key=ARGENTINA>. Acesso em 28/11/2011.

16 <http://edant.clarin.com/diario/2007/11/23/um/m-01547228.htm>. Acesso em 28/11/2011.

17 <http://archivo.lavoz.com.ar/09/05/07/Rio-Cuarto-aprueban-union-civil-parejas-gays.html>. Acesso em 28/11/2011.

18 <http://web.archive.org/web/20051210062004/http://www.actwin.com/eatonohio/gay/world.htm>. Acesso em 28/11/2011.

19 <http://edition.cnn.com/2008/WORLD/americas/08/19/argentina.gay/>. Acesso em 28/11/2011.

20 <http://www.ontopmag.com/article.aspx?id=4863&MediaType=1&Category=24>. Acesso em 28/11/2011.

21 UNZELMAN Allen C. (2011) "Latin America Update: the development of same-sex marriage and adoption laws in Mexico and Latin America". *Law and Business Review of the Americas*, 17, p.136.

efetivamente alcançado com a promulgação de uma legislação com abrangência nacional que instituiu a neutralidade de gênero no instituto do matrimônio civil.

### **Brasil (2011)**

A admissibilidade das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo na Carta Constitucional de 1988 foi reconhecida por meio da decisão unânime do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, de 5 de maio de 2011.

No entanto, os desdobramentos do referido acórdão nas instâncias judiciais e administrativas permitiram um avanço ainda mais significativo, resultando na possibilidade da celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio da convolação das uniões civis preexistentes, ou mesmo por força da expedição direta de habilitação para o matrimônio pelas autoridades notariais.

Antes disso, porém, na esteira dos demais países oriundos da tradição romano-germânica do Direito, o modelo familiar erigido no ordenamento brasileiro era exclusivamente formalista e matrimonial, relegando à marginalidade quaisquer outras formas de relacionamento que não aqueles advindos do casamento legítimo.

No entanto, a ampliação constitucional do conceito jurídico de família provocou reverberação em diversos setores da sociedade brasileira, que passaram então a reivindicar a legitimação de outros modelos existenciais, dentre os quais destacamos a união afetiva entre indivíduos do mesmo sexo. Maria Celina Bodin de Moraes apontava, já no início da década passada, tentativas de regulamentar a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo (na esfera legislativa e na jurisprudência de alguns tribunais), ainda que fora da seara própria do direito de família<sup>22</sup>.

Não é de se estranhar que a interpretação do alcance e sentido dos referidos dispositivos tenham se tornado motivo de grande polêmica doutrinária e jurisprudencial no tocante à possibilidade do reconhecimento de *entidade familiar*, nomeadamente a união estável, no caso de relacionamento duradouro, público, com ânimo de constituir família, estabelecido entre duas pessoas do mesmo sexo.

Defendendo posição mais conservadora, havia quem afirmasse a inconstitucionalidade de uma união estável entre pessoas do mesmo sexo, na medida em que tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil tratam o instituto como sendo aquela união estabelecida entre homem e mulher. Dessa forma, muito embora a igualdade dos sexos não fosse propriamente um impedimento matrimonial (cuja consequência poderia ser a invalidade do ato), sua inobservância violaria requisito

---

22 MORAES Maria Celina Bodin de (2000) "A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional". *Revista Trimestral de Direito Civil*, 1, p. 93.

da própria existência jurídica (cuja desobediência resultaria em prática irrelevante para o Direito)<sup>23</sup>.

A doutrina favorável ao reconhecimento dos direitos civis dos homossexuais à proteção estatal de sua dignidade e estilo de vida apresentava teses jurídicas distintas para defender o caráter de direito de família dos relacionamentos homoafetivos.

De um lado apesar de sensibilizados pelas injustiças praticadas ao longo de décadas de invisibilidade jurídica, havia autores entendendo que, muito embora a jurisprudência devesse reconhecer direitos aos indivíduos envolvidos em relacionamentos homoafetivos, os parâmetros constitucionais em matéria do direito de família, mesmo com as reformas introduzidas pela Carta Política de 1988, permaneciam herméticos. A proteção jurídica da parceria entre pessoas do mesmo sexo seria alcançada por outros ramos do direito civil<sup>24</sup>.

Outra corrente de juristas defendia que o conceito constitucional de família poderia de imediato alcançar também àquelas entidades formadas entre parceiros do mesmo sexo<sup>25</sup>. Constitucionalistas como Luís Roberto Barroso<sup>26</sup> e Daniel Sarmento<sup>27</sup> defendiam a tese segundo a qual o não reconhecimento dos relacionamentos homoafetivos como entidade familiar com efeitos análogos aos da união estável implicaria em vilipêndio aos valores insculpidos na Carta de Direitos de 1988.

Dê-se destaque ainda para uma posição intermediária entre os dois postulados anteriores<sup>28</sup>, entendendo assim que, embora a tutela jurídica do relacionamento homoafetivo esteja implicitamente contida

---

23 GONÇALVES Carlos Roberto (2007) *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, p. 544. Observe-se que a pesquisa elaborada tem por escopo arguir os fundamentos jurídicos, não sendo pertinente ao trabalho a análise de argumentos de ordem religiosa ou meramente interna.

24 GAMA Guilherme Calmon Nogueira da (2000) “A união civil entre pessoas do mesmo sexo”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2, p.168-177. No mesmo sentido, DINIZ Maria Helena (2006) *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, p. 368.

25 DIAS Maria Berenice. *Unões homoafetivas: uma realidade que o Brasil insiste em não ver*. Palestra proferida no Curso de Extensão em Direito Civil – Direito de Família, Sucessões, Criança e Adolescente, de acordo com o novo Código Civil, promovido pelo Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa, com o apoio do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na data de 16.10.2002, em Brasília-DF. Texto Disponibilizado para consulta pública no site [www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br) último acesso em 04/07/2011. No mesmo sentido conferir, dentre outros, FACHIN Luiz Edson (1999) *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar; FONTANELLA Patrícia (2006) *União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico*. Florianópolis: OAB/SC Editora; FUGIE Érika Harumi (2002) “A União homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do art. 226, §3º da CF?”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, (15).

26 BARROSO Luís Roberto (2008) “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. In: SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela e PIOVEZAN Flávia (orgs.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.661-693.

27 SARMENTO Daniel (2008) “Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais”. In: SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela e PIOVEZAN Flávia (orgs.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 619-660.

28 MORAES Maria Celina Bodin de (2000). “A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 1, p. 109-112.

nos mandamentos constitucionais, inclusive na seara do direito de família, seria necessária regulação por meio da legislação ordinária a fim de se estabelecer os limites desses efeitos, não podendo haver equiparação automática entre os institutos do casamento e da união estável às parcerias homoafetivas<sup>29</sup>.

Muito embora já houvesse decisões conferindo direitos aos casais do mesmo sexo em outras áreas do Direito, o cenário jurídico brasileiro tem como marco fundamental a decisão proferida na ADI nº 4.277 em 05 de maio de 2011, pois ali a Suprema Corte Brasileira reconheceu, de maneira unânime, a constitucionalidade e o caráter familiar das parcerias entre pessoas mesmo sexo<sup>30</sup>.

Dessa forma, o STF julgou procedentes os pedidos, optando pela interpretação do art. 226 da CF e do art. 1723 do Código Civil que admitem como união estável a relação estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo que preencha todos os demais requisitos, em harmonia com os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

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

Há projetos de lei tramitando no Poder Legislativo brasileiro tanto no sentido de permitir o casamento igualitário, como de proibi-lo. Ao mesmo tempo, surgiram diferentes decisões nos Estados-membros da Federação acerca da total extensão das regras constitucionais da união estável às pessoas do mesmo sexo. Por fim, destaque-se a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça que determina aos cartórios brasileiros regulamentarem os procedimentos para a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, além da habilitação direta para o casamento para os casais de orientação homossexual<sup>31</sup>.

Portanto, no Brasil, as relações entre duas pessoas do mesmo sexo foram inicialmente admitidas pela Suprema Corte como uniões ou parcerias civis. Porém, até que sobrevenha regulamentação específica ou mesmo uma nova decisão do Supremo Tribunal Federal

---

29 Mesmo antes de 2011, já se verificava quanto a este aspecto a evolução no pensamento de certos autores, seguindo o exemplo de GAMA Guilherme Calmon Nogueira da (2008) *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, p. 155-162.

30 STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Publicado no DJU 14/10/2011, p.341.

31 ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2013) "The Shakespearan Rose blossoms down the Equator: reflections upon Brazilian Supreme Court's decision recognizing the constitutionality of same-sex civil unions". *Panorama Brazilian Law*. 1(1), p. 101-118.



sobre a completa equiparação entre as uniões civis formadas por homem e mulher e aquelas compostas por pessoas do mesmo sexo, têm-se admitido por meio das decisões judiciais e dos regulamentos administrativos cartoriais tanto a convolação em casamento como a habilitação matrimonial para os casais do mesmo sexo.

### Uruguai (2013)

O Uruguai foi o primeiro país da América Latina a regular a união civil entre pessoas do mesmo sexo no âmbito nacional, por meio da Lei da União Concubinária (n° 18.246 de 10 de janeiro de 2008)<sup>32</sup>.

Pelo disposto no artigo 2° da referida norma, quaisquer duas pessoas capazes, (independentemente do sexo) não casadas ou ligadas por vínculos de parentesco, que mantenham relacionamento afetivo estável, de índole sexual monogâmica por um período mínimo de 5 anos, poderão registrar a sua parceria perante a autoridade competente a fim de fazer jus aos direitos concedidos aos cônjuges (ou promover a ação objetivando o reconhecimento judicial da união estável)<sup>33</sup>.

Não obstante à previsão legal de igualdade, reformas legislativas no ano de 2009 asseguraram aos casais do mesmo sexo o direito à adoção conjunta de crianças.

A eficácia jurídica da Lei n° 19.075 de 03 de maio de 2013, que instituiu a neutralidade matrimonial de gênero no ordenamento uruguaio, teve início a partir do dia 05 de agosto de 2013. Assim, tornou-se possível aos casais do mesmo sexo a união pelo vínculo da união concubinária (parceria civil) ou mesmo pelo casamento.

Cumpra destacar ainda que, mesmo antes do casamento civil igualitário no ordenamento jurídico uruguaio, tem-se notícia que este já efetivamente reconhecia a plena eficácia interna de casamentos celebrados no exterior entre pessoas do mesmo sexo<sup>34</sup>.

### Paraguai e Venezuela

O cenário jurídico nestes dois Estados-partes é significativamente distinto daqueles descritos anteriormente.

---

32 <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246&Anchor=>. Acesso em 28/08/2013.

33 UNZELMAN Allen C. (2011) "Latin America Update: the development of same-sex marriage and adoption laws in Mexico and Latin America". *Law and Business Review of the Americas*, 17, p. 138.

34 Conforme o Juzgado Letrado de Familia del 27° Turno, Resolución n° 19.40 de 5 de Junio de 2012. ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2012) *Os efeitos transnacionais dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo: dignidade, pluralismo e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese de doutorado em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ. Orientadora: Prof. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, p. 171.



Da análise do direito positivo nesses países, destaca-se inicialmente que tanto o art. 51 da Constituição do Paraguai (de 1992)<sup>35</sup> como o art. 77 da Constituição da Venezuela (de 1999)<sup>36</sup> preveem o matrimônio e as uniões de fato apenas para os casais formados por homem e mulher.

No Paraguai, apesar do teor do artigo 51 da Carta Política de 1992 ser também muito semelhante àquela verificada no art. 226 da Constituição Brasileira de 1988 (reconhecimento tanto do casamento como da união estável entre o homem e a mulher)<sup>37</sup> verifica-se a menor intensidade das campanhas políticas em prol da efetivação da liberdade de orientação sexual, seja no sentido da implementação de reformas legislativas, ou mesmo o oferecimento de ações judiciais pleiteando interpretação da referida norma como não proibitiva do reconhecimento legal das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Na Venezuela, a Suprema Corte já se manifestou, por maioria, no sentido de que a redação do art. 77 não colide com o art. 21<sup>38</sup> daquela mesma Carta por não ser discriminatório ao regular o casamento e as uniões de fato apenas para homem e mulher, tendo prevalecido o entendimento de que caberia somente ao Poder Legislativo atuar no sentido de estender os direitos legalmente estabelecidos para cônjuges e companheiros aos parceiros do mesmo sexo<sup>39</sup>.

---

35 *“La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges.*

*Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”.*

36 *“Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”.*

37 *Artículo 51 - La ley establecerá las formalidades para la celebración del matrimonio entre el hombre y la mujer, los requisitos para contraerlo, las causas de separación, de disolución y sus efectos, así como el régimen de administración de bienes y otros derechos y obligaciones entre cónyuges.*

*Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley.*

38 *Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:*

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias.

39 *Decisão prolatada em 28 de fevereiro de 2007 disponível em <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/190-280208-03-2630.htm>. Último acesso em 13/10/2013.*

Desde 2009, está em trâmite na Assembleia Nacional daquele país projeto de reforma do Código Civil a fim de permitir que os casais do mesmo sexo possam ter acesso aos direitos previstos para as uniões civis<sup>40</sup>. Outras propostas que buscam instituir a neutralidade matrimonial de gênero no ordenamento venezuelano foram apresentadas à Comissão de Reforma do Código Civil em 22 de maio de 2013<sup>41</sup>.

#### **4. O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO, A MOBILIDADE E A DIGNIDADE**

Por esta breve análise dos marcos regulatórios dos Estados-Membros do Mercosul pode-se perceber que dentre os cinco integrantes desse bloco de integração, três são aqueles que efetivamente reconhecem as uniões entre pessoas do mesmo sexo como forma legítima de constituição da família.

Com isso, no Brasil e no Uruguai, é possível aos casais (independentemente do sexo) escolher entre a parceria civil ou o casamento, ao passo que a legislação federal argentina permite o casamento neutro em gênero em todo o território.

Paralelamente, no Paraguai e na Venezuela, até que sobrevenha reforma legislativa ou judiciária, os indivíduos de orientação homossexual ainda se encontram alijados destes direitos na ordem jurídica interna.

Entretanto, tendo em vista que os mesmos entes soberanos resolveram estabelecer um Mercado Comum, a harmonização das respectivas ordens jurídicas internas deve atender às necessidades intrínsecas à referida forma de integração, ou seja, garantir que as grandes liberdades de circulação dos fatores de produção sejam efetivamente alcançadas.

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

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

---

40 <http://www.pinknews.co.uk/2009/07/21/venezuelan-government-moves-to-establish-greater-lgbt-rights/>. Último acesso em 13/10/2013.

41 <http://eltiempo.com.ve/venezuela/leyes/en-busca-del-matrimonio-gay-en-venezuela/92929>. Último acesso em 13/10/2013.

nas relações transfronteiriças: homem ou mulher, adulto ou criança, nacional ou estrangeiro, consumidor ou fornecedor, em todas as possíveis implicações jurídicas plurilocalizadas.

Pode-se vislumbrar uma releitura contemporânea do conteúdo da disciplina a partir de sua vocação dinâmica, a fim de estudar os fenômenos jurídicos acarretados pelos diversos fluxos sociais contemporâneos<sup>42</sup>.

Num primeiro momento, temos o nível direto de operação do Direito Internacional Privado, que se verifica a partir dos resultados obtidos por meio da utilização das regras de conexão determinadas em cada ordenamento<sup>43</sup>. Assim, por exemplo, temos que o estatuto pessoal (conjunto de relações jurídicas relativas ao estado, à capacidade do indivíduo e os direitos de família) pode ser regulado pela lei da nacionalidade do indivíduo (*lex patriae*), ou aquela do seu domicílio (*lex domicilii*), a regra da sua religião, ou ainda a lei do país de sua residência habitual ou permanente<sup>44</sup>.

Entretanto, as regras de conexão aplicáveis aos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo merecem considerações especiais, pois, tendo em vista que o reconhecimento legal dos relacionamentos homoafetivos consiste em fenômeno ainda bastante recente, seus percussores (o crescente, porém ainda pequeno grupo de Estados que os admitem) foram cautelosos na regulamentação das regras de conexão aplicáveis nos referidos casos, porque o direito material da grande maioria dos países ainda não reconhece tais situações<sup>45</sup>.

Tal situação é distinta do que ocorre nos casos de se reconhecer a eficácia no território nacional de uma situação jurídica devidamente celebrada e consolidada sob a égide de outros ordenamentos.

Em virtude da soberania territorial, cada Estado tem a prerrogativa de decidir sobre a eficácia interna dos atos jurídicos praticados alhures, a autoridade competente local se utilizará das normas de Direito Internacional Privado para analisar o regular exercício de sua jurisdição bem como a lei aplicável para reconhecer os efeitos daquele relacionamento<sup>46</sup>.

---

42 RIBEIRO Marilda Rosado de Sá, ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2011) “A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, 1, p. 1-39.

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

44 DOLINGER Jacob (2012) *Direito Internacional Privado Parte Geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 297 e 330.

45 JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit (2003) “Registered Partnership in Private International Law: Scandinavian Approach”. In: BOELE-WOËLKI Katharina, FUCHS Angelika (edits) *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antuérpia: Intersentia, p. 137.

46 D'AMATO Anthony D. (1995) “Conflict of laws rules and Interstate recognition of same-sex marriages”. *University of Illinois Law Review*, 4, p. 913.

Explique-se que a eventual necessidade de reconhecimento intersistemático das formas de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo é um sucedâneo da crescente mobilidade e do incremento da internacionalização das relações familiares, podendo ocorrer em diferentes casos como: registro perante autoridades locais dos atos praticados no exterior, as demandas referentes à validade dos mesmos, aquelas requerendo a concessão de direitos gerados por aquele status jurídico (estado civil, filiação, dever de sustento dos filhos, direitos trabalhistas, benefícios previdenciários, direitos sucessórios, etc...) e até mesmo nos casos em que a prestação jurisdicional é requerida com vistas ao término daquele vínculo (dissolução da parceria ou o divórcio)<sup>47</sup>.

Redimensionando os problemas para a realidade interna do Mercosul, seria de se perguntar se poderia a autoridade uruguaia autorizar naquele território a celebração de casamento entre brasileiro e venezuelano, ou como o juiz brasileiro resolveria a questão acerca da falta de outorga do cônjuge do mesmo sexo do alienante domiciliado em Buenos Aires relativamente ao contrato de um contrato de compra e venda (realizado em Montevideú) de um imóvel situado em São Paulo, cuja propriedade é exclusiva do cônjuge alienante.

Da mesma forma, como o juiz argentino enfrentaria a questão de uma sucessão aberta naquele país dos bens deixados por um paraguaio domiciliado em Córdoba estando o autor da herança casado com um brasileiro à época da sua morte? Ou ainda, a hipótese da concessão de eficácia, no território do Paraguai ou da Venezuela, do acordo de partilha amigável homologado no divórcio concedido por autoridade judiciária uruguaia no casamento celebrado na Argentina entre uma venezuelana e uma paraguaia.

Torna-se necessário, assim, tecer considerações sobre a gênese e a aplicação das regras de Direito Internacional Privado dentro de um contexto social mercosulino em que busca a realização do pluralismo político, da tolerância e do respeito às diferenças no tocante aos caracteres intersistemáticos que eventualmente podem ocorrer nos relacionamentos amorosos estáveis entre pessoas do mesmo sexo no contexto dos Direitos Humanos do Mercosul.

## **5. APLICAÇÃO DIRETA DO DIREITO ESTRANGEIRO**

Consiste na solução das questões jurídicas multiconectadas a partir da aplicação, pela autoridade judiciária local, a partir das regras de conexão vigentes no foro aliada ao recurso aos Princípios afetos ao Direito Internacional Privado.

---

<sup>47</sup> SILBERMAN Linda J., WOLFE Karen (2004) “The importance of private international law to family issues in an era of globalization: two case studies – international child abduction and same-sex unions”. *Hofstra Law Review*, 32, p. 233-235.

Sabidamente, é o elemento de conexão que impacta diretamente no resultado obtido a partir das indicações contidas nas normas de Direito Internacional Privado, de tal maneira que a qualificação da questão é de vital importância. Conforme as lições da doutrina, na solução da questão jurídica multiconectada, a qualificação, por sua vez, consiste na conceituação associada à classificação jurídica do problema a fim de encontrar a sua sede jurídica da relação e, assim, determinar o elemento de conexão<sup>48</sup>.

Para fins deste trabalho, as projeções intersistemáticas dos casamentos e parcerias civis no cenário do Mercosul serão estudadas da seguinte forma: quanto à capacidade dos indivíduos para contrair matrimônio ou realizar a parceria, à validade desta cerimônia, os efeitos pessoais e/ou patrimoniais delas decorrentes, e ainda quanto à lei aplicável na dissolução da união seja por morte ou por vontade das partes.

### Lei aplicável à capacidade

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

É preciso considerar que tanto no Direito brasileiro (art. 1723 e seguintes do CC 2002) como na Lei de União Concubinária uruguaia<sup>49</sup> não há qualquer menção específica à lei reguladora da capacidade do indivíduo para celebrar união civil.

Assim, tendo em vista os que a parceria civil não é exclusivamente um contrato, pois pertence à seara do Direito de Família, a opção adotada inicialmente nos países pioneiros no estabelecimento da parceria civil exclusiva para os casais do mesmo sexo (como a Dinamarca<sup>50</sup>, Suécia<sup>51</sup> e a Alemanha<sup>52</sup>) restringia o acesso das pessoas estrangeiras e/ou não domiciliadas no país do registro, e, por isso, está em dissonância com as características das famílias contemporâneas.

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

---

48 DOLINGER Jacob (2012) *Direito Internacional Privado Parte Geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 363-365.

49 <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18246>. Acesso em 14/10/2013. 50 Ato nº 372 de 7/06/1989, seção 2 (2) alínea II.

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

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

Por tal enfoque, o conflito de leis em matéria de requisitos de capacidade legal e impedimentos para o registro das parcerias civis foi amenizado por meio de um desmembramento da lei aplicável, seguindo-se os para estes últimos os requisitos da lei material interna, reservado às regras de conexão do foro questões sobre a capacidade de fato que não impliquem no cerceamento do direito fundamental de liberdade à orientação sexual. Assim, ainda que alguns países já admitam remeter a solução da questão à égide de uma lei material estrangeira, é condição *sine qua non* para sua aplicação também reconhecer validade às parcerias registradas ou uniões civis<sup>53</sup>.

Por isso, transpondo-se o caso para o cenário Mercosulino, as autoridades notariais brasileiras não podem se recusar a registrar uma união civil entre um paraguaio de 19 anos domiciliado em Montevidéu e um venezuelano de 20 anos domiciliado em Belho Horizonte.

Isto porque o art. 7º caput Decreto Lei nº 4.657/42 remeterá a questão capacidade de fato (a maioria civil) à lei do domicílio dos prospectivos parceiros: sendo, portanto aplicada a lei uruguaia (art. 280 § 2º do CC uruguaio) e a lei brasileira (art. 5º CC 2002), sendo, porém, também aplicável a lei brasileira como aquela do lugar do registro para regulação dos requisitos formais e materiais inerentes ao registro da parceria civil (art. 1723, CC 2002).

Já no tocante aos casamentos, ensina a doutrina clássica que a lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio é aquela reguladora do seu estatuto pessoal, devendo ser observados ainda os impedimentos da lei do local da celebração<sup>54</sup>.

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

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

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

---

53 WAUTELET Patrick (2011) *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe. Divided we stand?*, p. 15. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2037721>>, [acesso em 09/10/2013].

54 DOLINGER Jacob (1997) *Direito Civil Internacional Volume I: A Família no Direito Internacional Privado*. Tomo Primeiro: casamento e divórcio. Rio de Janeiro: Renovar, p. 70.



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

À guisa de ilustração, percebe-se, no cenário europeu, que alguns Estados (como a Espanha)<sup>55</sup> conferem à legislação matrimonial a característica de aplicabilidade imediata, cancelando o funcionamento das regras de conexão nos casamentos entre pessoas do mesmo sexo, ao passo que em outros (como na Bélgica), uma vez efetivada a política do casamento civil igualitário, o Princípio da Ordem Pública passou a servir como barreira infranqueável, impossibilitando remeter a questão à lei estrangeira que proibisse o casamento neutro em gênero<sup>56</sup>.

Contextualizando o caso específico dos ordenamentos do Mercosul, a maioria dos Estados-Membros determina que a lei material do Estado do domicílio do nubente será aplicada para regular as questões referentes à capacidade nupcial, como determinam o art. 7º do Código Civil Argentino<sup>57</sup>, o art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>58</sup>, o art. 12 do Código Civil do Paraguai<sup>59</sup> e o art. 21 da Lei de Direito Internacional Privado da Venezuela<sup>60</sup>.

Já o Código Civil uruguaio estabelece no seu artigo 2.395 que tanto a capacidade para contrair matrimônio como também as questões referentes à validade e às formalidades da cerimônia serão reguladas pela lei do lugar da sua celebração (*lex loci celebrationis*)<sup>61</sup>.

Tomando-se por base os casamentos realizados na Argentina em que um dos nubentes do mesmo sexo esteja domiciliado na Venezuela (ou no Paraguai), o Princípio da Ordem Pública, insculpido no art. 14

---

55 ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2012) *Os efeitos transnacionais dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo: dignidade, pluralismo e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese de doutorado em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ. Orientadora: Prof. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, p. 40-41.

56 DOLINGER Jacob (2009) *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 287.

57 Art. 7º *La capacidad e incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.*

58 Art. 7º *A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.*

59 Art.12.- *La capacidad e incapacidad de hecho de las personas domiciliadas fuera de la República, serán juzgadas por las leyes de su domicilio, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.*

60 Artículo 21. *La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio.*

61 Art. 2395. *La ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial.*



do Código Civil da Argentina (*lex fori*), deve ser invocado para recusar a aplicação da lei material (venezuelana ou paraguaia) que proíba a realização de casamentos entre pessoas do mesmo gênero<sup>62</sup>.

Com efeito, não haveria motivos para invocação da Ordem Pública se tal casamento hipotético ocorrer no Uruguai, na medida em que este seria totalmente regulamentado pela *lex fori*, ainda que um dos nubentes esteja domiciliado fora daquele território.

Há, entretanto, exceções à regra da capacidade matrimonial regulada pela *lex domicilii* verificada, por exemplo no §2º do art. 7º, LINDB<sup>63</sup> que permite a realização, no território brasileiro, do casamento de estrangeiros perante a autoridade consular do Estado da nacionalidade comum dos nubentes.

Nesse diapasão, esposa-se entendimento de que duas mulheres argentinas ou dois homens uruguaios poderiam se casar, respectivamente, nos Consulados da Argentina e do Uruguai situados na cidade do Rio de Janeiro, tendo em vista que a identidade de gênero não consta da listagem das causas impeditivas do casamento no direito brasileiro (art. 1521, CC)<sup>64</sup>.

### Lei aplicável à validade do vínculo

A validade de um ato jurídico significa o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos para que, assim, tal ato produza os efeitos normalmente esperados para aquela espécie jurídica<sup>65</sup>.

Relativamente à validade do vínculo (matrimonial ou de companheirismo) dotado do elemento da estraneidade jurídica, cumpre ao Direito Internacional Privado determinar qual será a legislação

---

62 Art. 14. *Las leyes extranjeras no serán aplicables:*

1º *Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;*

2º *Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código ;*

3º *Cuando fueren de mero privilegio;*

4º *Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.*

63 Art. 7º

§ 1º *Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.*

§ 2º *O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.*

64 Art. 1.521. *Non podem casar:*

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

*II - os afins em linha reta;*

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

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

*V - o adotado com o filho do adotante;*

*VI - as pessoas casadas;*

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

65 GOMES Orlando (1997) *Introdução ao Direito Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 487.

materialmente aplicável, isto é, saber a qual legislação pertencem os requisitos legais a serem obedecidos de forma que o casamento ou a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo possam produzir todos efeitos que normalmente se esperaria deles.

A neutralidade de gênero introduzida no ordenamento argentino por força da Lei nº 22.618, de 22 de julho de 2010 é perfeitamente compatível com as regras direito internacional privado em matéria de validade casamento, especialmente em vista do disposto nos parágrafos 2º e 4º do art.14 do Código Civil da República Argentina, por meio dos quais a aplicação da *lex fori* efetiva a proteção do vínculo matrimonial (*favor matrimonii*)<sup>66</sup>.

De acordo com o artigo 159 deste mesmo Código Civil, as condições de validade intrínsecas (capacidade e impedimentos) e extrínsecas (formalidades atinentes à cerimônia) deverão ser reguladas pela lei do lugar da celebração do matrimônio<sup>67</sup>.

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

Isto porque, como já visto anteriormente, apesar do estatuto pessoal ser regulado, em regra, pela *lex domicilii*, deve-se considerar que para este casamento celebrado no território argentino, a lei material do Texas – inicialmente indicada pelas normas de conexão locais – é manifestamente contrária aos princípios jurídicos expressos na legislação civil argentina que institui o casamento neutro (§2º), ao mesmo tempo em que o §4º do mesmo artigo confere plena validade ao vínculo, se ausentes quaisquer impedimentos estabelecido pela *lex fori* (art. 166, CC)<sup>68</sup>.

---

66 Art. 14. *Las leyes extranjeras no serán aplicables:*

1º *Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República a la religión del Estado a la tolerancia de cultos o la moral y buenas costumbres;*

2º *Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código ;*

3º *Cuando fueren de mero privilegio;*

4º *Cuando las leyes de este código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.*

67 Art. 159. *Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubieren dejado su domicilio para sujetarse a las normas que en él rigen.*

68 Art. 166. *Son impedimentos para contraer matrimonio:*

1. *La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.*

2. *La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos.*

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

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

Tome-se agora o exemplo de uma paraguaia domiciliada na cidade de Salvador que se case, em Buenos Aires, com uma argentina domiciliada naquele mesmo país.

Por força da regra conexão adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 7º, § 3º LINDB) o magistrado nacional deverá submeter a validade do referido vínculo à lei material do primeiro domicílio conjugal, tendo em vista diversidade de domicílio dos nubentes<sup>69</sup>.

Assim, apesar da capacidade matrimonial conferida pela norma reguladora do estatuto pessoal (*lex domicilii*) e da regular realização da cerimônia no solo argentino (*lex loci celebrationis*), na hipótese deste casal estabelecer seu primeiro domicílio conjugal no Paraguai ou na Venezuela, seria este vínculo considerado nulo, por força da aplicação da regra material de um país que desconhece ou mesmo proíba os casamentos entre pessoas do mesmo sexo?

A resposta há de ser negativa.

Saliente-se que, já nos casos de casamentos com diversidade de gêneros, a doutrina abalizada<sup>70</sup> e a jurisprudência Supremo Tribunal Federal no Brasil<sup>71</sup> já se posicionaram contrárias à regra do §3º do art. 7º LINDB, na medida em que há denotada desproporcionalidade entre o tratamento verificado para os cônjuges com domicílio diverso (art. 7º *caput*), especialmente porque a validade de um ato presente irá depender de uma decisão futura, o que causa elevada insegurança jurídica.

Por isso, há que defender o entendimento de que, no caso de pessoas do mesmo sexo domiciliadas em países distintos, o magistrado brasileiro deverá lançar mão do princípio *favor matrimonii* e não aplicar a regra do art. 7º, §3º da LINDB para invalidar casamentos que foram

---

5. *Tener menos de DIECIOCHO (18) años.*

6. *El matrimonio anterior, mientras subsista.*

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

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

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

69 § 3º. *Tendo os nubentes domicílio diverso, regerá os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.*

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

71 “ERRO MATERIAL, CUJA CORREÇÃO SE IMPÕE. SENTENÇA ESTRANGEIRA, A QUE SE NEGA HOMOLOGAÇÃO. A NULIDADE DE UM CASAMENTO HÁ DE REGER-SE PELA LEI A QUE ELE OBEDECEU, AO SER CELEBRADO. O PARAGRAFO 3º DO ART. 7º DA LEI DE INTRODUÇÃO RESULTOU DE EQUIVOCO EVIDENTE E NÃO HÁ COMO APLICÁ-LO”.

STF, SENTENÇA ESTRANGEIRA N° 2085, Relator (a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1971, publicação: DJ 30-04-1971 PP-01810.

regularmente realizados tanto pela lei pessoal dos nubentes quanto pela *lex loci celebrationis*, tendo em vista que esta norma somente seria utilizada para aqueles casos em que os motivos de invalidação do matrimônio ocorreram posteriormente à fixação dos cônjuges no país do primeiro domicílio conjugal.

### **Lei aplicável aos Efeitos jurídicos**

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

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

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

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

Tanto é assim que o Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil há regra de conexão que determina a aplicação da *lex domicilii* para regular as relações com elementos de estraneidade das entidades familiares homoafetivas:

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

Para além das famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, o referido documento propõe ainda a inclusão de um § 9º no artigo da 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) estabelecendo que os direitos previstos naquele dispositivo “*aplicam-se à união estável, independentemente de orientação sexual e identidade de gênero*”<sup>72</sup>.

Assim, todas as uniões estáveis estariam sob a égide da lei material

---

72 <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads/5.3.%20Legisla%E7%E3o%20infraconstitucional%20a%20ser%20alterada.pdf>. Acesso em 25/10/2013.

daquele país no qual os companheiros tenham estabelecido domicílio em comum acordo, o que efetivamente permitiria a aplicação do direito material estrangeiro em matéria de parceria civil.

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

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

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

Igual é a situação do direito do Uruguai, na medida em que Lei da União Concubinária também não apresenta qualquer norma de conexão específica.

Neste caso, tomando-se por base o argumento de que o casamento e a união civil são entidades familiares dignas da atenção estatal no tocante à proteção jurídica, pode-se defender que por analogia sejam aplicadas as regras de conexão destinadas originalmente aos casamentos (artigos 2.395 a 2.398 do Código Civil).

Já com relação aos casamentos, na Argentina, o art. 162 do Código Civil estabelece que as relações pessoais entre os cônjuges serão reguladas pela lei do país do domicílio conjugal efetivo, que poderá ser substituída pela lei da última residência na dúvida, da ou inexistência do primeiro.

A lei do domicílio conjugal vai determinar também a possibilidade, alcance e requisitos da obrigação alimentar. No entanto, relativamente ao montante da obrigação alimentar, caso a lei do domicílio do demandado seja mais favorável ao credor de alimentos, será esta aplicada no lugar da lei do domicílio conjugal<sup>73</sup>.

---

73 Art. 162.

*Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del domicilio efectivo, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia.*

*El derecho a percibir alimentos y la admisibilidad, permisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, si lo hubiere, se regirán por el derecho del domicilio conyugal. El monto alimentario se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.*

*Las medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa.*

No entanto, será aplicada a lei do domicílio do demandado relativamente aos limites do valor da obrigação alimentar, caso esta seja mais benéfica aos interesses do credor de alimentos, o que denota a atuação do princípio da proteção do credor alimentar.

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

Já em termos dos efeitos patrimoniais, a lei aplicável ao regime de bens do casamento será aquela do domicílio comum dos noivos, ou, caso estes possuam domicílio diverso, aplicar-se-á a lei do primeiro domicílio conjugal<sup>74</sup>.

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

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

Ocorre que pela lei do Uruguai o cônjuge brasileiro não seria herdeiro necessário (art. 884 e 885, Código Civil)<sup>75</sup> do cônjuge argentino, fazendo jus apenas à porção conjugal, cujo valor será o necessário para cobrir as suas despesas (art. 874, CC uruguaio)<sup>76</sup>. Já pela lei brasileira, o mesmo cônjuge seria considerado herdeiro necessário, fazendo jus à totalidade da herança deixada pelo argentino (art. 1829, III, CC).

---

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

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

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

Art. 885. *Tienen legítima:*

1º. *Los hijos legítimos, personalmente o representados por sus descendientes legítimos o naturales.*

2º. *Los hijos naturales, reconocidos o declarados tales, personalmente o representados por su descendencia legítima o natural.*

3º. *Los ascendientes legítimos.*

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



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

O Direito Internacional Privado uruguaio determina no seu art. 2.396 que as relações pessoais entre os cônjuges, as relações entre os pais e filhos, a separação de corpos e o divórcio serão regulados pela lei do domicílio conjugal do casal<sup>77</sup>.

No entanto, o regime de bens do casamento será regulado, em qualquer caso, pela lei do primeiro domicílio conjugal, sendo que para os bens imóveis, devem ser respeitadas as proibições da lei do país da situação, admitindo dessa forma o *dépeçage* no tocante aos bens de raiz<sup>78</sup>.

## 6. O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JÁ CONSOLIDADAS NO ESTRANGEIRO

Em virtude da soberania territorial, cada Estado tem a prerrogativa de decidir sobre a eficácia interna dos atos jurídicos praticados alhures, a autoridade competente local se utilizará das normas de Direito Internacional Privado para analisar o regular exercício de sua jurisdição bem como a lei aplicável para reconhecer os efeitos daquele relacionamento<sup>79</sup>.

Explique-se que a eventual necessidade de reconhecimento intersistemático das formas de relacionamento entre pessoas do mesmo sexo é um sucedâneo da crescente mobilidade e do incremento da internacionalização das relações familiares, podendo ocorrer em diferentes casos como: registro perante autoridades locais dos atos praticados no exterior, as demandas referentes à validade dos mesmos, aquelas requerendo a concessão de direitos gerados por aquele status jurídico (estado civil, filiação, dever de sustento dos filhos, direitos trabalhistas, benefícios previdenciários, direitos sucessórios, etc...) e até mesmo nos casos em que a prestação jurisdicional é requerida com vistas ao término daquele vínculo (dissolução da parceria ou o divórcio)<sup>80</sup>.

Desse modo, em termos do cenário Mercosulino, cumpre analisar como os Estados-membros lidam ou lidariam com a possibilidade do reconhecimento de eficácia interna aos casamentos e parcerias entre

---

77 Art. 2396. La ley del domicilio matrimonial rige las relaciones personales de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio y las de los padres con sus hijos.

78 Art. 2397. *Las relaciones de bienes entre los esposos se determinan por la ley del Estado del primer domicilio matrimonial en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, sobre materia de estricto carácter real.*

79 D'AMATO Anthony D. (1995) "Conflict of laws rules and Interstate recognition of same-sex marriages". *University of Illinois Law Review*, (4), p. 913.

80 SILBERMAN Linda J., WOLFE Karen (2004) "The importance of private international law to family issues in an era of globalization: two case studies – international child abduction and same-sex unions". *Hofstra Law Review*, 32, p. 233-235.

pessoas do mesmo sexo realizados em outros ordenamentos dos demais integrantes do referido bloco de integração.

Para fins didáticos, serão consideradas três diferentes configurações: as situações homogêneas, situações heterogêneas e aquelas situações parcialmente homogêneas.

### Situações homogêneas

Dá-se a homogeneidade no reconhecimento intersistemático quando tanto no Estado do foro quanto naquele no qual foi celebrada a relação jurídica, houver igual modalidade de tutela dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, como no exemplo de um país que somente admite a parceria civil registrada para os casais do mesmo sexo com efeitos equiparados aos do casamento, diante das eventuais uniões entre pessoas do mesmo sexo celebradas em outros Estados com as mesmas características.

Em termos de Mercosul, haverá situações homogêneas quando as autoridades da Argentina, Brasil e Uruguai reconhecerem eficácia interna aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo celebrados naqueles territórios. Como se pode imaginar, trata-se da forma de reconhecimento mais simples, na medida em que se denota, *prima facie*, maior semelhança entre as disposições do ordenamento local e aquele onde foi aperfeiçoada a relação jurídica.

Segundo levantamentos obtidos por Ian Curry-Sumner, a maioria dos ordenamentos determina a aplicação da *lex loci celebrationis* (para matrimônios) ou da *lex loci registrationis* (para as parcerias registradas) para regular os requisitos de fundo e de forma necessários para cada ato<sup>81</sup>.

Por força da maior familiaridade entre as previsões do direito local e aquelas constantes do ordenamento alienígena, mediante a mera apresentação de um documento expedido pela autoridade que celebrou o casamento ou registrou a parceria, obtém-se muitas vezes a presunção (relativa) de validade do vínculo, ainda que seja necessária a inscrição do vínculo perante as autoridades locais<sup>82</sup>.

Assim, quaisquer dois estrangeiros do mesmo sexo casados no exterior poderão providenciar o registro da tradução juramentada da certidão de seu casamento perante a autoridade brasileira competente (arts. 129,6º c/c 221, III da Lei nº 6.015/73) com o intuito de obter o reconhecimento da eficácia daquele matrimônio contra terceiros domiciliados no Brasil:

---

81 CURRY-SUMNER Ian (2009) "Interstate Recognition of Same-Sex Relationships in Europe". *Journal of Gender, Race and Justice*, 13, p. 63.

82 BOGDAN Michael (2009) "Private International Law Aspects of the Introduction of Same Sex Marriages in Sweden". *Nordic Journal of International Law*, 78, p. 259-260.

Tratando-se de estrangeiros, será necessário proceder-se ao registro da certidão no Cartório de Títulos e Documentos para que o casamento tenha validade no Brasil. Aplica-se a regra geral de validade que regula qualquer documento de procedência estrangeira para ser oponível a terceiros no território nacional, posição endossada pelos tribunais. Não obstante a obrigatoriedade de registrar o documento comprobatório do matrimônio, a inexistência do documento não invalida sua ocorrência, pois se trata do estado da pessoa<sup>83</sup>.

Nem se questione violação à ordem pública e soberania nacional (art. 17, LINDB), pois na ausência de uma norma constitucional expressamente refutando o reconhecimento interno dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo realizados no estrangeiro, a questão do pressuposto da diversidade sexual para o casamento consiste apenas em determinação imperativa da legislação infraconstitucional e não revela valores protegidos pela ordem pública no Direito Internacional Privado, conforme determina o art. 4º, do Código de Bustamante<sup>84</sup>.

Com mais razão ainda deve-se defender que, se um dos cônjuges ou parceiros for brasileiro (ou vier a se naturalizar brasileiro), o registro desse casamento passaria a ser obrigatório, conforme a norma do artigo 1.544 do Código Civil:

Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

Com efeito, a homogeneidade da situação interestatal não é identificada pelo “rótulo” conferido, mas sim pela forma como se regulam os efeitos jurídicos dos casamentos.

Assim, embora não se tenha notícia de um caso específico mercosulino, em 31 de maio de 2012, o juiz de primeira instância do Rio Grande do Sul prolatou sentença, acatando o parecer do Ministério Público estadual, determinando ao Ofício de Registro das Pessoas Naturais da Comarca de Lajeado providenciar o traslado da Certidão de União Civil lavrada em Bristol, na Inglaterra, entre um brasileiro e um inglês, por entender que tal documento equivale ao casamento de brasileiro celebrado no exterior, inclusive com referência à utilização do

---

83 ARAUJO Nadia de (2008) *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar. 4ª ed., p. 433.

84 Promulgado pelo Decreto nº 18.871, de 13/08/1929.

nome civil e ao regime de bens da comunhão parcial<sup>85</sup>.

Da mesma forma, portanto, seria de se imaginar que um casamento celebrado em Buenos Aires entre brasileira domiciliada na Argentina e uruguaia domiciliada no Brasil no dia 14 março de 2013, deverá ser registrado perante as autoridades brasileiras, destacando-se ainda que a doutrina civilista brasileira entenda que o Código de 2002 não estabeleceu sanção para o brasileiro que não providenciar o registro no prazo legal, mas deixa claro que este é sempre possível<sup>86</sup>.

### **Situações heterogêneas**

Em contraponto direto àquelas situações consideradas homogêneas, verifica-se a heterogeneidade no reconhecimento interestatal quando se busca efetivar internamente efeitos jurídicos decorrentes de casamentos ou parcerias entre pessoas do mesmo sexo celebradas no estrangeiro, num foro cujo ordenamento não possua qualquer forma de tutela legal dos relacionamentos homoafetivos.

No cenário do Mercosul, seria o caso das uniões civis entre pessoas do mesmo sexo registradas perante as autoridades brasileiras (ou uruguaias) cuja eficácia deva ser reconhecida no território da Venezuela (ou do Paraguai). No entanto, é preciso diferenciar as circunstâncias em que tal reconhecimento é exigido.

Isto porque, entende-se haver diferentes possibilidades justificadoras das demandas pelo reconhecimento interestatal dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo na heterogeneidade das disposições jurídicas a depender da situação fática.

Para Linda Silberman, a internacionalização da militância em prol dos direitos das minorias sexuais, associada à acentuada discrepância do tratamento jurídico dos relacionamentos homoafetivos, contribui para que casais do mesmo sexo – domiciliados em territórios mais conservadores no reconhecimento dos seus direitos à vida familiar – viagem ao exterior para se casar ao abrigo de legislações estrangeiras mais progressistas, para satisfazer o compreensível desejo de validação do seu estilo de vida, sem, no entanto, abandonar o seu local de origem, os denominados “matrimônios evasivos”<sup>87</sup>.

É de se entender, conforme explica Jacob Dolinger, que esses casamentos evasivos teriam sido praticados em fraude à lei, porque estão presentes os dois elementos que são essenciais à sua configuração.

O primeiro seria a utilização de um direito inicialmente legítimo

---

85 Boletim IBDFAM nº 249, de 05/06/2012. <<http://www.ibdfam.org.br/mailling/?n=249>>. Acesso em 09/09/2012.

86 PEREIRA Caio Mario da Silva (2011) *Instituições de Direito Civil. Volume V: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., p.134.

87 SILBERMAN Linda J. (2005) “Same-Sex marriage: Refining the conflict of laws analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, 153, p. 2199.

(liberdade de locomoção) cujo exercício se qualifica por motivação específica – o intuito de retornar ao local de origem logo após a celebração do casamento no exterior. O segundo elemento consiste no fato do casal do mesmo sexo se colocar ao abrigo da norma jurídica alienígena para fugir da imperatividade da legislação local que lhes nega o direito ao casamento ou à parceria civil<sup>88</sup>.

É do cotejo entre esses dois elementos volitivos que se pode caracterizar a prática *abusiva* de um direito com vistas a impedir que normas imperativas do lugar de origem incidam sobre a situação, por conta da fixação maliciosa de um elemento de estraneidade, cujo único propósito seria afastar a lei originalmente aplicável.

Em tais hipóteses, entende-se que a jurisdição local possa justificadamente se recusar a reconhecer esses casamentos ou parcerias realizados no exterior, pela constatação do princípio da Fraude à Lei no Direito Internacional Privado.

Ainda assim, há opinião da doutrina no sentido de que mesmo diante dos casamentos evasivos, certos efeitos deste ainda devem ser reconhecidos, especialmente quando a sociedade conjugal em questão não existir mais naquele território (tais como direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, ou ainda o direito à indenização por morte em acidente de trânsito)<sup>89</sup>.

O cenário é ainda muito mais abrangente do que a mera constatação dos casamentos evasivos. Na verdade, os casos mais importantes para o estudo do Direito Internacional Privado são aqueles praticados de boa-fé, mas que por contingências da vida cotidiana, precisam ser reconhecidos em outras jurisdições.

A necessidade desse reconhecimento interestatal pode ocorrer também naquilo que Linda Silberman descreve como sendo um “conflito móvel” de leis no casamento, quando, por exemplo, ocorre no caso da mudança do domicílio de um casal de pessoas do mesmo sexo da Argentina que, por conta de questões de emprego, acabam saindo do ordenamento em que seus direitos foram validamente conferidos, para um lugar onde a legislação não lhes prevê nenhuma daquelas prerrogativas das quais dispunham até a mudança, como é o caso da Venezuela ou do Paraguai.

Conforme a boa-fé dos indivíduos protege a consolidação dos direitos na sua esfera patrimonial, o que se recomenda, em termos de Direito Internacional Privado, é que a validade e os subsequentes efeitos dos casamentos e parcerias em questão sejam submetidos à lei do seu domicílio à época da celebração do ato.

---

88 DOLINGER Jacob (2012) *Direito Internacional Privado Parte Geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p.433.

89 Nesse sentido veja-se: KOOPELMAN Andrew (2006) *Same-sex different States*. New Haven: Yale University Press, p.107; SILBERMAN Linda J. (2005) “Same-Sex marriage: Refining the conflict of laws analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, 153, p. 2203.

Uma segunda variante do mesmo quadro é descrita pela mesma autora como “casos transitórios” nos quais também defende a premente necessidade do reconhecimento no Estado do foro. Seria o caso de dois homens casados no Brasil que se acidentam durante viagem à Assunção, em que um deles precisa ter reconhecido o seu estado civil para fins de visitação do cônjuge hospitalizado<sup>90</sup>.

Ressalte-se que, nos conflitos móveis, também chamados de migratórios, a relação jurídica (casamento ou parceria civil entre pessoas do mesmo sexo) foi praticada sem qualquer intenção evasiva ou fraudulenta, mas precisa ser permanentemente “transplantada” para outro ordenamento que não prevê qualquer forma de tutela aos relacionamentos homoafetivos. Por outro lado, nos casos transitórios, a relação legitimamente consolidada no território alienígena permanece arraigada no ordenamento de origem, o que se invoca no Estado do foro é um reconhecimento por meio da admissão da extraterritorialidade dos efeitos jurídicos protetivos da legislação estrangeira<sup>91</sup>.

Tendo em vista que a mobilidade é cada vez mais constante na contemporaneidade, o que se deseja evitar por meio do reconhecimento interestatal é o desrespeito ao estilo de vida e à personalidade do indivíduo.

Certos princípios do Direito Internacional Privado (como o reconhecimento dos direitos adquiridos, o princípio da proteção do vínculo familiar e mesmo a utilização da teoria do centro de gravidade da relação jurídica) podem ser invocados para justificar a aplicação da lei interna que proteja a validade da relação jurídica familiar, evitando assim a constatação dos “estatutos claudicantes” (*limping statutes*) que perdem ou ganham eficácia a cada mudança de cenário (a depender unicamente da identidade com a legislação interna) o que gera incerteza e não condiz com corolários de direitos humanos largamente reconhecidos<sup>92</sup>.

Assim, o reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo, mesmo diante dos casos evasivos, mas, principalmente nas situações migratórias e nos casos transitórios, requer análise casuística e perfunctória, não se podendo alegar *prima facie* violação às diretrizes de ordem pública do Estado do foro, meramente porque este

---

90 SILBERMAN Linda J. (2005) “Same-Sex marriage: Refining the conflict of laws analysis”. *University of Pennsylvania Law Review*, 153, p. 2209.

91 KOPELMAN Andrew (2006) *Same-sex different States*. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 101. Este autor entende haver uma subdivisão nos exemplos que Linda Silberman qualifica como transitórios. Para Koopleman, haveria os casamentos visitantes e os casamentos extraterritoriais, mas, em ambos os casos, o se pleiteia é a extraterritorialidade dos efeitos jurídicos daquela união.

92 DOLINGER Jacob (1997) *Direito Civil Internacional, Volume I: A Família no Direito Internacional Privado, Tomo primeiro: Casamento e Divórcio no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 104-107.



não reconhece qualquer forma de relacionamento homoafetivo<sup>93</sup>.

### Situações relativamente homogêneas

Entende-se como terceira subcategoria no reconhecimento interestatal dos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo as chamadas situações relativamente homogêneas, ocorridas quando houver diferenças nas espécies de tutela legal dos relacionamentos homoafetivos no ordenamento do Estado do foro e aquele onde se realizou o casamento ou a parceria.

Nesse contexto, tendo em vista que, sob certos aspectos, dois companheiros do mesmo sexo no Brasil não recebem a mesma proteção legal que dois cônjuges, como no caso dos direitos sucessórios distintos (art. 1790, CC) e também pelo teor do art. 5º, inciso XXI da CF que estabelece a aplicação da lei mais favorável para o cônjuge e não para o companheiro, caso estes parceiros resolvam se domiciliar na Argentina, seria de se questionar se aquela união estável celebrada perante as autoridades brasileiras poderia ser internamente reconhecida como casamento.

Tendo em vista os princípios correlatos à dignidade e ao tratamento isonômico, é de se defender que o reconhecimento dos efeitos internos da união estável celebrada no Brasil deva seguir o mesmo padrão dos casamentos celebrados pela autoridade argentina<sup>94</sup>.

Outra situação ocorre quando a modalidade local de reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo possui efeitos mais restritos do que aqueles concedidos pela legislação estrangeira.

Nesse sentido, é de se elogiar a decisão da autoridade judiciária uruguaia que, mesmo antes da reforma legislativa reconheceu o casamento entre um espanhol e um uruguaio celebrado na Espanha no ano de 2010.

O pedido foi inicialmente rechaçado por alegada impossibilidade jurídica, uma vez que o direito uruguaio à época exigiria a diversidade sexual como pressuposto de validade do casamento.

Após o provimento de recurso, em 5 de junho de 2012, a autoridade judiciária do Uruguai tomou decisão inédita ao reconhecer a eficácia plena naquele território do casamento entre pessoas do mesmo sexo celebrado na Espanha no ano de 2010.

De acordo com o magistrado, se o matrimônio celebrado no exterior é regulado pela *lex loci celebrationis* (art. 2.395 do CC uruguaio),

---

93 KOPELMAN Andrew (2006) *Same-sex different States*. New Haven: Yale University Press, p. 97-113.

94 LEVIN Hillel Y. (2011) "Resolving interstate conflicts over same-sex non-marriage". *Florida Law Review*, 63, p.87.

não se pode sustentar a impossibilidade do reconhecimento por conta da mera divergência com o conteúdo legislativo uruguaio.

Até porque, segundo ele, o requisito da diversidade sexual teria perdido a condição de pressuposto existencial com a Lei 18.620 que permite ao transexual casar-se com pessoa do seu antigo sexo, desde que tenha requerido previamente a retificação do seu registro civil<sup>95</sup>.

Dessa forma, muito embora o direito interno uruguaio só prevesse uma forma de parceria civil registrada, dois homens casados na Espanha obtiveram judicialmente a concessão da plena eficácia do seu casamento no território uruguaio, fazendo jus ao estado civil de casados, e todas as situações jurídicas dali decorrentes<sup>96</sup>.

## **7. A COOPERAÇÃO JURÍDICA MERCOSULINA E O RECONHECIMENTO TRANSNACIONAL DOS RELACIONAMENTOS ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**

Outra questão que merece atenção é a forma como as eventuais decisões judiciais sobre o reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo poderão circular no cenário dos países integrantes do Mercosul.

A soberania territorial exclusiva inerente a cada Estado-membro confere força mandamental a todos os atos de seus órgãos. Entretanto, uma vez superados os limites deste território, os mesmos atos perdem aquele caráter de obrigatoriedade, em respeito à soberania atuante no solo alienígena. Dessa forma, a Cooperação Jurídica Internacional é o ramo do Direito Processual Internacional que compreende o procedimento através do qual é promovida a integração jurisdicional<sup>97</sup>.

Por força da integração econômica pretendida pelos Estados ratificantes do Tratado de Assunção, os compromissos veiculados nos Protocolos de Las Leñas sobre a Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa<sup>98</sup> e no Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares<sup>99</sup>, denotam que os Estados-Partes se comprometeram a facilitar a circulação das decisões judiciais intrabloco, de forma que as restrições genericamente aplicáveis aos países terceiros ao MERCOSUL serão excepcionadas, sendo preferidas as regras estabelecidas nos termos dos supramencionados instrumentos mercosulinos.

Dessa forma, de acordo com os artigos 5º e 19 do Protocolo de

---

95 Juzgado Letrado de Familia del 27º Turno, Resolución nº 19.40 de 5 de Junio de 2012.

96 <http://www.elpais.com.uy/120609/pnacio-645421/politica/por-primera-vez-justicia-uruguay-reconoce-matrimonio-homosexual/>. Acesso em 29/06/2012.

97 TIBURCIO Carmen (2006) *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 159.

98 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.067 de 12/11/1996.

99 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.626 de 16/06/1998.

Las Lenãs<sup>100</sup>, as sentenças sobre os efeitos dos relacionamentos entre duas pessoas do mesmo sexo exaradas na Argentina (ou no Uruguai), poderão ser enviadas diretamente pela autoridade local ao Brasil, por via de carta rogatória, para que aqui veham a ser executadas, após a concessão do *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, alínea i CF).

Tendo em vista os objetivos gerais de integração econômica dos países do Continente americano integrantes do MERCOSUL (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela) no sentido da constituição de um Mercado Comum, nos termos do artigo 1º do Tratado de Assunção<sup>101</sup>, dever haver a harmonização das legislações internas com vistas à promoção gradual das grandes liberdades de circulação dos meios de produção no referido espaço intrabloco, aí incluída a liberdade de circulação das pessoas.

Por isso, o Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul<sup>102</sup> deve garantir a liberdade de circulação das pessoas em sua plenitude, com possibilidade dos indivíduos submetidos às jurisdições dos referidos Estados-membros desfrutar não somente da mobilidade física, mas, principalmente, dos direitos e garantias que lhes asseguram a proteção do seu estilo de vida.

Da mesma forma, outros métodos de cooperação internacional organizados na forma do auxílio direto também podem ensejar o reconhecimento internacional dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo.

Este seria o caso de uma ação de alimentos promovida com base no relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo pela cooperação entre as Autoridades Centrais para a Convenção de Nova Iorque de 1956 sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro<sup>103</sup>, tendo em conta que Argentina, Brasil e Uruguai são Estados-ratificantes deste tratado celebrado no âmbito da Organização das Nações Unidas.

Também a cooperação internacional na questão da abdução internacional de crianças poderá ser eventualmente ventilada como forma de reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas

---

100 Artigo 5º – Cada Estado Parte deverá enviar às autoridades jurisdicionais do outro Estado, segundo o previsto no artigo 2, carta rogatória em matéria civil, comercial, trabalhista ou administrativa, quando tenha por objeto:

a) diligências de simples trâmite, tais como citações, intimações, citações com prazo definido, notificações ou outras semelhantes;

b) recebimento ou obtenção de provas.

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.

101 Promulgado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 350 de 21 de novembro de 1991.

102 Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 7.225, de 1º de julho de 2010.

103 Promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 56.826 de 02/09/1956.

do mesmo sexo, uma vez que todos os Estados-Partes do Tratado de Assunção (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela) também ratificaram tanto a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças<sup>104</sup> como a Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores<sup>105</sup>, o que só vem reforçar o compromisso destes em restituir as crianças indevidamente removidas da sua residência habitual, independentemente do eventual fato de serem criadas em lares liderados por casais de orientação homossexual.

## **8. CONCLUSÕES**

As recentes reformas legislativas e/ou jurisprudenciais que introduziram a neutralidade de gênero no instituto do casamento, ou que admitiram a possibilidade da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo nos ordenamentos da Argentina, Brasil e Uruguai repercutem também na seara do Direito Internacional Privado dos respectivos membros do Mercosul.

Tais reverberações, em tese, podem alcançar inclusive aqueles Estados-membros que ainda não preveem efeitos jurídicos aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo, como corolário aos princípios inerentes ao Direito Internacional Privado, enquanto ramo do Direito que estuda as projeções intersistemáticas das relações jurídicas dotadas do elemento da estraneidade.

Os marcos regulatórios instituídos no âmbito do Tratado de Assunção permitem a circulação mais célere das decisões judiciais oriundas dos Estados-membros como forma de realização dos compromissos assumidos para a efetivação do bloco de integração econômica.

Dessa forma, é preciso atentar para o fato de que a livre circulação de pessoas dentro do Mercado Comum significa também a manutenção de suas relações jurídicas como forma de garantir o respeito à sua dignidade.

O reconhecimento dos efeitos intersistemáticos dos diversos casamentos e parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo pode ocorrer tanto pela aplicação da lei estrangeira como também no procedimento afeto à cooperação judiciária internacional, por meio da homologação das sentenças estrangeiras e da concessão do exequatur às cartas rogatórias, sem prejuízo das demais formas de auxílio direto estabelecidas por meio das Convenções internacionais.

Com efeito, a livre circulação das pessoas representa o aspecto humano da integração econômica e, na realidade contemporânea, se traduz na possibilidade da manutenção do estilo de vida e das relações

---

104 Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.413 de 14/04/2000.

105 Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.212 de 03/08/1994.

jurídicas dos indivíduos e de suas famílias dentro da referida área de integração, protegidas contra qualquer forma de abuso ou tratamento discriminatório de toda espécie.

Assim sendo, a conscientização de que o reconhecimento dos direitos aos cônjuges e parceiros do mesmo sexo no contexto do Direito Internacional Privado do MERCOSUL pode e deve ser garantido como forma de manutenção da dignidade e do direito fundamental à liberdade de orientação sexual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIRRE Cecilia Fresnedo de (2011) “Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho internacional privado”. In: ARROYO Diego, LIMA MARQUES Claudia. *Derecho internacional privado y derecho internacional Publico: un encuentro necesario*. Asunción: CEDEP e ASADIP, p. 337-344.
- ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2012) *O reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no Direito Transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese de Doutorado em Direito Internacional. Tese de doutorado em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ. Orientadora: Prof. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, p. 40-41.
- ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2012) *Os efeitos transnacionais dos casamentos e parcerias entre as pessoas do mesmo sexo: dignidade, pluralismo e cosmopolitismo das famílias contemporâneas*. Tese de doutorado em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: UERJ. Orientadora: Prof. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues.
- ALMEIDA Bruno Rodrigues de (2013) “The Shakespearan Rose blossoms down the Equator: reflections upon Brazilian Supreme Court’s decision recognizing the constitutionality of same-sex civil unions”. *Panorama Brazilian Law*, 1(1), p. 101-118.
- ALMEIDA Bruno Rodrigues de, ROSADO Marilda (2011) “A cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ- RFD*, v.1, n.20, 2011. [online] Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1516/1646>> [Acesso em 23/05/2012].
- ALMEIDA Bruno Rodrigues de, ROSADO Marilda (2011) “A relação entre a globalização e o direito internacional privado”. In: DEL’OLMO Florisbal de Souza, KAKU William Smith, SUSKI Liana Maria Feix (orgs.) *Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p.22-35.
- ARAUJO Nadia de (2008) *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

- ARAUJO Nadia de, VARGAS Daniela Trejos (2011) “Regime de Bens no Direito Internacional Privado Brasileiro e seus efeitos na sucessão: análise do RESP 123.633 do STJ”. In: DELOLMO Florisbal, KAKU William Smith, SUSKI Liana Maria Feix. *Cidadania e Direitos Humanos: tutela e efetividade internacional e nacional*. Rio de Janeiro: GZ Editora, p. 52.
- ARROYO FERNÁNDEZ Diego P. (2006) “Quais as novidades no Direito Internacional Privado Latino-Americano?” *Revista de Direito do Estado*, (3), p. 258-261.
- BARROSO Luís Roberto (2008) “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. In: SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela e PIOVEZAN Flávia (orgs.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.661-693.
- BOELE-WOELKI Katarina (2007) “The Legal Recognition of Same-Sex Relationships within the European Union”. *Tulane Law Review*, (82), p. 1951.
- BOGDAN Michael (2009) “Private International Law Aspects of the Introduction of Same Sex Marriages in Sweden”. *Nordic Journal of International Law*, 78, p. 259-260.
- Boletim IBDFAM n° 249*, de 05/06/2012. <<http://www.ibdfam.org.br/mailling/?n=249>>. Acesso em 09/09/2012.
- COTTERRELL Roger (2007) “Is it so bad to be different?” In: ÖRÜCÜ Esin, NELKEN David (edits.) *Comparative law: a handbook*. Portland: Hart Publish, p. 133.
- CURRY-SUMNER Ian (2009) “Interstate Recognition of Same-Sex Relationships in Europe”. *Journal of Gender, Race and Justice*, 13, p. 63.
- D’AMATO Anthony D. (1995) “Conflict of laws rules and Interstate recognition of same-sex marriages”. *University of Illinois Law Review*, 4, p. 913.
- DIAS Maria Berenice (2012) *União homoafetiva: uma realidade que o Brasil insiste em não ver*. [online] Disponível em: <[www.mariaberenicedias.com.br](http://www.mariaberenicedias.com.br)> [acesso em 04/07/2011].
- DINIZ Maria Helena (2006) *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva.
- DOLINGER Jacob (1979) *A evolução do princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna.
- DOLINGER Jacob (1997) *Direito Civil Internacional Volume I: A Família no Direito Internacional Privado. Tomo Primeiro: casamento e divórcio*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DOLINGER Jacob (2007) *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – Direito Civil Internacional. Volume II: Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar.
- DOLINGER Jacob (2009) *Direito e Amor*. Rio de Janeiro: Renovar, p.



287.

DOLINGER Jacob (2012) *Direito Internacional Privado Parte Geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 157.

FACHIN Luiz Edson (1999) *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar.

FONTANELLA Patrícia (2006) *União homossexual no direito brasileiro: enfoque a partir do garantismo jurídico*. Florianópolis: OAB/SC Editora.

FRASER Nancy (2008) “Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma Concepção Integrada de Justiça”. In: SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela e PIOVEZAN Flávia (org.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 173.

FUGIE Érika Harumi (2002) “A União homossexual e a Constituição Federal: inconstitucionalidade do art. 226, §3º da CF?”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, (15).

GAMA Guilherme Calmon Nogueira da (2000) “A união civil entre pessoas do mesmo sexo”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2, p.168-177.

GAMA Guilherme Calmon Nogueira da (2008) *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, p. 155-162.

GOLDSCHMIDT Werner (1974) *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*. Buenos Aires: Editorial El Derecho, p. 87.

GOMES Orlando (1997) *Introdução ao Direito Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 487.

GONÇALVES Carlos Roberto (2007) *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, p.

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

JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit (2003) “Registered Partnership in Private International Law: Scandinavian Approach”. In: BOELEWOELKI Katharina, FUCHS Angelika (edits) *Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe*. Antuérpia: Intersentia, p. 137.

JATHAY Vera Maria Barreira (2006) “Novos rumos do Direito Internacional Privado. Um exemplo: A adoção internacional”. In: BARROSO Luís Roberto, TIBURCIO Carmen (org.) *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p.844.

KOOPELMAN Andrew (2006) *Same-sex different States*. New Haven: Yale University Press, p.107.

LEVIN Hillel Y. (2011) “Resolving interstate conflicts over same-sex non-marriage”. *Florida Law Review*, 63, p.87.

MORAES Maria Celina Bodin de (2000) “A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional”. *Revista*

*Trimestral de Direito Civil*, 1, p. 93, 109-112.

NARAYAN Pratima (2006) "Somewhere over the rainbow: International Human Rights Protections for sexual minorities in the new millennium". *Boston University International Law Journal*, 24, p. 316-317.

PEREIRA Caio Mario da Silva (2011) *Instituições de Direito Civil. Volume V: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., p.134.

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

ROSADO Marilda (2006) "Importância do Direito Comparado". In: BARROSO Luís Roberto, TIBURCIO Carmen. *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 679-692.

SARMENTO Daniel (2008) "Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: Perspectivas Constitucionais". In: SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela e PIOVEZAN Flávia (orgs.) *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 619-660.

SCHLESINGER Rudolf B. (1998) *Comparative Law*. 6th ed. New York: Foundation Press, p. 23.

SILBERMAN Linda J. (2005) "Same-Sex marriage: Refining the conflict of laws analysis". *University of Pennsylvania Law Review*, 153, p. 2199.

SILBERMAN Linda J., WOLFE Karen (2004) "The importance of private international law to family issues in an era of globalization: two case studies – international child abduction and same-sex unions". *Hofstra Law Review*, 32, p. 233-235.

SILBERMAN Linda J., WOLFE Karen (2004) "The importance of private international law to family issues in an era of globalization: two case studies – international child abduction and same-sex unions". *Hofstra Law Review*, 32, p. 233-235.

TIBURCIO Carmen (2006) *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 159.

UNZELMAN Allen C. (2011) "Latin America Update: the development of same-sex marriage and adoption laws in Mexico and Latin America". *Law and Business Review of the Americas*, 17, p. 136-138.

WAUTELET Patrick (2011) *Private international law aspects of same-sex marriages and partnerships in Europe. Divided we stand?*, p. 15. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2037721>>, [acesso em 09/10/2013].



# ARBITRAJE INTERNACIONAL Y TOMA DE MEDIDAS CAUTELARES\*

## ARBITRAGEM INTERNACIONAL E TOMA DE MEDIDAS CAUTELARES

*Liliana Etel Rapallini\*\**

---

**Resumen:** Sin lugar a dudas, la evolución del arbitraje de Derecho Privado Comercial Internacional tanto como Regional ha evidenciado progresos técnicos como jurídicos. Sólo basta con reparar en la influencia cada vez más notoria de la “lex mercatoria”, en el avance en el uso de la video conferencia y otros medios de comunicación virtual, hasta llegar hoy día a la instalación progresiva del arbitraje “on-line”. Pese a ello, y a la difusión del procedimiento arbitral, el mismo coexiste con áreas aún discutidas que operan como un velo u obstáculo sobre su celeridad y eficacia. Las áreas que adolecen son conocidas y una de ellas responde a la toma de medidas cautelares sin recurrencia a la justicia estadual. Pese a tratarse de una medida de cooperación jurídica, escaso ha sido el avance en las fuentes normativas.

**Resumo:** A evolução da arbitragem de direito privado comercial internacional e regional evidenciou, sem dúvida, progressos técnicos e jurídicos. Basta, para tanto, a observação da influência cada vez mais notória da “lex mercatoria”, do avanço do uso da videoconferência e de outros meios de comunicação virtual e até da instalação progressiva nos dias de hoje da arbitragem “on-line”. Apesar disso e da popularização do procedimento arbitral, o mesmo coexiste com áreas ainda discutíveis que operam como um véu ou obstáculo à celeridade e à eficácia. As áreas mais afetadas são conhecidas e uma delas seria a adoção de medidas cautelares sem a participação dos tribunais estaduais. Apesar de se tratar de questão de cooperação jurídica, escasso tem sido o avanço das fontes normativas.

**Palabras clave:** Arbitraje internacional, Cautelar

**Palavras-chave:** Arbitragem internacional, Cautelar

---

\* Parte del artículo fue publicado en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Año LIII N° 73.

\*\* Docente de grado y de posgrado especializada en Derecho Internacional Privado. Investigadora estable de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Investigadora Invitada de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de La Plata.

## 1. ASPECTOS PRELIMINARES

El arbitraje de derecho privado internacional difundido sobre todo en el área del Derecho Mercantil, tiene tras de sí razones justificativas muy estimables que aconsejan su conservación, difusión e incorporación como práctica.

Su evolución se sujeta a la coyuntura histórica y su uso, constituye una huida o escape de las instituciones jurisdiccionales del Estado procurando valores tales como efectividad, reducción de costos y de tiempo, inmediatez. No obstante se revalorizan principios tales como independencia e imparcialidad de los árbitros y buena fe procesal.

Razones como las evocadas han provocado conclusiones tales como considerar que las vías del derecho estricto no siempre resuelven los conflictos de los particulares, reconsiderando a la equidad como una balanza de equilibrio un tanto olvidada y tan incorporada a la esencia humana<sup>1</sup>.

Mercantil o comercial, poco interesa precisar aquello que se entiende lo suficiente, la realidad es que esa idoneidad de dicha materia para el arbitraje o de éste para aquella, se percibe en la vinculación generalizada de instituciones arbitrales a instituciones destinadas al comercio, tal el caso de las Cámaras de Comercio, desde los diferentes ámbitos nacionales hasta alcanzar el nivel internacional como se refleja en la CCI (Cámara de Comercio Internacional)<sup>2</sup>.

Nutridos instrumentos internacionales forjaron la solidez del arbitraje como medio alternativo de resolución de conflictos. La realización inicial en este orden la encontramos en el Protocolo de Ginebra del año 1925 destinado al compromiso arbitral y en su sucesor, el Convenio de Ginebra de 1927 sobre ejecución de laudos.

Sin duda alguna, el arbitraje tiene una importancia capital como medio para resolver las diferencias surgidas en las relaciones comerciales internacionales<sup>3</sup>; pero su espacio de destino propende a la expansión de su objeto.

Se habla de “derechos disponibles” idea eje de materia susceptible de llevar a arbitraje y que gira en torno de la categoría derechos personales de contenido patrimonial; a ello debemos sumarle la cuestión de “cesión o transferencia” aludiendo así a la voluntad del Estado de ceder o transferir, precisamente, determinada materia del derecho al procedimiento arbitral. Y es entonces cuando se observa su uso en

---

1 PRIETO CASTRO Leonardo (1955) “Problemas debatidos en el Primer Congreso Ibero-Americano de Derecho Procesal y en particular, el arbitraje. Lecciones pronunciadas en la Universidad de Deusto los días 5, 6, y 7 de Diciembre de 1955”. Bilbao: ARTE.

2 OLIVENCIA RUIZ Manuel (2005) *Arbitraje Mercantil- Ensayo sobre una justicia alternativa. Escritos Jurídicos*. Sevilla: Fundación El Monte, p. 373.

3 BROTONS Antonio Remiro (1980) *Sentencias arbitrales extranjeras*. Madrid: Editoras de Derecho Reunidas. Madrid, p. 5.

relaciones de consumo o en materia testamentaria.

Pese a sus bondades y a su difusión, el procedimiento de arbitraje no se autoabastece; existen ámbitos de coordinación entre los órganos jurisdiccionales estatales y las funciones de los árbitros.

Puede observarse, que antes del procedimiento de arbitraje los jueces están facultados para formalizar el nombramiento de árbitros. Instaurando el procedimiento de arbitraje, los árbitros pueden decidir la toma de medidas cautelares sin embargo, para darles efectividad han de requerir de las potestades coactivas de los jueces.

En la fase post arbitral la intervención judicial será ineludible en recursos de revisión, nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo arbitral<sup>4</sup>. En el último aspecto, la decisión emanada de un procedimiento de arbitraje suele ser cumplida voluntariamente; pero de ser precisa una ejecución forzosa habrá que recurrir a la organización judicial del Estado de origen o bien, a la de un Estado extranjero en virtud de los mecanismos de la cooperación jurídica internacional.

La realidad expone la convivencia del juez con el árbitro en determinadas instancias procesales.

Llegamos al corazón de la presente entrega, pues de lo hasta ahora reseñado se desprende un problema de naturaleza teórica que se traslada a la práctica pues convengamos que durante el desarrollo de las etapas del proceso de arbitraje es natural que el árbitro acceda a la toma de medidas cautelares.

Eclosiona entonces la disputa, de si el árbitro como conductor del proceso cuenta con efectiva posibilidad de hacer cumplir por el órgano administrativo correspondiente la toma de la medida cautelar ordenada sin que sea necesario el traslado hacia la justicia estatal.

Vale decir, que lejos estamos de contar con un criterio uniforme arrojando a la visión de la realidad, un resultado contradictorio desde todo punto de vista sobresaliendo la dicotomía que expone, que si a través del arbitraje recurrimos a una vía expedita derivando ésta puntuales etapas al sistema jurisdiccional tradicional, regresamos al espacio de donde pretendimos escapar.

Pareciera ser que subsisten constantes históricas pues el protagonista del tráfico mercantil –desde antiguo el mercader, pasando por el comerciante y en nuestros días el empresario- siempre ha recurrido a alternativas frente a la justicia ordinaria a fin de resolver los conflictos específicos. Aún más pues esa alternativa no sólo apunta al órgano encargado de administrar justicia –iurisdicció-, sino al proceso –iudicium- a través del cual se tramita el litigio<sup>5</sup>.

---

4 ESPUGLES MOTA Carlos (1997) “El juez y el árbitro en el Arbitraje Comercial Internacional”. Cuadernos de Derecho Judicial (1), p. 15-23.

5 OLIVENCIA RUIZ Manuel (2010) *Derecho mercantil y proceso*. Madrid: Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 196.



## 2. SUFICIENCIA DEL ARBITRAJE: TOMA DE MEDIDAS CAUTELARES

Puntualmente, la adopción de medidas cautelares en el arbitraje bien sea interno o doméstico o bien internacional, es un tópico que entra en el plexo de atribuciones comprendidas en el marco de legalidad que deben asumir los árbitros<sup>6</sup>.

Ahora bien, convengamos en que el punto de partida y piedra basal del arbitraje está conformado por la cláusula o convenio arbitral.

Así por ejemplo, el art. 7.1 de la ley modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional inspiradora de los arbitrajes internos como internacionales, define al convenio arbitral como aquel acuerdo de voluntades por el que las partes contratantes deciden someter a arbitraje todas o ciertas y determinadas controversias surgidas o que puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica sea ésta contractual o no. Puede corresponder que se formalice por escrito e incluso con intervención notarial, tema hoy superado por la práctica de las transacciones a través de medios electrónicos<sup>7</sup>. Al decir de Santos Belandro lo importante es la existencia de cualquier medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de ambas partes de someterse al arbitraje<sup>8</sup>. Desde ya, que los aciertos o desaciertos de su redacción redundan en la solvencia del proceso de arbitraje ante la eventualidad de llevarse a cabo; sustancialmente, ésta convención debe respetar la paridad entre partes de manera que la voluntad de someterse a arbitraje es un punto relevante para medir su posterior eficacia<sup>9</sup>.

Actualmente, un “convenio arbitral adhesivo”<sup>10</sup> es el que está contenido en un contrato de adhesión en cuyo caso la validez de dicho convenio y su interpretación, se regirán por las normas aplicables al tipo de contrato del que se trate; ésta peculiaridad es frecuente en las relaciones de consumo donde la oferta pública y abierta de sumisión al procedimiento de arbitraje en caso de controversias emergentes de la contratación, es aceptada por el consumidor. La adhesión a pautas prefijadas resta una importante porción de voluntariedad, requerida para la eficacia de una expresa voluntad de ambas partes de un contrato

6 LORCA NAVARRTE Antonio María (2007) “Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI”. *Diario La Ley* (6634), Madrid, 22 de enero de 2007.

7 El Proyecto de Código Civil y Comercial en estudio en la República Argentina enfatiza como requisito formal del acuerdo de arbitraje, la modalidad “por escrito”.

8 SANTOS BELANDRO Rubén (2004) “¿Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina”. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, (15), p. 85

9 La propia “lex mercatoria” impone el ejercicio de la autonomía de la voluntad como condición de sometimiento a la vía arbitral.

10 ROGEL VIDE Carlos (2006) “El convenio arbitral y el arbitraje testamentario”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (3), p. 467.

que se presume paritario y por la que se decide alejarse de la justicia ortodoxa y comprenderse en el procedimiento de arbitraje.

Empero, con mayor o menor creatividad de las partes, si el convenio arbitral propuesto recibe respuesta afirmativa la opción redundante en desestimar una vía, la justicia estatal, y sumirse a una alternativa también procesal, la del arbitraje<sup>11</sup>.

Siendo entonces, el arbitraje originado por un acuerdo de voluntades con amplio o restringido consenso activo, la posibilidad de incorporarse a un testamento un convenio arbitral no deja de resultar curioso y contrario a la regla general; pese a ello, ordenamientos como el español han incorporado el arbitraje testamentario<sup>12</sup>.

No obstante, el convenio arbitral más que un contrato de índole procesal es la expresión autónoma, abstraída de dependencia, de la inequívoca y fehaciente voluntad de las partes de otorgar determinada estructura al negocio jurídico en cuestión al que se destine.

El compromiso arbitral supone adopción de un sistema procesal; llegado el momento de interponer la reclamación, la parte actora pretende asegurar su prerrogativa.

Ahora bien, en el derecho comparado pueden admitirse varios sistemas en orden a la adopción de medidas cautelares. El que podríamos denominar tradicional, reconoce sólo la potestad judicial para hacer efectivas las medidas admitidas y ordenadas por el árbitro. El sistema moderno o amplio, toma un rumbo extremo y reconoce únicamente la potestad arbitral para la admisibilidad y toma de la medida requerida. El tercero, mixto o de convergencia, sienta un principio de alternatividad donde el peticionante opta entre una u otra vía criterio éste, incorporado al Acuerdo de Arbitraje para el Mercado Común del Sur por cierto innovador. Es notable que el sistema mercosureño además de innovador, tenga como finalidad fortalecer de un modo indudable la eficacia del arbitraje. Es más, desde la óptica cooperativa el acuerdo abre la puerta a la posibilidad de ser el mismo tribunal arbitral el que peticione a un juez extranjero la adopción de una medida cautelar sólo que éstas facultades deben estar expresamente avaladas por los Estados partícipes<sup>13</sup>.

Pero lo cierto es que los árbitros y el justiciable frente al considerable margen de duda, han de acudir inexorablemente al activismo judicial por cuanto goza de universal acatamiento la regla que indica que los árbitros carecen de potestad ejecutiva en cuanto a la efectiva traba de

---

11 “La procedencia de la jurisdicción arbitral se encuentra sujeta a la voluntad de los interesados quienes, mediante una cláusula compromisoria, pueden renunciar a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y someterse a la primera”. Extractado del fallo de la CNCom., Sala E, 20-03-2013, Omni security S.A. c. ADT Security Services S.A. s. Queja.

12 ALBALADEJO Manuel (1990) “El arbitraje testamentario”. *Actualidad Civil Aranzadi* (6).

13 SANTOS BELANDRO Rubén (2008) *Derecho Comercial Internacional*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo, p. 542.

una medida cautelar<sup>14</sup>. En tanto, y alejando por un instante nuestra mirada de la finalidad de aseguramiento que venimos describiendo, también es posible afirmar que las medidas cautelares intentan evitar la autotutela<sup>15</sup> conservando o innovando en la situación fáctica o jurídica existente al momento de editarse el conflicto. A menudo el proceso debe ofrecer una solución eficaz aunque provisoria, a fin de que las partes no se vean tentadas de hacer justicia por propia mano<sup>16</sup>.

Aflora una suerte de conclusión y es que el árbitro bajo éstas expectativas, queda sometido a una suerte de revisión jurisdiccional de sus decisorios relativos al tópico en cuestión.

Se ha pretendido más todavía. Valiéndose de instrumentos como la Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI se habla de la prosperidad de una medida cautelar “ex parte” o “in audita parte” lo que equivale a trabar la cautelar sin previa notificación al demandado. Y aquí debemos detenernos y meditar que el arbitraje pretende un procedimiento participativo en donde, por ejemplo, la rebeldía está erradicada. Visto así, el principio del debido proceso y el de bilateralidad están cumplidos. Es el árbitro quien debe velar por ellos de modo tal que la coherencia indica, que sólo por razones de urgencia debidamente probadas puede prosperar la traba de una medida cautelar sin encontrarse anoticiado el demandado<sup>17</sup>.

Éste último extremo podría profundizarse en el marco de la hipótesis y suponiendo que no se admita evadir la vía jurisdiccional estatal para la traba de la medida cautelar, cabe preguntarse si realmente tendrá fuerza ejecutoria la medida cautelar ordenada “ex parte” por decisorio de un árbitro, como un valor agregado al límite de sus facultades. Sobre el punto, en la Unión Europea la jurisprudencia elaboró un criterio unánime expresando, por ejemplo, que “Las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas provisionales y cautelares, dictadas sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada para comparecer y destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas a esta última parte, no pueden acogerse al régimen de reconocimiento y de

---

14 En verdad, el tema reconoce una raíz superior e intrincada cómo es el de precisar el concepto de jurisdicción y de allí en más saber si la actividad arbitral es jurisdiccional o no.

15 Sobre el punto, ver CAMPS Carlos Enrique (2012) *Tratado de las Medidas Cautelares, tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 214 y ss.

16 “El Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, y por tanto, no puede desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso, de allí entonces que coloca en manos de los jueces y los litigantes los elementos procesales para evitar los efectos nefastos del transcurso del tiempo en el derecho de las partes, para lo cual instituye las llamadas medidas precautorias o cautelares, tales como el embargo, con el fin de preservar la eventual ejecución futura del deudor, limitando las facultades de disponibilidad o goce de los bienes.” CC0102 MP 102864 RSI-944-97 I 7-8-1997.

17 ALBACAR LÓPEZ José Luis (1991) “El derecho a la tutela jurisdiccional”. *La Ley* (2), p. 914 y sgtes.

ejecución...”<sup>18</sup>. De más está decir, que el criterio se extendió a los laudos arbitrales dado que como es universalmente aceptado ambos decisorios, sentencias y laudos, merecen idéntico tratamiento.

Cabe recapacitar que el principio de equiparación entre justicia estatal y justicia arbitral no debe extenderse al punto de revestir total identidad pues de ser así, la opción entre una y otra justicia carecería de sentido alguno.

Lo cierto es que la carencia de “imperium” en el árbitro para dar plena ejecución a una medida coactiva por naturaleza, no implica la ausencia de facultad para dictar la medida cautelar en sí misma pues éstas son cuestión incita de todo proceso<sup>19</sup>.

La decisión y la ejecución son instancias claramente diferenciadas, por una se resuelve la conveniencia y admisibilidad y por otra se lleva a la práctica<sup>20</sup>.

Analizando un único sector, siempre se cae en parcialidad. La toma de medidas cautelares moviliza a la autoridad jurisdiccional y a la administrativa encargada de cumplir la manda; si al margen de ser el objeto del arbitraje un caso interno o uno internacional, le adosamos que los bienes sobre los que reposarán las cautelares se encuentran en un Estado diferente al del Tribunal Arbitral, el esquema podrá aparecer como de mayor complejidad pero en verdad el interrogante es siempre el mismo: el decisorio arbitral es suficiente o se requiere de la participación de la justicia ordinaria y a su vez, el ordenamiento del Estado de origen y el del Estado rogado conciben en idéntico tenor las facultades y limitaciones de los árbitros. Obviamente, éstas apreciaciones adquieren mayor relieve si la medida cautelar se pretende petitioner y trabar con carácter previo a la instauración del proceso de arbitraje en sí mismo.

Como es fácil deducir, las bondades del arbitraje empalidecen por carencia de uniformidad de criterio. Pese a ello, el arbitraje avanza de manera ascendente y dinámica en el mundo comercial e incluso en el área de inversiones. La razón obedece a constantes tales como especialidad, neutralidad, flexibilidad, celeridad, confianza, privacidad y simplicidad empero, es principio universalmente acatado que los órganos judiciales competentes son los únicos habidos para conocer del exequátur de laudos arbitrales extranjeros<sup>21</sup>.

---

18 STJCE 21 de mayo 1980, Denilauler vs. Couchet Frères (Recueil, 1980, páginas 1553-1584).

19 El árbitro tiene reconocida decisión pero no tiene imperio vale decir, decide pero no ejecuta.

20 MARCHESINI Gualterio Martín (2006) “Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial”. *La Ley*, 2006-C, Buenos Aires, mayo 26.

21 GÓMEZ JENE Miguel (2004) “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje”. *Diario La Ley* (5952), Madrid, febrero 11.

### 3. CONCLUSIONES: RESPUESTAS ACTUALES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El arbitraje de Derecho Privado Internacional se canaliza en coordenadas diferentes de las del interno pese a que las dos variables comparten idénticas insuficiencias o adolescencias. La peculiaridad de la especie internacional radica en las relaciones jurídicas que lo ocupan, dado que éstas no se encuentran vinculadas a un único ordenamiento jurídico al punto de ser necesario desmenuzarlas, a fin de determinar cuál o cuáles de sus elementos surgen como preferentes al resto para el correcto encuadre y determinación del grado de internacionalidad.

Se señala como Derecho del Arbitraje Internacional, al conjunto de normas establecidas como consecuencia de la caracterización internacional del arbitraje en función de los elementos que en él concurren y del objeto sobre el que versa.

Cobra realidad el “estatuto jurídico del arbitraje” como un acervo jurídico especial<sup>22</sup>. Sus normas se originan en diversas fuentes en razón de los distintos círculos normativos que intervienen en el diseño de la operación arbitral internacional en su conjunto.

Actualmente, el arbitraje sobre todo internacional, se orienta hacia la obtención de resultados optimizando su rendimiento. A la mentada y reforzada idea de estructurarse con un régimen especial y con la unificación a través de la codificación, se anexa su afianzamiento jurisdiccional. En avance, desde el momento en que el arbitraje se institucionaliza como modo habitual de solución de controversias, la pretensión es reforzar la función de los árbitros que conduce a la autonomía del procedimiento y de sus actores; autonomía que se refleja en notoria expansión de la jurisdicción arbitral y su desvinculación de la jurisdicción estatal, permaneciendo en manos de ésta última lo atinente a ejecución del laudo arbitral.

Cabe concluir, que la prevención frente al arbitraje e incluso su rechazo frente al monopolio jurisdiccional del Estado, ha dado progresivo paso al reconocimiento del arbitraje como un instrumento adecuado para prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales y por ello merecedor de ventajas o incentivos y finalmente, a generar convicción generalizada sobre la conveniencia de promover la difusión del arbitraje, mediante la instrumentación normativa del principio del “favor arbitri”<sup>23</sup>.

A ello, debemos añadir que la voluntad expresa y fehaciente de las partes conforma el indicador de sumisión a una jurisdicción

22 MERINO MERCHÁN José Francisco, CHILLÓN MEDINA José María (2006) *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. ed. Madrid: Thomson – Civitas, p. 821, 863, 870.

23 VERDERA Y TULLES Evelio (2005) *La ley 60/2003, de arbitraje entre la tradición y la innovación*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 92 y siguiente.

especial como es la arbitral y en cuestiones o materias delegadas por el mismo poder estatal; en consecuencia, las medidas cautelares forman parte del proceso principal sobre el cual los árbitros tienen potestad de conocimiento y de resolución<sup>24</sup>. Al respecto, la doctrina no se ha silenciado y es así como se invita a un cambio cultural frente al arbitraje en procura de un mejoramiento del mejoramiento normativo<sup>25</sup>. Por otra parte, la existencia de un convenio arbitral expone duplicidad de efectos; el positivo señala que por él las partes se obligan a cumplir con lo allí estipulado; el negativo resuelve el entuerto, pues su existencia impide a los órganos jurisdiccionales estatales conocer de las controversias sometidas a arbitraje<sup>26</sup>.

Mientras tanto, cabe esperar un estatuto universal de manera que las decisiones de los árbitros fueran reconocibles por aplicación de un derecho común.

Ésta expectativa no es sólo generosa por esclarecer las facultades de los árbitros lo es también a favor de alivianar la yuxtaposición de fuentes normativas que pesan sobre un proceso de arbitraje, que se simplifican en la práctica pero que existen. Observemos a primera vista que el procedimiento se institucionaliza ante un Tribunal que cuenta con un Reglamento que a su vez deriva en un Código Procesal, y que éste Tribunal o las partes optan por un instrumento internacional específico a lo cual se agrega el derecho aplicable al fondo de la cuestión.

Consideremos, que la pluralidad de fuentes plantea graves problemas a la hora de concretar el régimen jurídico del arbitraje sobre todo del internacional; las dificultades de coexistencia de pluralidad de fuentes se ve agudizada por los desfases en que frecuentemente incurren los legisladores nacionales al tiempo de crear leyes nacionales en materia de arbitraje, al punto de quedar en proyectos pendientes que no adquieren vigencia.

Observemos que la reglamentación a través de leyes nacionales es trascendente a la hora de cubrir la ausencia de tratados internacionales o bien de interpretarlos y sobre todo, la posibilidad de clarificar a través de su sanción la posición de un Estado y de su doctrina legislativa frente a determinado instituto o procedimiento.

En nuestros días, el arbitraje interno e internacional requiere del soporte de una ley específica de orden nacional; la autonomía disciplinaria y la especificidad adquirida por el arbitraje, no se conforma

---

24 La jurisprudencia se ha expresado en éste sentido y cito como ejemplo “Administración Nacional de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c. Hidroeléctrica Piedra del Águila S.A. s. Acción meramente declarativa”, fallo de la C.N.C y C, Sala II, de 26/08/03.

25 CAIVANO Roque (1998) “Medidas cautelares en el arbitraje”. *Jurisprudencia Argentina*, IV, p. 47.

26 Al respecto véase fallo de la CNCom., sala E, 20/03/2013- Omni Security Services S.A. s. Queja: “La procedencia de la jurisdicción arbitral se encuentra sujeta a la voluntad de los interesados quienes, mediante una cláusula compromisoria, pueden renunciar a la jurisdicción de los tribunales ordinarios y someterse a la primera”.



con la contención otorgada por los Códigos Procesales.

La uniformidad no se logra exclusivamente por la existencia de un único instrumento en el caso, internacional; se avanza en ella si los ordenamientos nacionales se encuentran no necesariamente en identidad de condiciones, pero por lo menos en paridad. Estamos frente a una situación no sólo creadora de leyes sino también correctora de las existentes, con preciso establecimiento de pautas de valor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBACAR LÓPEZ José Luis (1981) “El derecho a la tutela jurisdiccional”. *La Ley* (2), p. 914 y sgtes.
- ALBALADEJO Manuel (1990) “El arbitraje testamentario”. *Actualidad Civil Aranzadi*, (6).
- BOELE-WOELKI Katharina (2009) *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*. Amsterdam: Hague Academy of International Law.
- BROTONS Remiro (1980) *Sentencias arbitrales extranjeras*. Madrid: Editoras de Derecho Reunidas.
- CAIVANO Roque (1998) “Medidas cautelares en el arbitraje”. *Jurisprudencia Argentina*, IV, p. 47.
- CAIVANO Roque (2013) “Independencia e imparcialidad de los árbitros y buena fe procesal”. *La Ley*, Buenos Aires, noviembre 8, p. 6-7.
- CAMPS Carlos Enrique (2012) *Tratado de las Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ESPUGLES MOTA Carlos (1997) “El juez y el árbitro en el Arbitraje Comercial Internacional”. *Cuadernos de Derecho Judicial* (1), p. 13-57.
- FERNÁNDEZ ROZAS J., DE MIGUEL ASENSIO P. (2012) *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO Juan (2005) “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española”. *Revista de Derecho Mercantil*, (258), p. 1469-1532.
- FRESNEDO de AGUIRRE Cecilia (2012) “El arbitraje internacional: presencia y evolución en el ámbito jurídico uruguayo”. En OYARZÁBAL Mario J. A. (coord.) *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Edición Ábaco.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ Francisco J. (2012) *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Thomson Reuters.
- GÓMEZ JENE Miguel (2004) “El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje”. *Diario La Ley* (5952), Madrid, febrero 11.
- JUENGER F. K. (1998) *Contratación internacional, comentarios a los principios sobre contratos comerciales internacionales del UNIDROIT*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- LORCA NAVARRTE Antonio María (2007) “Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de

arbitraje UNCITRAL/CNUDMI”. *Diario La Ley* (6634), Madrid, 22 de enero de 2007.

MARCHESINI Gualterio Martín (2006) “Las medidas cautelares en el proceso arbitral comercial”. *La Ley*, 2006-C, Buenos Aires, mayo 26.

MARTIN BRAÑAS Carlos (2012) “La declinatoria como instrumento adecuado para alegar en el proceso jurisdiccional el sometimiento de la cuestión litigiosa a arbitraje”. *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 3(1), p. 160-171.

MERINO MERCHÁN José Francisco, CHILLÓN MEDINA José María (2006) *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. ed. Madrid: Thomson – Civitas.

OLIVENCIA RUIZ Manuel (2005) *Arbitraje Mercantil - Ensayo sobre una justicia alternativa. Escritos Jurídicos*. Sevilla: Fundación El Monte.

OLIVENCIA RUIZ Manuel (2010) *Derecho mercantil y proceso*. Madrid: Estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

PRIETO CASTRO Leonardo (1955) *Problemas debatidos en el Primer Congreso Ibero-Americano de Derecho Procesal y en particular, el arbitraje. Lecciones pronunciadas en la Universidad de Deusto los días 5, 6, y 7 de Diciembre de 1955*. Bilbao: ARTE.

ROGEL VIDE Carlos (2006) “El convenio arbitral y el arbitraje testamentario”. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (3).

SAGRARIO Ramiro (2013) “El acuerdo de arbitraje en el Proyecto de Código”: *La Ley*, Buenos Aires, 29 de agosto de 2013.

SANTOS BELANDRO Rubén (2004) “Hasta qué punto puede diluirse la formalidad del Acuerdo de Arbitraje Internacional en América Latina”. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, (15), p. 81-91.

SANTOS BELANDRO Rubén (2008) *Derecho comercial Internacional*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.

VALLET de GOYTISOLO Juan (2010) *La función de juzgar y sus aportaciones al arte y la ciencia del Derecho*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid.

VERDERA y TULLES Evelio (2005) *La ley 60/2003, de arbitraje entre la tradición y la innovación*. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.



## NORMA EDITORIAL

### 1. PRESENTACIÓN

#### **Cómo surgió la revista**

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

#### **Temas y alcance**

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

#### **Sistema de revisión**

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

### 2. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

#### **Pasos a seguir**

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

1. Título en portugués y en español;
2. Nombre de cada autor, seguido por afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo.

3. Dirección electrónica para correspondencia con editor trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, se deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada, en el campo correspondiente en el sistema.

De ser necesario, indicación de actualización de afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

**ATENCIÓN:** El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

### **3. FORMATO DE ENVÍO**

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y no debe exceder las 20 (veinte) páginas, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con

una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

#### 4. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

**La estructura del artículo debe contener:**

**Título:** en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho para hacer ajustes sobre el mismo.

Las notas aclaratorias: del título debe insertarse al final de la página con llamada de \*.

**Resumen:** en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

**Palabras clave:** en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que irán después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

**Cuerpo del artículo:** Deberá constar con la siguiente estructura: Introducción, Desarrollo, Conclusión.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en letra cursiva, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de la página, sin sangría, letra “Times New Roman”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso exclusivo de notas aclaratorias del texto no para uso de referencias bibliográficas ya que éstas deberán incorporarse al final.

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “Times New Roman” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

**Agradecimientos:** en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de la referencias bibliográficas.

**Referencias bibliográficas:** se incorporarán al final del artículo, bajo el título *Referencias Bibliográficas* donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto y consultados. Se utilizará formato Harvard y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores. En caso de 2 o más autores tomar como referencia el primero de la obra.



Ejemplos:

### LIBRO IMPRESO

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)  
***Título del libro*** –en cursiva-. Lugar de publicación: Editorial.

Un autor

EKMEKDJIAN Miguel Ángel (1996) *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

Dos autores

KISS Alexandre e SHELTON Dinah (2007) *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV.

Más de dos autores

MONCAYO Guillermo, VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1997) *Derecho Internacional Publico, Tomo I*. Buenos Aires: Zavalía.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998) *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD Michael, ANDREOPOULOS George, SHULMAN Mark (org.) (1994) *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. London: Yale University Press.

Abreviaciones:

edit. para editor – edits. para editores

coord. para coordinador - coords. para coordinadores

comp. para compilador - comps. para compiladores

org. para organizador - orgs. para organizadores

### LIBRO EN LÍNEA

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)  
***Título del libro*** –en cursiva-. Lugar de publicación: Editorial.  
[online] disponible en: <dirección de la página> [fecha de la consulta].

BURREL A., FERRARI E., GONZÁLEZ MELLADO A., HIMICS M., MICHALEK M., SHRESTHA S., VAN DOORSLAER B. (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online] disponible en: [http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201\\_main%20results\\_jrc67394.pdf](http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf) [consultado ee 21/10/2012].

#### CAPÍTULO DE UN LIBRO

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres del autor del capítulo (año de publicación) “Título del capítulo del libro”. En **APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres de/los editor(es), compilador(es) del libro (utilizar la abreviación de editor, compilador, coordinador, organizador según sea el caso) *Título del libro* –en cursiva-. Ciudad de publicación: Editor.

BARREIRA Enrique (2008) “Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del MERCOSUR”. En LEITA Francisco y NEGRO Sandra C. (coord) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, p. 39 a 48.

#### ARTÍCULO DE REVISTA IMPRESA

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (año de publicación) “Título del artículo”. *Título de la revista* –en cursiva-, vol, nº o tomo, p.inicial-final.

VITANYI Béla (1976) “La signification de la “généralité” dès principes de droit”. *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 80, pp. 536-545.

#### ARTÍCULO DE REVISTA EN LÍNEA

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (año de publicación) “Título del artículo”. *Título de la revista* –en cursiva-, vol, nº o tomo, p.inicial-final. [online] disponible en: <dirección de la página> [fecha de la consulta].

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L. y SCOTTI Luciana B. (2005) “Armonización legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado”. *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (16). [online] disponible en: <[www.eldial.com](http://www.eldial.com)> [consultado en diciembre de 2006].

**JORNADAS, CONFERENCIAS, CONGRESOS**

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)  
*Título del documento –en cursiva–*. “Nombre del evento”, fecha y lugar del evento. Ciudad de publicación: Editor.

**ARTÍCULO PRESENTADO EN CONFERENCIA, JORNADA, CONGRESO**

**APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (año de publicación)  
“Título del artículo. En **APELLIDOS** –en mayúsculas- Nombres (editor/compilador) *Nombre del evento*, fecha y lugar del evento. Ciudad de publicación: Editor, p. inicial-final.

## NORMA EDITORIAL

### 1. APRESENTAÇÃO

#### **Como surgiu a Revista**

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português.

#### **Temas e alcance**

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

#### **Sistema de avaliação**

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade *blind review*, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

### 2. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

#### **Passos a seguir**

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

1. Título em português e em espanhol;

2. Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;

3. Contatos como endereço eletrônico (email), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Deve-se incluir um breve curriculum vitae na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recompilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

**ATENÇÃO:** O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

### **3. FORMATO DE ENVÍO**

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão .doc; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

#### 4. ESTRUTURA DO ARTIGO

**A estrutura do artigo deve conter:**

**Título:** no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de \*.

**Resumo:** em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palavras chave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

**Corpo do artigo:** Deverá constar com a seguinte estrutura: Introdução, Desenvolvimento, Conclusão.

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico, começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje ressaltar dentro de um parágrafo deverá ser escrito em itálico, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas devem ser inseridas ao final da página, sem recuo, letra Times New Roman, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 1 (um). Serão para uso exclusivo de notas esclarecedoras ou apontamentos aclaratórios do texto. Não devem ser usadas para o uso de referências bibliográficas, já que essas deverão estar no fim.

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

**Agradecimentos:** se necessários, devem se restringir a, no máximo, 20 palavras, no final do artigo, antes das referências bibliográficas.

**Referências bibliográficas:** devem ser incorporadas ao fim do artigo, sob o título *Referências Bibliográficas* em que devem estar incluídos os trabalhos citados no corpo do texto e consultados, utilizando-se o formato Harvard e ordenados alfabeticamente por sobrenome dos autores. Nos casos de 2 ou mais autores, deve-se tomar como referência o primeiro da obra.



Exemplos:

## LIVRO IMPRESSO

**SOBRENOME** –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)  
**Título do livro** –em itálico-. Lugar de publicação: Editora.

Um autor

EKMEKDJIAN Miguel Ángel (1996) *Introducción al Derecho Comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*. Buenos Aires: Ed. Depalma.

Dois autores

KISS Alexandre e SHELTON Dinah (2007) *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV.

Mais de dois autores

MONCAYO Guillermo, VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D. T. (1997) *Derecho Internacional Publico, Tomo I*. Buenos Aires: Zavalía.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (1998) *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD Michael, ANDREOPOULOS George, SHULMAN Mark (org.) (1994) *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. London: Yale University Press.

Abreviaciones:

edit. para editor – edits. para editores

coord. para coordenador - coords. para coordenadores

comp. para compilador - comps. para compiladores

org. para organizador - orgs. para organizadores

## LIVRO ON-LINE

**SOBRENOME** –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)  
**Título do livro** –em itálico-. Lugar de publicação: Editora. [online]  
disponível em: <endereço da página> [data da consulta].

BURREL A., FERRARI E., GONZÁLEZ MELLADO A., HIMICS M., MICHALEK M., SHRESTHA S., VAN DOORSLAER B. (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online] disponível em [http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201\\_main%20results\\_jrc67394.pdf](http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf) [acessado em 21/10/2012].

### **CAPÍTULO DE LIVRO**

**SOBRENOME –em maiúsculas-** Nomes do autor do capítulo (ano de publicação) “Título do capítulo do livro”. Em **SOBRENOME –em maiúsculas-** Nomes do(s) editor(es), compilador(es) do livro (utilizar a abreviação de editor, compilador, coordenador, organizador conforme o caso) *Título do livro –em itálico-*, cidade de publicação: Editor.

BARREIRA Enrique (2008) “Algunas dificultades que presenta el marco jurídico del MERCOSUR”. Em LEITA Francisco e NEGRO Sandra C. (coord) *La Unión Europea y el MERCOSUR: a 50 años de la forma de los Tratados de Roma*. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA – La Ley, p. 39 a 48.

### **ARTIGO DE REVISTA IMPRESSA**

**SOBRENOME –em maiúsculas-** Nomes (ano de publicação) “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico-*, vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

VITANYI Béla (1976) “La signification de la “généralité” dès principes de droit”. *Revue Générale de Droit International Public*, Tome 80, pp. 536-545.

### **ARTIGO DE REVISTA ON-LINE**

**SOBRENOME –em maiúsculas-** Nomes (ano de publicação) “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico-*, vol, nº ou tomo, p. inicial-final. [online] disponível em: <endereço da página> [data da consulta].

FELDSTEIN de CÁRDENAS Sara L. y SCOTTI Luciana B. (2005) “Armonización legislativa en el MERCOSUR: La interacción entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Comparado”. *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración* (16). [online] disponível em: <www.eldial.com> [acessado em diciembre de 2006].

## JORNADAS, CONFERÊNCIAS, CONGRESSOS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)  
*Título do documento –em itálico-*. “Nome do evento”, data e lugar  
do evento. Cidade de publicação: Editor.

## ARTIGO APRESENTADO EM CONFERÊNCIA, JORNADA, CONGRESSO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes (ano de publicação)  
“Título do artigo”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes  
(editor/compilador) *Nome do evento*, data e lugar do evento.  
Cidade de publicação: Editor, p. inicial-final.

Versión online finalizada  
en marzo de 2014.

Versión impresa finalizada  
en marzo de 2014.



**Dr. Roberto Puceiro Ripoll**  
8/01/1939 - 24/06/2013

Doutor em Direito e Ciências Sociais, Advogado, 1966, República Oriental do Uruguai.

Assessor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores. Direção Geral de Integração e MERCOSUL. Secretaria do Ministro. Assessor Jurídico do Instituto Antártico Uruguaio. Exercício da profissão e assessoramento em matéria de Direito Internacional Público e Relações Internacionais. Professor Catedrático de Direito Internacional Público Grau 5 de Direito da Faculdade de Direito da Universidade da República (desde 1976).

Professor Catedrático de Direito Internacional Público I Grau 5 da Carreira de Relações Internacionais da mencionada Faculdade (desde 1976).

Professor Catedrático Titular de Direito Internacional Público na Universidade ORT.

Professor de Direito Internacional Público e Política Internacional no Instituto Artigas do Serviço Exterior do Ministério de Relações Exteriores.

Professor Conferencista de Direito Internacional Público do Curso de Altos Estudos Nacionais - CALEN. Professor de Direito Internacional Público na Escola de Comando e Estado Maior Aéreo da Força Aérea. Membro investigador e integrante do Grupo de Trabalho de Direito Internacional Público do Centro de Investigação e Difusão Aeronáutico-Espacial da Direção Geral de Aviação Civil. Membro e integrante do Conselho Diretivo da Associação Uruguaia de Direito Internacional. Membro da International Law Association. Membro do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional. Membro Correspondente da Associação Argentina de Direito Internacional. Membro Correspondente do Centro de Estudos Internacionais Argentinos. Membro da Associação Uruguaia de Ex-Bolsistas da O.E.A. Membro da Academia de História Aeronáutica do Uruguai. Membro do Instituto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito.

Árbitro Titular do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL pela República Oriental do Uruguai no período 2004-2010.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros - art. 18 Protocolo de Olivos (PO) - y a la Secretaría del Tribunal (ST) - art. 35 CMC/DEC N°37/03, GMC/RES N°66/05 y GMC/RES N°39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

---

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros - art. 18 Protocolo de Olivos (PO) - e a Secretaria do Tribunal (ST) - art. 35 CMC/DEC N° 37/03, GMC/RES N° 66/05 e GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

[www.tprmercotur.org](http://www.tprmercotur.org)

[www.revistastpr.com](http://www.revistastpr.com)

Av. Mcal. López y Gral. Santos, Edificio “Villa Rosalba”

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411