



GOBERNANZA, ESTADO E INTEGRACIÓN REGIONAL

Liliana Bertoni, Martina Rojo, Roberto Caldas
Coordinadores

Carolina Lopez Laurino, colaboración

Bertoni, Liliana Elisabet

Derecho internacional, relaciones internacionales : gobernanza, Estado e integración regional / compilado por Liliana Elisabet Bertoni. - 1a edición bilingüe - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Liliana Elisabet Bertoni, 2019.

Libro digital, DOC

Edición bilingüe: español-portugués

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-86-1305-5

1. Derecho Internacional Público. 2. Relaciones Internacionales. 3. Concertación Económica. I. Bertoni, Liliana Elisabet, comp. II. Título.

CDD 341.3

GOBERNANZA, ESTADO E INTEGRACIÓN REGIONAL

Coordinación General: Liliana Bertoni,
Martina Rojo, Roberto Caldas.

Con colaboración de Carolina López Laurino



CEIDIE

UNINOVE
Universidade Nove de Julho



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR
Ciencia a la mente y virtud al corazón



ÍNDICE

Presentación de la obra Dra. Sandra Negro	4
Prólogo Dr. Jorge Vanossi	7
Capítulo I: Gobernanza e integración desde una óptica económica	18
Capítulo II: Globalización, gobernanza e integración regional desde la perspectiva jurídico-política	57
Capítulo III: Organizaciones internacionales, la economía y las relaciones con el consumidor	120
Capítulo IV: El desarrollo sostenible en la agenda de la integración, los Estados, la protección de los Derechos Humanos	173

Presentación de la obra.

Por Sandra C. Negro¹

Los trabajos reunidos en esta obra son el resultado de la colaboración académica entre profesores de varias Universidades de Brasil, miembros de la red, de investigación “Integración, Estado y Gobernanza” creada en el marco de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad Federal de Minas Gerais, bajo la dirección de la Dra. Jamile Mata Diz, a los que se sumaron profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad del Salvador.

La presentación de dichos trabajos fue realizada en el Seminario Internacional titulado “Gobernanza, Estado e Integración Regional” que tuvo lugar los días 20 y 21 de septiembre de 2018 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Los mismos fueron expuestos en paneles sucesivos integrados por juristas y economistas, entre otras disciplinas, de Argentina y Brasil con la modalidad de un coordinador- relator y expositores, por cada sesión.

Los temas abordados fueron inicialmente la Gobernanza y la integración regional, desde la óptica económica, y sucesivamente desde las perspectivas política y jurídica. Algunos ámbitos, por su especificidad y particularidades, se debatieron separadamente, así la protección del consumidor y el desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos, respectivamente.

Los capítulos de esta obra han sido compilados y editados por la meritoria labor en Argentina de las Dras. Liliana Bertoni y Martina Rojo, y en Brasil por el Profesor Roberto Caldas, quien se ocupó particularmente de recopilar los trabajos aportados por los profesores de las distintas Universidades brasileñas.

Muchas de las reflexiones son entorno al devenir de la integración regional. Las contribuciones recibidas analizan en muchos casos el por qué, a pesar de visibles avances y a la vez, perceptibles parálisis en el MERCOSUR, cuales son las dificultades que impidieron consolidar la integración subregional y cuál ha sido el rol de los Estados- Nación en esta tarea.

El gran desafío de lograr una estructura jurídico-política que se muestre sólida y eficiente y que se perpetúe en el tiempo, es un horizonte inalcanza-

1. Profesora titular “Derecho de la Integración” de Universidad de Buenos Aires.

do pero valorado desde los inicios de los esfuerzos integracionistas.

Es sabido -en teoría y a la luz de las experiencias de integración regional comparadas- que la integración ha prosperado a partir de aproximaciones políticas entre los Estados.

Existen en América antecedentes relevantes desde el punto de vista político- económico que actúan como impulsores, en ciertas ocasiones y son disuasivos de la integración, en otras etapas, a saber: pasados de alternancia de gobiernos de iure y gobiernos de facto, gobiernos liberales y otros de sesgo proteccionista y oscilaciones desde el cierre parcial o total hasta la apertura y liberalización de los mercados.

La sucesión de procesos de integración del pasado y del presente son objeto de examen en los capítulos de la obra haciendo evidente las dificultades atravesadas tanto en la ALALC- ALADI, la CAN, el MERCOSUR como en la UNASUR

Asimismo, se contemplan cuáles son los cambios estructurales que especialmente en ámbito de MERCOSUR, se requerirán para generar nuevos compromisos que permitan adoptar acciones concretas y eficientes.

En un contexto de globalización en el cual la comunidad internacional aparece organizada a través de diversos actores que comparten el escenario desempeñando varios roles, los Estados, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales, las empresas y los individuos dan lugar a la “arquitectura de la gobernabilidad global”. La interdependencia, la gobernanza y el rol de las empresas son analizados en trabajos para explicar fenómenos actuales.

Siguiendo la línea de pensamiento de Haas cabe preguntarse por la insuficiencia de los objetivos económicos de la integración regional. Haas expresó que el interés por beneficios económicos en la integración regional no perdura en el tiempo y no ayuda a la consolidación de los procesos en marcha. La debilidad y fragilidad de los procesos es una constante.

Cabe preguntarse por la intención de los países de la Región frente al sistema multilateral de comercio y a la inserción política internacional y allí se hallan diversas conductas oscilantes desde la inserción unilateral hasta la acción a través de bloques regionales.

Asimismo, los Estados y la integración regional, han dado respuesta disímil a temas vinculados a la protección de los consumidores y del ambiente. Algunas iniciativas desde el plano regional pero otras, varias desde el ámbito estatal. Ambos temas gozan de indudable actualidad y preocupación, en el siglo XXI. De allí la relevancia de su inclusión en el debate académico y de los aportes realizados a través de contribuciones específicas.

En conclusión, los lectores encontrarán en los trabajos elaborados desde múltiples ópticas, que constituyen esta obra, aportes de indudable valor académico que les permitirán agudizar la reflexión y actualizar sus conocimientos en materia de integración regional, el rol del estado y la empresa y el significado y alcance de la Gobernanza.

Prólogo

La integración y los tratados con Estados de Latinoamérica y con otros Estados

Por Jorge Reinaldo Vanossi

Constitución Nacional:

Art. 75, inciso 24. Corresponde al Congreso:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

I) Sin exagerar las cosas, podemos decir que más allá de los otros aspectos que el tema de la integración asume, esta faz jurídica es un dato relevante en la forma en que se quieran encarar los procesos de integración. El aspecto constitucional es también, dentro de los temas constitucionales de nuestro tiempo, un tema que tiene sus bemoles; porque la problemática constitucional de la integración referida al continente americano es un dato insoslayable en cualquier análisis de tipo integral que se quiera hacer de estas cuestiones.

Pero como esto está imbricado en un devenir incierto que es la suerte de la integración misma, su planteamiento puede oscilar entre la utopía y la ciencia-ficción; y de eso se trata: de extraer el tema de posiciones extremas, utópicas o ficticias y de llevarlo a un plano de reflexión, analítico, sin mayores notas emocionales de por medio.

Es también éste uno de los pocos aspectos en que los juristas se anticipan a la realidad. En general, sabemos que, en muchos de los problemas de nuestro tiempo, la respuesta jurídica llega después del problema, para enca-

rarlo y darle solución. Aquí, el derecho público intenta aventajar al proceso fáctico y así ocurre en la realidad constitucional de algunos países hermanos. Sin embargo, hay una motivación para ello que a veces está conscientemente explícita y otras veces subconsciente o implícita. Pero la integración (y en su faz jurídica también) es un tema que no perdona; la equivocación es la muerte civil de aquéllos que puedan incurrir en el error, y podemos equivocarnos en cualquiera de las dos formas, pues el acierto no depende de un simple sí o de un simple no. La experiencia demuestra cómo, en Europa grandes políticos de la dimensión de un Pierre Mendes-France, en Francia, no se pudieron dar el lujo de sobrevivir a su error en el enfoque del tema de la integración. Sólo figuras de la talla del General de Gaulle, no obstante, las reticencias y resistencias que pusieron a las modalidades del proceso de integración pudieron quedar al margen de este deterioro.

Si la receptividad es predisposición, creemos, lejos del optimismo, que estamos distantes de aceptar todas las secuelas ni las implicancias que en el ámbito jurídico supone un proceso de integración. Aun aceptando la idea, aun señalando nuestra complacencia y hasta una nota de entusiasmo, cuando llega la oportunidad de puntualizar en concreto los efectos, allí vienen a actuar datos que significan poner un poco el pie sobre el freno y no ya en el acelerador.

Esto es así, porque los factores y condicionamientos políticos son los más gravitantes y, desde luego, inciden sobre la parte jurídica de la integración; pues comienzan también por gravitar en la parte del derecho público y fundamentalmente en la faz constitucional. Podemos anticipar a manera de conclusión que hay una diferencia entre dos ámbitos, porque mientras en el derecho público es imposible avanzar en esta materia sin plantear el tema constitucional y el tema de las reformas constitucionales necesarias, en el plano del derecho privado, en cambio, es posible llevar a cabo una labor creativa de alta fecundidad hacia la integración, sin mayores dificultades, sin mayores obstáculos que de esas mismas estructuras normativas puedan derivarse.

Los problemas constitucionales son de otra índole. Para algunos autores son simples problemas de interpretación, ya que todo sería fácilmente solucionable, según fuera el procedimiento o la tónica hermenéutica a aplicar. Para otros autores se trata de un problema de lagunas, es decir, situaciones no previstas de las cuales no puede inferirse una prohibición y, *a contrario sensu*, hay un campo abierto de permisión para avanzar en la materia de integración. Para otros, es un problema de mutación constitucional por supresión, donde la necesidad de celebrar compromisos internacionales, con

creación de organismos y entrada en el mundo del derecho comunitario, ha permitido “habilitar” las competencias comunitarias.

Para otros, en cambio, no habría un problema de rigidez absoluta, sino de rigidez parcial para ciertos actos internacionales; y utilizan así la vía de la analogía. Las soluciones dadas en algunos países, incluso de estructura federal, exhiben una disparidad de soluciones en cuanto a temas vinculados con el problema de las competencias internas entre los estados locales y el Estado central, frente a la celebración de actos internacionales en los que el Estado central podrá entrar a absorber las competencias de los estados locales. Se recuerda aquí el caso de las aves migratorias en los Estados Unidos (*Missouri vs. Holland*, 252 URS 416, año 1920, voto de Mr. Justice Oliver W. Holmes; y posterior caso *Reid vs. Covert*); aunque pese a las reservas de otros jueces, como Black, los hechos dan la razón al gran internacionalista Paul Reuter en el sentido de que “las relaciones internacionales son un instrumento de centralización para las estructuras compuestas” (sic).

Para otros, sería un problema de abstención de la justicia, es decir, que los jueces, interpretando las cláusulas constitucionales que les conceden jurisdicción para resolver todos los casos regidos por puntos de la Constitución, se abstuvieran en aquellos en que mediaran planteos de impugnación a los tratados o normas básicas de la integración, o de ulterior ataque a las normas de implementación dictadas a nivel comunitario.

Tenemos también la posición de aquellos que colocan decididamente esto en el terreno del poder constituyente y que estiman insoslayable la necesidad de proceder a un nuevo reparto de competencias para que, en el juego entre el poder constituyente y los poderes constituidos, sea el primero quien tenga la exclusividad de tomar la decisión política fundamental correspondiente.

El verdadero problema o cuestión está en lo que con diversa terminología algunos con mayor énfasis han denominado “cuestión de la supranacionalidad”, y otros, con mayor cautela, han caratulado bajo la denominación del “derecho comunitario”. En definitiva, se trata de eso: el rango y la ubicación jerárquica de estas normas de supranacionalidad comunitaria con relación al derecho de los diversos países.

Por eso, el interrogante de si hay un conflicto entre esa supranacionalidad o ese derecho comunitario y la soberanía, y si éstos son términos que están evidentemente en colisión o no tan evidentemente, es uno de los problemas de índole política constitucional que requiere ser abordado.

La idea de supranacionalidad implica, ante todo, interdependencia y,

en consecuencia, debe ser tomada con esa connotación y no con la prevención (que es más animadversión) de sostener que la supranacionalidad o el derecho comunitario son una pérdida en sentido negativo y peyorativo de todas las posibles virtudes derivadas de la cualidad soberana de los Estados miembros.

Por lo pronto, todo organismo comunitario, por más tibio que sea el ensayo y por más tímida que sea la cuestión, pone fin a una total autodeterminación. Y si soberano es aquél que está exento de control; si por soberanos entendemos a una persona, a un ente o una situación sobre la cual no puede recaer un mecanismo de control que surta efectos limitativos, entonces debemos decir que la concepción clásica de la soberanía es una concepción que está en la página de los libros, pero que ya no se corresponde con la realidad interdependiente del mundo contemporáneo. Además tenemos que recordar, a manera de agregado en esta reflexión, que se es también soberano cuando se delega: desde el modesto contrato que celebran dos particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, hasta las altas contrataciones que celebran los Estados en el orden internacional; ya que precisamente porque contratan, celebran tratados y porque delegan a través de los contenidos de esos contratos, es porque están demostrando un ejercicio soberano de la autonomía de su voluntad (en el caso que nos interesa, de su autonomía política).

El interrogante que surge de esta reflexión es si podemos integrarnos económicamente, sin delegar políticamente y sin tener consecuencias jurídicas en el ámbito de la soberanía. Dicho en otro lenguaje, se pregunta si podemos anotarnos en el *comodum* sin sufrir el *periculum* (tomando la vieja teoría romana de los riesgos). No parece que puedan por un lado predicarse, sostenerse, desearse y auspiciarse todas las ventajas y todos los efectos seguros en un proceso de integración, pero que simultáneamente se pongan todas las resistencias, todos los reparos y todas las dificultades al riesgo, al *periculum*, al necesario sacrificio que implica entrar en un proceso común, donde, precisamente, de lo común surgirá la compensación entre las ventajas y los inconvenientes.

Toda integración, en el cabal sentido de la palabra, desde luego que conlleva un cierto grado de integración política; y esto hay que tomarlo como un dato anticipadamente resuelto, pero no sufrir después desengaños o perturbaciones en el análisis de los resultados.

Claro está que el punto de partida en este tema es mucho más fácil para los que en las doctrinas y escuelas del derecho internacional y del viejo problema (la *vexata questia*) entre las relaciones del derecho internacional y

del derecho interno, toman partido por la tendencia monista; porque los monistas conocen y aceptan, ya de antemano, el punto de llegada. Ellos parten de una afirmación que no les crea problema o no les perturba el razonamiento, hasta sus últimas consecuencias. El monista está victorioso en grandes terrenos de la teoría, en autores de tan dispar formación, como Kelsen en el positivismo o como Goldschmidt en el dualismo. Pero es una siembra de prevenciones y reservas en la práctica política. Es en el nivel de las experiencias políticas, donde el monismo recibe las mayores resistencias. Los monistas son puros, pero los monismos, las situaciones concretas de monismo corresponden a realidades bien tangibles, de las cuales cabe aquí señalar dos: una, la de los sistemas altamente integrados, en los que la evolución del proceso de integración lleva a niveles muy superiores de los que podemos observar en nuestro Continente; y por el otro lado, interesa el monismo a las grandes potencias, a los grandes sistemas que pueden aspirar a un rol hegemónico más propicio para dar cobertura a esas situaciones de hegemonía.

Por eso, la afiliación doctrinaria al monismo conlleva siempre ciertos compromisos en los que debemos reparar y que es menester señalar en esta breve reflexión.

El dualismo, en cambio, sigue siendo un instrumento defensivo apto, sobre todo para aquellos países que no pertenecen a una órbita hegemónica, que no está en situación de serlo o que no pertenecen todavía a realidades de integración mucho más avanzadas.

Y mirando ya a las constituciones, las de nuestro Continente son muy variadas en lo que a este tema se refiere, aun con el dato común de pertenecer a la categoría de las rígidas. Es dable formular su agrupamiento en cuatro sectores:

1. Por un lado, las constituciones que podemos llamar cariñosamente "viejas", todas ellas por venir del siglo XIX y primera mitad del XX, o más cercana, pero anteriores a los procesos de integración, no han podido contemplar en forma explícita estos problemas y, por lo tanto, no dan una respuesta jurídica expresa al interrogante de derecho comunitario.

2. Por otro lado, hay un grupo de constituciones de una particular región del Continente que, por una peculiar situación de origen histórico contemplan el problema; son los países centroamericanos donde, añorando la vieja unidad del siglo XIX, todas sus constituciones, de una u otra manera, procuran -como directiva política- recuperar esa unidad

para lo cual la integración es un mecanismo apto.

3. Un tercer grupo son aquellas constituciones en que el poder constituyente ha tomado la decisión política fundamental a favor de la integración, a través de un compromiso para avanzar en ese proceso, pero se ha abstenido de pormenorizar los detalles referentes al reparto de competencias y a los mecanismos que habrán de seguirse para la generación de las demás normas del derecho comunitario.

4. Por último, hay un grupo de países que siguiendo el camino de esa decisión política fundamental tomada a favor de la incentivación de los procesos de integración, incorporan los mecanismos y resuelven, concretamente, el punto atinente a la prelación de las normas y a la firmeza que pueden adquirir en el orden jurídico interno, no sólo las normas de un tratado base sino también las normas de implementación ulteriores. Es el caso argentino a partir de 1994.

II) Pero el interrogante que nos surge es sobre la índole del problema constitucional: a qué ámbito pertenece y cuál es la ubicación del derecho comunitario. No creemos que sea una cuestión de mera exégesis.

De las posiciones que *ut supra* anticipábamos respecto de la ubicación que la doctrina le da a la cuestión, se abre paso más firmemente aquélla en el sentido de que se trata de *una decisión política fundamental*, de la misma índole y de la misma naturaleza que en su momento tomaron los constituyentes para definir la forma de gobierno (por la república o la monarquía) y la forma de Estado (por la unidad o por la federación).

Por eso ya hace algunos años que la Inter-American Bar Association con motivo de tratarse los problemas constitucionales de la integración, en una resolución de la 16ª Conferencia afirmaba: “Teniendo en cuenta la existencia en el Continente americano de regímenes constitucionales que consagran normas predominantemente rígidas en cuanto a la organización y distribución de las competencias de los poderes estatales, nacionales y locales, es menester que a los efectos de la más segura ordenación de todo proceso de integración se proceda oportunamente, y una vez que se han determinado los instrumentos de integración, a la adaptación de las respectivas constituciones por los medios correspondientes, para que sin desmedro de las soberanías locales se formalicen las delegaciones de poderes conducentes al objetivo propuesto, compadeciendo este proceso con las respectivas previsiones constitucionales” (año 1969).

Hay en todo esto dos o tres problemas que vienen por añadidura y que tienen implicancia jurídica. Sólo los mencionamos de manera enunciativa:

1) la integración va acompañada en ciertos países de América Latina, como en el caso de México, Venezuela, Brasil y en la Argentina, de una “cuestión federal”. Hay delegación de competencias no delegadas o reservadas por las provincias o Estados partes de la federación; y si bien es cierto que la jurisprudencia de los Estados Unidos resolvió en el ya mencionado caso de las aves migratorias y con cierta flexibilidad la manera de sortear este problema, hay también en la doctrina argentina y comparada ciertas reservas respecto del grado de erosión que puede significar el compromiso de integración, con respecto a los reparos de competencias internas en el orden del Estado federal. 2) La integración es un fenómeno nuevo que nos pone frente al problema de buscar o no soluciones o encasillamientos por medio de las analogías. En este punto los autores con gran veteranía nos hablan de las semejanzas con los procesos federales, con las figuras jurídicas del Estado federal y sus diferencias. Y aquí es donde tenemos que llamar la atención, precisamente, sobre el carácter relativo o, mejor dicho, las limitaciones que tienen estas apelaciones a las figuras conocidas, ya sean las de la federación propiamente dicha o la de los Estados cuasi-federales, o cualquier otra figura que *mutatis mutandis* quiere aplicarse. Somos escépticos en cuanto al valor de las apelaciones a figuras conocidas; y creemos que el hallazgo imaginativo corresponde a la creatividad del fenómeno nuevo; y así como en Filadelfia (1787) los constituyentes crearon una situación totalmente novedosa, para la cual ya no valían por analogía las figuras o las reglas de la confederación de Estados, del mismo modo para los procesos de integración es un desafío a la imaginación creadora de los juristas buscar nuevas figuras jurídicas que permitan evitar los errores o distorsiones a los que se puede llegar por una excesiva imitación o analogía.

Un tercer problema que cabe mencionar es la crisis que causa la integración en el meollo del concepto de Constitución totalmente “rígida” a que estamos acostumbrados en los países occidentales. El interrogante es: ¿Seguirá siendo rígida o será parcialmente rígida o sectorialmente flexible la Constitución? Habrá constituciones en que una de sus partes, preferentemente la dogmática, seguirá siendo prioritariamente rígida; mientras que otras de sus partes, la orgánica, que es la atinente a la delegación de las competencias, entrará por vía de la implementación de los tratados base o marco en un carril de progresiva flexibilidad.

Holanda, país comprometido también en esta materia, fue el primero que se ha resignado a aceptar que, de una manera indirecta, su Constitución pueda ser modificada.

Hay, por cierto, un sinnfín de problemas jurídicos que acompañan al

problema constitucional y que por su excesiva dimensión no cabe acá pormenorizar, pero sí enunciarlos porque vienen a renglón seguido del problema constitucional. Son tópicos que hacen al derecho y que trascienden las meras implicancias de tipo aduanero o fiscal que puedan conllevar los procesos de integración. Problemas jurídicos de circulación de personas, de circulación de capitales, de derecho de establecimiento de personas y de sociedades jurídicas, de régimen de trabajo, de régimen de previsión social, de tratamiento impositivo, de derecho de patentes y marcas, de derechos de valores, mercados y títulos, de ejecuciones y concursos civiles y comerciales, de sociedades de todo tipo, de derecho de los trasportes, de leyes agrarias, y de legislación represiva (por ejemplo la legislación “antitrust” para preservar la libre competencia). Cada uno de estos temas enunciados abarca todo un mundo de implicancias insospechadas o, por lo menos, poco perceptibles a primera vista.

Quisiéramos dedicar los últimos renglones de estas reflexiones para señalar cómo los condicionamientos extrajurídicos operan en la integración latinoamericana, de la misma manera que el poder constituyente interno sufre las limitaciones extranormativas o metajurídicas que resultan de la realidad y de las creencias. En forma paralela aparece este tipo de condicionamientos que diferencia en mucho el proceso de la integración que se torna como paradigmático -el europeo- y el de América Latina. En Europa había existido una guerra mundial que colocó a vencedores y vencidos en un mismo plano de desgracia; y existían peligros comunes muy presentes: el fantasma de Stalin amenazando a Europa, el temor a una excesiva absorción por EE.UU. de la economía europea. Existía un grado de desarrollo afín entre los países que -más allá de sus dificultades- firmaron los tratados de Roma y París. Existían sistemas políticos comunes pues eran todos países democráticos y no había autocracia o regímenes totalitarios de por medio. Tenían políticas económicas convergentes y no opuestas entre sí. En América Latina ha habido pocas empresas comunes después de la Independencia, que prácticamente fue la única o última gran empresa. Hay desarrollos dispares para lo cual basta con leer las estadísticas sobre el producto bruto interno o sobre cualquier otro índice o parámetro que se quiera tomar en cuenta. Median sistemas políticos totalmente antagónicos, con una variedad y diversidad que rompe los esquemas de cualquier científico político que quiera aplicar el marco de la clasificación de los sistemas políticos contemporáneos que se utilizan en Europa, o en cualquier otra parte del mundo, con respecto a América Latina.

III) Veamos qué se dijo por parte del órgano jurídico de la OEA, en estudio proyectado por el autor de estas líneas sobre el tema:

Dictamen del Comité Jurídico Interamericano (O.E.A.)

(Washington, D.C., 6 de marzo de 1992)

Conclusiones

1) Que una cosa son las relaciones de cooperación y colaboración entre Estados, para las cuales el derecho internacional clásico ofrece una amplia gama de figuras jurídicas que permiten institucionalizar el más variado espectro de vinculaciones, aun a través de la constitución y funcionamiento de organizaciones mundiales o regionales cuyas competencias no incluyen el ejercicio de potestades en el orden interior de los Estados miembros al margen de la voluntad de éstos.

Que otra cosa muy distinta son las relaciones de integración entre Estados de una región o subrogación; para las cuales el derecho internacional contemporáneo exhibe las formas jurídicas del llamado derecho comunitario o derecho de las comunidades, que permiten institucionalizar la delegación o traslación de competencias en órganos supremos cuyas atribuciones se ejercen con independencia de las facultades de control correspondientes a los cuerpos internos de los Estados miembros.

2) Que esta última situación ha dado origen a los conceptos de supranacionalidad o supraestatalidad de los poderes delegados en los órganos comunitarios, cuya capacidad de generación de normas jurídicas que resulten aplicables *ope legis* en toda la zona integrada hace necesario que el reconocimiento de su rango prioritario en la escala normativa no se limite a las cláusulas pertinentes de los propios tratados constitutivos de la integración (tratado marco) sino que se extiende a las normas emanadas del funcionamiento de los cuerpos por aquéllos creados y dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

3) Que instituciones de este nuevo tipo tienen exigencias normativas que van más allá de las conocidas en los casos de simples zonas de libre comercio o de uniones aduaneras, para asumir en cambio las exigencias peculiares de un proceso de constante producción de normas cuya autonomía y cuya supremacía requieren del funcionamiento simultáneo de un tribunal

jurisdiccional comunitario para el control de la legalidad que también revista el carácter de supremo y que garantice la aplicación e interpretación uniforme del nuevo derecho en toda la zona integrada.

4) Que el establecimiento y ulterior puesta en funcionamiento de estos novedosos institutos puede entrar en colisión con el carácter soberano o excluyente de algunos órganos internos de los Estados, con el consiguiente riesgo de la invalidación por éstos de las normas emitidas por aquéllos, lo cual traería aparejada la crisis de la superlegalidad comunitaria y generaría una dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica que demandaría normas que garanticen la estabilidad y firmeza que suponen los procesos de integración.

5) Que la mera hipótesis de casos de desarticulación del rango prioritario de los actos comunitarios que pudiera producir rechazo por los órganos domésticos, basta para ilustrar sobre la imperiosa necesidad de proveer la conducente a la eliminación de un peligro tal que alejaría las perspectivas de consolidación de las instituciones comunitarias, por lo que resulta que los Estados que adopten la decisión política fundamental tendiente a su integración también deberían concretar los mecanismos inherentes al reconocimiento de las nuevas instituciones en orden a la transferencia de poderes y a la primacía de sus actos.

6) Que una salvaguardia así, para la preservación del perfil comunitario, requiere que las constituciones nacionales estén adaptadas a las nuevas exigencias del derecho emergente (*in fieri*), para lo cual es recomendable que los Estados que deseen avanzar por este camino, incorporen en ellos, si fuere necesario, las correspondientes habilitaciones para la delegación externa de ciertas competencias que hasta hoy habrían estado reservadas a sus órganos, como así también la explicitación de las nuevas relaciones de supremacía normativa y la admisión de una jurisdicción común.

En concreto, puede resultar necesario prever la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, así como su interpretación uniforme y la aplicación directa en el ámbito interno de las decisiones normativas o judiciales de los órganos del poder público del Estado.

7) Que es comprensible que una transformación de esos caracteres se consolidaría con el dato fundamental de su prosecución o continuidad, por lo cual los Estados que participen del mencionado proceso, a partir del compromiso establecido en las normas básicas o constitutivas, deberían limitar

la posibilidad de alejamiento unilateral o de abandono de los compromisos allí formalizados.

8) Que lo enunciado en los puntos precedentes no implica un juicio de valor acerca de la bondad que pueda ofrecer un modelo determinado de integración; sino que advierte sobre las condiciones que exige un proceso de esta naturaleza para el correcto funcionamiento de nuevas instituciones cuyos requisitos de existencia no son escindibles según la conveniencia particular de cada Estado.

9) Que retornando al punto de partida de estas conclusiones, cabe inferir de la experiencia recogida a partir de los procesos de integración en curso y de su paralelo cotejo con los marcos constitucionales respectivos, que las leyes supremas de los Estados interesados no han obstaculizado las relaciones de cooperación y colaboración entre los mismos, como así tampoco han vedado el despegue en las instancias iniciales y gestatorias de las nuevas relaciones de integración; pero al mismo tiempo han servido para marcar la necesidad de avanzar en los cambios constitucionales indispensables a los fines de que a la viabilidad de la integración se sume también la convalidación normativa suficiente como para acompañar las futuras etapas con la preclusión de todo cuestionamiento a su legitimidad constitucional.

10) Que, en síntesis, a los efectos de asegurar el desenvolvimiento gradual de los procesos de integración y su consiguiente fortalecimiento, es aconsejable que aquellos Estados del Continente que estén animados por el propósito de alcanzar las metas que ofrecen las nuevas realidades comunitarias en el mundo contemporáneo, consideren la conveniencia de proceder, en la medida que fuese necesario, a la reforma o enmienda de sus constituciones para adecuarlas a los cambios precedentemente señalados (confr., "Perfil jurídico institucional del fenómeno de la integración latinoamericana", publicación de la sesión pública conjunta de las Academias Nacionales de Ciencias Económicas y de Ciencias Morales y Políticas, del 1º de diciembre de 1993, publicado en "Anales" de ambas Academias, año 1993).

Capítulo I:

Gobernanza e integración desde una óptica económica.

Coordinadora: Jamile Mata Diz
Autores: Carlos Alberto Simões de Tomaz
Roberto Gomez Caldas
Jamile Mata Diz

Apresentação.

Por Jamile Bergamaschine Mata Diz²

A integração econômica, como elemento de análise dos processos de associação entre Estados, pode ser analisada a partir das etapas estabelecidas pelos autores (Balassa, 1964³), considerando-se também novos aspectos, como é o caso da governança. Tradicionalmente, os estudos da integração econômica tinham como foco principal determinar em que medida os pressupostos poderiam influenciar para o êxito dos acordos comerciais bi ou multilaterais, sem preocupar-se com dinâmicas que ultrapassavam o intercâmbio de mercadorias e/ou as questões tarifárias, bem como as medidas relativas aos direitos aduaneiros.

No alvorecer dos chamados acordos de terceira ou quarta geração, isto é, acordos que também se vinculam a matérias extracomerciais, agregam-se novos temas que demandam, portanto, uma análise também inovadora que venha a incluir as negociações sobre questões políticas (também chamado diálogo político e que engloba valores como a democracia, igualdade, respeito à dignidade humana, entre outros) e de cooperação (técnica). É a partir desta hodierna concepção que se enquadram, em geral, os acordos de integração econômica, como é o caso do acordo (ainda em fase de ne-

2. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Coordenadora da Cátedra Jean Monnet de Direito UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Minas Gerais (UFMG). Professora da FDMC e da ESDHC. Coordenadora e professora do PPGD da Universidade de Itáua. Coordenadora da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”.

3. Balassa, Bela. Teoría de la integración económica. Uteha: México, 1964.

gociação) entre o Mercosul e a União Europeia. Também no marco desta concepção surge a discussão sobre a inclusão da governança, neste capítulo brilhantemente trabalhada pelo professor Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, como fundamento estruturante da integração econômica, ao correlacionar-se com a participação dialógica calcada em princípios essenciais para a participação da sociedade civil.

Na mesma toada, o artigo da lavra do professor Carlos Alberto Simões de Tomás, no qual se analisa a conexão entre a crise democrática e o impacto na ordem internacional, e, em consequência, na integração regional, sempre pautada no pluralismo jurídico-político que deveria caracterizar a sociedade (e, portanto, o Estado) contemporânea.

Contudo, apesar do giro trazido por essa recente concepção, não se deve perder de vista o estudo das teorias da integração econômica de modo a não olvidar-se das premissas originárias fixadas para o adequado fim que a integração se propõe. É neste sentido que vem a lume o artigo elaborado pela coordenadora deste Capítulo, ao discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre a construção da integração monetária no âmbito da União Europeia, contextualizando o surgimento de tal etapa em sua vertente histórico-jurídico, buscando analisar como ocorreu a entrada em vigor e os desdobramentos da UEM (União Econômica e Monetária) no espaço europeu.

Portanto, o objetivo do presente capítulo é apresentar ao leitor estudos feitos pelos professores (participantes da Rede de pesquisa “Integração, Estado e Governança” e do Seminário binacional Argentina-Brasil) que versem sobre integração econômica, em seu aspecto mais amplo, e que se concebe desde uma perspectiva tradicionalmente já realizada por distintos autores, até a hodierna concepção surgida com o advento da governança global e regional.

Presentación.

Por Jamile Bergamaschine Mata Diz

La integración económica, como elemento de análisis de los procesos de asociación entre Estados, puede ser analizada a partir de las etapas establecidas por los autores (Balassa, 1964), considerando también nuevos aspectos, como es el caso de la gobernanza. Tradicionalmente, los estudios de la integración económica tenían como foco principal determinar en qué medida los presupuestos podrían influir para el éxito de los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales, sin preocuparse de dinámicas que sobrepasaban el intercambio de mercancías y / o las cuestiones arancelarias,

así como las medidas relativas a los derechos de aduana.

En el alba de los llamados acuerdos de tercera o cuarta generación, es decir, acuerdos que también se vinculan a materias extracomerciales, se agregan nuevos temas que demandan, por lo tanto, un análisis también innovador que incluya las negociaciones sobre cuestiones políticas (también llamado diálogo político y que engloba valores como la democracia, igualdad, respeto a la dignidad humana, entre otros) y de cooperación (técnica). Es a partir de esta actual concepción que se encuadran, en general, los acuerdos de integración económica, como es el caso del acuerdo (aún en fase de negociación) entre el Mercosur y la Unión Europea. También en el marco de esta concepción surge la discusión sobre la inclusión de la gobernanza, en este capítulo brillantemente trabajado por el profesor Roberto Correia da Silva Gomes Caldas, como fundamento estructurante de la integración económica, en correlato con el diálogo jurídico basado en los principios esenciales para la participación de la participación sociedad civil.

En la misma línea, el artículo aportado por el profesor Carlos Alberto Simões de Tomáz, analiza la conexión entre la crisis democrática y el impacto en el orden internacional, y, en consecuencia, en la integración regional, siempre pautada en el pluralismo jurídico-político que debería caracterizar a la sociedad (y por tanto el Estado) contemporánea.

Sin embargo, a pesar del giro traído por esta reciente concepción, no se debe perder de vista el estudio de las teorías de la integración económica de modo a no olvidarse de las premisas originarias fijadas para el adecuado fin que la integración se propone. Es en este sentido que viene a la luz el artículo elaborado por la coordinadora de este Capítulo, al discurrir, aunque de forma sucinta, sobre la construcción de la integración monetaria en el ámbito de la Unión Europea, contextualizando el surgimiento de tal etapa en su vertiente histórico-jurídico, buscando analizar cómo ocurrió la entrada en vigor y los desdoblamientos de la UEM (Unión Económica y Monetaria) en el espacio europeo.

Por lo tanto, el objetivo del presente capítulo es aportar al lector estudios hechos por los profesores (participantes de la Red de investigación "Integración, Estado y Gobernanza" y del Seminario binacional Argentina-Brasil) que versen sobre integración económica, en su aspecto más amplio, y que se concibe desde una perspectiva tradicionalmente ya realizada por distintos autores, hasta la actual concepción surgida con el advenimiento de la gobernanza global y regional.

A crise democrática e os efeitos projetados na ordem internacional e na integração regional: a efetividade dos direitos na sociedade heterárquica.

Por Carlos Alberto Simões de Tomaz⁴

Sumário: I. Introdução. II. A aporia do binômio “Soberania–Direito” e os reflexos nos planos interno e internacional. III. Centro e periferia no vetor da integração pós-nacional. IV. A interface da integração econômica: a atuação hipertrófica da economia definindo os conteúdos das operações transjuncionais. V. Aportes finais

Introdução

O pluralismo jurídico-político imprime, sem dúvida, uma perda da significação do Estado em sua concepção clássica, bem como introduz sensíveis alterações nas ordens local, regional e internacional. Efetivamente, o enfrentamento da capacidade do Estado definir os conteúdos normativos e decidir sobre o modo de aplicação tem revelado um lado muito preocupante da crise democrática.

Não há como negar, de fato, a fragilidade a que se encontra exposto nos dias atuais aquele que foi o centro de irradiação de decisão política e jurídica e assumia um *locus* de exclusividade na definição dos conteúdos de tal maneira que não admitia, no plano interno poder sequer igual para compartilhar essa função e, no plano internacional postava-se apenas ante o reconhecimento de iguais poderes para garantir a convivência da ordem. A irradiação da soberania, nessa conformidade, encontra eco desde o pensamento medieval com a defesa procedida por Bodin que a concebia como poder supremo, absoluto, que não admitia nenhum outro maior que si (*Suprema potestas superiorem non recognoscens*)⁵, não mais se sustenta diante

4. Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor da Universidade Vila Velha/ES. Magistrado.

5. BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facul-

da realidade das relações internacionais hodiernas, sobretudo com aparecimento de novos polos normativos, sobretudo o comunitário decorrente da integração regional.

Com efeito, a ideia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada, ou seja, dentro do domínio do normativo na esteira da visão preconizada por Kelsen⁶, entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização, que preconiza a projeção desta qualidade do poder do Estado entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo.

É nesse cenário que este artigo se propõe, a partir de uma abordagem analítico-crítica, examinar a vivência da democracia no plano interno e os efeitos desbordados para as ordens regional e internacional tendo como fio condutor o princípio da dignidade.

A aporia do binômio “*Soberania–Direito*” e os reflexos nos planos interno e internacional

Ferrajoli chama a atenção para que a “*soberania* é um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado”⁷. Deveras, assim como o próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e operado mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa. A partir daí, divisamos uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada numa *rede* de inter-referências partindo do sistema jurídico para os sistemas político e econômico.

Essa visão, concebida a partir do processo de mundialização, requer atenção redobrada porque esse processo enseja também o aparecimento de polos nocivos. Com efeito, é preciso se ter presente que não apenas o capital, mas a ciência, a tecnologia, a cultura, romperam as fronteiras do Estado nacional, com a mesma amplitude que o crime organizado. Segundo Castells, “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando

tao de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966, p 141.

6. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 191 e 371 374.

7. FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.1.

meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana”⁸ A existência de redes criminosas internacionais para disseminar violência, para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas e capital ilícito é fato comprovado. Como igualmente é realidade, para fazer face a esse fenômeno, o vicejamento de redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não-governamentais⁹.

Esse amálgama de inter-referências, como se vê, ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção do indivíduo e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensejar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tende, segundo estamos convencidos, a propiciar a consolidação do Estado Democrático de Direito, por meio de uma adequada relação entre governo e jurisdição, que redunde para além da submissão do exercício da soberania aos limites normativos, alcançando a admissão, controle e gestão dos novos atores cuja atuação se volte para imprimir uma maior legitimação do poder do Estado. Assim, desde que a norma resulte de um conserto novo por meio de revelar a vontade da maioria dos a ela concernidos, avultar-se-á, desde aí, soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível antinomia entre a soberania e sua limitação jurídica. Ferrajoli reproduz essa visão ao fazer ver que:

Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício

8. CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede*. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 40.

9. Bolzan lembra a atuação em setores variados como à guisa de exemplo: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional) e saúde (Médicos Sem Fronteiras). (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29).

retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.¹⁰

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais sempre ensejou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*), que implicaria e evidenciaria a antinomia entre soberania e direito, o que, obviamente, apenas se processaria, como ressalta Ferrajoli, parodiando Dworkin, se se “levar a sério” o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégicas políticas para realizá-los¹¹. A discussão, por essas vertentes, repousa em grande dificuldade e tem conduzido a retornos em nome dos interesses nacionais.

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta se não divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atrozes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Centro e periferia no vetor da integração pós-nacional

É esse contexto que revela o ambiente de mudanças onde o Estado nacional está atuando neste novo milênio. É esse o contexto da convivência democrática no plano externo. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas na qual o Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso: uma autêntica rede, que constituiria a constelação pós-nacional desvelada por Habermas com estas palavras:

10. FERRAJOLI, 2002, p. 40.

11. FERRAJOLI, 2002, p. 46.

Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais.”¹²

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells¹³. Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Re-

12. HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Litera Mundi, 2001, p. 84.

13. CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 25.

forma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio em um mundo globalizado.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quando com a (des) ordem internacional globalizada (democratização externa?) – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que ainda julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck¹⁴. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral(?) dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia¹⁵. Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: norte-sul, oriente-ocidente, ricos-pobres, centro-periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não

14. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

15. Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. “Exclusions as National Security Policy” *apud* HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Reconpen-sa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

conduz a um processo homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e o Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos – como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética – a Alemanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança? Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Grã-Bretanha, o Japão e já estamos assistindo a entrada em cena nesses arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a segurança de tantos outros Estados? Isso Huntington¹⁶ já fazia ver que ocorria no início do processo globalizante e certamente não deixou de ocorrer.

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Providência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas¹⁷, de maneira a valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China e em sentido inverso, com uma desaceleração da economia norte-americana. Aliás, os acontecimentos recentes, que fizeram eclodir a crise financeira, constituem sérios indícios. O certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia que segundo Neves

é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente

16. HUNTINGTON, 1996, p. 97.

17. A visão pragmático-sistêmica de Luhmann bem explica essa crise quando desvela a hipertrofia do código (*ter/não ter*) da economia sobre os códigos binários de atuação dos sistemas jurídico (*lícito/ilícito*) e político (*poder/não-poder* ou *governo/oposição*). Consultar a respeito: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, sobretudo pp. 117 - 152).

válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais).¹⁸

A propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo, que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Nesse diapasão, a questão repousa em saber se o direito se torna garante da ordem internacional ou se, de outro modo, a ordem internacional globalizada se torna garantidora do Estado Democrático de Direito. Dito, ainda, de forma diferente: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Neves se ocupa da questão imprimindo a ela uma análise sistêmica para concluir indo além de aportes de Habermas e Teubner, que a democratização do sistema internacional estaria a depender da democratização dos Estados.

A proposta de Habermas encontra-se assim sintetizada por Neves:

Habermas procura na unidade de uma política mundial transnacional a saída para os limites da capacidade reguladora e da força integrativa ou legitimadora do Estado Democrático de Direito na sociedade mundial hodierna. A concepção habermasiana lembra a idéia kantiana da possibilidade de paz entre as “Repúblicas” mediante “um *federalismo* de Estados livres”¹⁹, não recorrendo, porém, às instituições tradicionais da política internacional ou do direito internacional público. Diversamente, enfrenta a questão referente à busca de uma *política interna mundial* que estaria em condições de “explorar instituições e procedimentos” que seriam “necessários para a construção de interesses comuns” no sentido de

18. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 227 – 228.

19. Conferir KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, 1995.

uma cidadania mundial' e para a produção de um 'regime global de bem-estar'"²⁰. Ao contrário da política internacional e do direito internacional público de feito clássico, "os primeiros destinatários de tal 'projeto' não são os governos, mas sim movimentos sociais e organizações não-governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que ultrapassa as fronteiras nacionais."²¹

A proposta de Teubner²², nas palavras de Neves²³, implica verificar que a "Teoria do Direito é desafiada [...] a incluir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos subsistemas da sociedade mundial." Por essa via, os procedimentos específicos do Estado de Direito (*rule of law* e *due process of law*) alcançariam as ordens globais heterárquicas que se instalaram a partir de diferenciação e programação de outros subsistemas que ao lado do direito integram a ordem global mundial como a economia e a política, notadamente. Assim, tais procedimentos deixariam de pertencer com exclusividade ao Estado de Direito e passariam, igualmente, a receber estímulos dos outros subsistemas no ambiente da sociedade global, que atuariam sem a centralização do Estado Nacional, de onde proviria o caráter heterárquico da ordem.

O ponto de partida para deflagrar qualquer investigação por esse caminho requer, necessariamente, que se considere, como fez Luhmann, que "no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones"²⁴. Essa ausência na sociedade internacional de um acoplamento entre os sistemas político e jurídico decorre, primeiro, da circunstância de que a ordem mundial globalizada tem como código hipertrófico o *ter/não-ter* da economia e, segundo, porque, como lembra com precisão Teubner²⁵:

20. Conferir HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

21. NEVES, 2006, p. 269.

22. Conferir TEUBNER, Gunther. "A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional". In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, pp. 9 – 31, entre outros.

23. NEVES, 2006, p. 261.

24. LUHMANN, 2002, p. 660.

25. TEUBNER, 2003, pp. 9 – 31.

Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global – também a ciência, a cultura, a técnica de saúde, a previdência social, o transporte, o sistema militar, a mídia e o turismo auto-reproduzem-se atualmente como ‘sistemas mundiais’ no sentido de Wallerstein e fazem, dessa maneira, concorrência à política internacional dos Estados nacionais, com sucesso.²⁶

É exatamente por isso que Bolzan, ciente da importância da Constituição “para o reconhecimento e desenvolvimento de um direito humanitário, mesmo sem que saibamos exatamente e com certeza sobre qual o espaço geográfico que incidirá o regramento constitucional – o nacional, o local, o regional, o mundial(?)” reconhece que o “seu papel (da constituição) não está terminado, mesmo que esteja passando por uma reformulação profunda, produto de uma realidade nova que impõe seja ordenada levando-se em consideração o seu cunho aberto e universalizado.”²⁷

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos pólos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/não-poder*), de modo a permitir uma salutar inter-referência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático.

A interface da integração econômica: a atuação hipertrófica da economia definindo os conteúdos das operações transjuncionais

A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações cau-

26. É preciso, todavia, não olvidar, como aqui já ressaltamos a partir do pensamento de Bolzan e Castells, a existência, também, de núcleos heterárquicos nocivos e com atuação igualmente voltada para concorrer com o poder estatal como, por exemplo, a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

27. BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 94 – 95.

sadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional/regional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/programação, tanto interna, quanto internacional/regional, para em nome do conserto democrático, proceder aos ajustes necessários nessa linha de fratura. No caminho desse conserto, o fortalecimento da doutrina e do Poder Judiciário, estamos convencidos, constituem *loci* altamente privilegiados ao declarado escopo e suas funções necessitam ser re(visitadas).

A emergência de centros heterárquicos, ou seja, centros de poder produtores de direito que concorrem com o direito produzido pelo Estado Nacional, que caracteriza o fenômeno globalizante, revela a crise de unidade e mesmo de autonomia tanto no ambiente do direito interno, quanto na ordem internacional, dos sistemas que a integram, todos eles, além e sobretudo da política, da economia e do próprio direito. Teubner sustenta mesmo a falta de unidade que seria compensada com o irrompimento de “operações transjuncionais”. Nesse ponto, Neves diverge de Teubner para insistir na unidade, complexidade e multiplicidade de programas do sistema jurídico estatal, que não resultaria trivializada pelas comunicações deflagradas pelas operações entre sistemas heterárquicos:

Em vez de negar em geral a unidade do direito, tal como propõe Teubner, parece-me que caberia levar em consideração o fato de que no Estado Democrático de Direito o direito positivo, constituindo sistema jurídico diferenciado tanto funcionalmente quanto territorial-segmentariamente, não é uma “máquina trivial”, suscetível de ser caracterizada como uma unidade simples, invariante e instrumental na perspectiva de um observador externo. Configura, ao contrário, uma “máquina não trivial”, cuja unidade é não invariante, altamente complexa e múltipla, pois depende não apenas de uma pluralidade de observadores externos nos diferentes ambientes ou contextos do direito, mas também de uma multiplicidade de auto-observadores e autodescrições. Exatamente por isso não cabe falar de uma identidade simples do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, mas sim, utilizando a linguagem de Teubner, investigar as “identidades múltiplas” desse sistema. O seu código binário “lícito/ilícito”, no qual se assenta a unidade sistêmica, manifesta-se em uma multiplicidade de programas, contextos sociais, e problemas intra-sistêmicos, envolvendo-se em operações transjuncionais como outros códigos binários.²⁸

28. NEVES, 2006, p. 264 – 265.

A opção de Neves privilegia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito levando em consideração o novo *locus* onde irradiará sua atuação. Divisa-se, portanto, na ordem internacional globalizada, uma policontextualidade alavancada a partir de operações transjuncionais, o que, a bem da verdade, assegura a sua existência a par de não constituir um sistema social diferenciado. Por isso prossegue Neves propugnando, enfim, pela compatibilidade da concorrência entre o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e o pluralismo jurídico da sociedade mundial afirmando que:

Deve-se observar que a polivalência das operações transjuncionais pressupõe a bivalência dos códigos dos respectivos sistemas. Mediante essas operações é possível “passar de uma contextura (uma distinção ‘positivo/negativo’) para uma outra e marcar, a cada vez, quais as diferenças que se aceitam ou se rejeitam para determinadas operações”. A policontextualidade implica não somente que haja operações transjuncionais entre o código “lícito/ilícito” do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e outros tipos de códigos sociais binários (“ter/não-ter”, “poder/não-poder”, “verdadeiro/falso”, “transcendente/imanente”, “amor/desamor”, “belo/feio”, “consideração/desprezo”, etc.), mas também que ocorram operações polivalentes entre o código “lícito/ilícito” sob o qual o referido sistema opera e outras manifestações do código binário do direito. Essas, por seu turno, não se reduzem nem àqueles códigos jurídicos que se afirmam, respectivamente, em outros sistemas jurídicos estatais segmentariamente diferenciados, nem ao código binário que se apresenta no direito internacional público, mas incluem igualmente os códigos binários específicos das ordens jurídicas globais plurais. Quer dizer: a referência à unidade não trivial, complexa e múltipla do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito não exclui uma pluralidade de outras ordens jurídicas que estejam em relações permanentes de concorrência com esse sistema; portanto, não é, em princípio, incompatível com o pluralismo jurídico da sociedade mundial.²⁹

É sem dúvida, um caminho difícil, mas não impossível de ser palmilhado. Mas, afinal, que outra alternativa restaria ao Estado em defesa de um projeto de Direito que coloque em primeiro plano a dignidade do homem?

29. LUHMANN, 2002, p. 265.

Aportes finais

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na sociedade global (planos internacional e regional), a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais.

E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um metacódigo³⁰, decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentabilidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações intersistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global e/ou regional.

Porém, é preciso estarmos atentos para os efeitos que daí podem advir já amplamente aqui registrados na linha do pensamento de Bolzan e Castells e agora na linguagem de Luhmann que reclama a atenção para a circunstância de que

La diferencia claramente determinada entre inclusión y exclusión, tiene consecuencias de mucho mayor alcance. Porque, en efecto, bajo el régimen de diferenciación por funciones cada sistema funcional regula él mismo y para sí la inclusión social; lo que queda como reliquias del antiguo orden social estamentario ya sólo puede ser diferenciado de acuerdo con la inclusión/exclusión. Con la acelerada urbanización y la abrogación de todas las seguridades propias de cierta autosubsistencia no monetaria, este problema se agudiza. Los efectuados dependen ahora de la economía del dinero, sin poder, no obstante, participar significativamente en ella. La autosubsistencia de autoprovisión económica debe ser reemplazada por criminalidad, esto es, por la participación en organizaciones delictivas.³¹

30. Ver LUHMANN, 2002, pp. 660 – 661.

31. Idem, p. 661.

Isso significa dizer, enfim, que a responsabilidade dos formadores de opinião (registre-se: a importância da doutrina) e dos espaços de juridicidade do Estado contemporâneo é grande e que os possíveis meios voltados para gerar um fluxo de solidariedade em toda a humanidade³², não podem ser relegados.

32. Ver BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 99 – 100.

Global governance e integração econômica: elementos para um desenvolvimento sustentável transnacional.

Por Roberto Correia
da Silva Gomes Caldas³³

Sumário: Introdução. I. *Global governance* e integração dos Estados. II. A integração analisada pelo viés econômico. III. A boa governança global e os processos de integração econômicos como elementos de desenvolvimento sustentável transnacional. IV. Conclusão. Referência.

Introdução

Em um contexto de globalização hodierno, ensejador de interdependência econômica e política dos Estados impõem-se sua integração a fim de que, mediante o auxílio mútuo em âmbito internacional, possam promover a solução de seus conflitos em âmbito nacional, a implicar, ante suas diversidades socioculturais, a criação de padrões transnacionais (universais) de gestão e de proteção dos direitos humanos envolvidos (*global governance*), relacionados com o próprio processo de democracia participativa e de promoção da paz social, mediante cooperação de atores não governamentais e agências internacionais para se obter um paradigma de desenvolvimento (global e sustentável) comum (até aos distintos processos de integração estatal).

Ressai, assim, importante uma governança regulatória, uma *global governance* aplicada de modo generalizado, enquanto diretrizes adotadas por organizações de todas as ordens (internacionais, nacionais, regionais e locais) e esferas (públicas e privadas), desde uma raiz comum fixando

33. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor em Direito da PUC/SP - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor permanente do Curso de Maestría en Derecho de las RRII y de la Integración en América Latina de la UDE - Universidad de la Empresa - Montevideu/Uruguai. External Researcher da Cátedra Jean Monnet em Direito da UFMG - Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador da Rede de Pesquisa "Integração, Estado e Governança". Advogado no Brasil e em Portugal.

princípios e parâmetros transnacionais que orientem o comportamento dos distintos atores em comprometimento com um modelo mundial de prosperidade econômica, não obstante segundo valores de responsabilidade social e preservação ambiental, com concertação e paz social.

Para isso, o Estado tem a responsabilidade de fomentar políticas de participação cidadã na tomada de decisões, inclusive para legitimá-las e promover o bem comum, hoje globalmente traduzido pelos ODS's - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas e suas correlatas metas (ONU, 2015), vistas como políticas públicas a serem internalizadas e territorializadas segundo suas diretrizes dos ditos 5P's (*prosperity, people, planet, partnership e peace*), em clara evolução aos 3P's de Elkington (2004).

Ante tal circunstância versada neste estudo, a metodológica centrou-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa teórica que envolve temas de Direito Administrativo, Comunitário e Internacional, além de Administração Pública, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise calcada na aplicação de institutos com regimes jurídicos próprios, mas que se inter-relacionam de forma a alcançar um objetivo comum, qual seja, a consideração da governança imbricada com os hodiernos processos de integração, a partir de uma concepção alicerçada na concertação, em vistas a um incremento de legitimidade e, de conseguinte, de democracia, assim, participativa e fomentadora da prosperidade econômica com paz social, responsabilidade social e equilíbrio ambiental, enquanto elementos necessários para o almejado desenvolvimento sustentável transnacional.

De tal modo, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução do desenvolvimento sustentável mediante a aplicação dos primados da *global governance* (pressuposta como regulatória e concertada) imiscuída nos processos integracionistas, enquanto seus fundamentos estruturantes para o fortalecimento da paz e democracia participativa, à luz de responsabilidade social e equilíbrio ambiental, em promoção da prosperidade econômica de forma transnacional, ou seja, tanto em âmbito internacional/global, quanto em âmbito nacional.

O método dedutivo, *in casu*, permite estabelecer as premissas conceituais e práticas da governança global no espaço integrado, e o respectivo processo integracionista, enquanto elementos de desenvolvimento sustentável transnacional, no marco de uma interpretação revigorada pela atual concepção de relação jurídico-administrativa, impregnada pela concertação, enquanto fundamento estruturante da participação popular e con-

trole social, imprescindível para a legitimação do processo de tomada de decisões públicas em promoção da paz democrática e da sustentabilidade calcada nos referidos 5P's.

Global governance e integração dos Estados³⁴

A globalização, em verdade, se afigura como um processo lento e gradual, consoante o amadurecimento dos interesses econômicos e políticos dos Estados, e suas respectivas sociedades (Rodrik, 2011; Ortega y Gasset, 2002), a prol da racionalização do desenvolvimento de modo programado e integrado, segundo articulações econômicas politizadas em um contexto conjuntural, ancorado no planejamento de mudanças regidas pelo Direito, levando-se em consideração a contemporânea sociedade do risco e da tecnologia (Beck, 1999; Giddens, 1999), com seu dinamismo e rapidez na troca de informações. Nesse sentido, há muito asseverou Vilanova que

A racionalização do processo de desenvolvimento confere a globalização: desenvolvimentos só setoriais desarticulam a composição do conjunto. Requer a politização: só um agente, como o poder, dispõe de substância econômica, financeira, decisão sobre o todo do desenvolvimento, duração e fins que ultrapassam a duração e os fins de indivíduos e, até, de gerações; somente o poder político capacita-se para a programação dessa mudança que, pelo compasso e velocidade, é singela fórmula do progresso dentro da ordem, do Estado liberal democrático. Requer planejamento. Tudo isso, necessita mais Estado e exigindo mais estado, exige mais direito. O desenvolvimento programado apóia-se nas ciências naturais e nas ciências sociais. As ciências, instrumentalmente utilizadas, dão margem às tecnologias. Diríamos, em síntese, que essa transformação rápida da sociedade global apóia-se na política, no direito e na tecnologia (1977, p. 24).

A governança, assim, adquiriu uma enorme importância no atual mundo globalizado ao se tornar um instrumento utilizado para elaborar práticas uniformes que garantam uma maior participação, eficácia, eficiência, efetividade, transparência e legitimidade no agir estatal e empresarial público/privado, tanto em âmbito nacional como transnacional, implicando incremento democrático nas soluções estatais regulatórias de conflitos com vistas à pacificação social.

34. As ideias contidas neste tópico se verificam anteriormente tratadas, de forma isolada, em Caldas e Freitas (2018), sendo ora apresentadas com acréscimos, revisões e modificações.

Neste sentido, busca-se delimitar a aplicação do conceito de governança global, enquanto expressão de boa administração pública, inclusive mediante um maior envolvimento dos cidadãos, *in casu*, nos processos de integração, sendo ambos vistos como hodiernos elementos estruturantes de um sólido desenvolvimento sustentável transnacional.

É nesse quadro complexo que a governança assume o papel de fazer com que a atuação dos Estados economicamente integrados ocorra de modo eficaz e eficiente, dando-lhe credibilidade a fim de manter o equilíbrio entre os atores envolvidos na própria globalização (Ferraz, 2016), de sorte a orientar uma política internacional de intervenção estatal na ordem econômica que leve em consideração os padrões globalmente estabelecidos para um desenvolvimento sustentável (hoje insertos nos ODS's (ONU, 2015) – vide a respeito: Caldas, 2018), sem que, todavia, isso implique violação às determinações constitucionais de cada Estado³⁵.

Governança, pois, pode ser considerada como um instrumento para alcançar maior legitimidade às ações estatais em um contexto global, regional e nacional, no seio da contemporânea sociedade de risco – e sua modernização reflexiva (Beck, 1998; Faria, 1999) –, enquanto as instituições que a promovem de forma concertada são vistas como seus meios, suas vias de extroversão (“meios de governança”), traduzindo-se no aspecto estrutural destinado a concretizar as metas, os objetivos e princípios estabelecidos por elas próprias, segundo uma gestão de riscos socialmente aceitos e devidamente precavidos, não obstante suas dimensões efetuais em *boomerang* (Beck, 1998).

A expressão “governança”, é de se aclarar, comporta distintas dimensões e amplitudes para casos específicos, como: a “governança corporativa”, enquanto conjunto de regras, processos e regulamentos por meio dos quais uma empresa é dirigida dando maior eficiência à sua administração e em salvaguarda aos interesses dos acionistas minoritários (Andrade, Rossetti, 2009); ou a “governança sem governo”, a qual deixa de lado as atividades desempenhadas por uma autoridade, inclusive regulatória e de poder de polícia para implementação das políticas instituídas – o que se entende por “governo”, segundo Rosenau (2000) –, para se basear em “governança”, ou seja, “atividades apoiadas por objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não depen-

35. Para um maior aprofundamento sobre os pressupostos constitucionais de intervenção do Estado na ordem econômica, bem como sobre o princípio da livre iniciativa da atividade empresarial na ordem constitucional e seus correlatos valores norteadores, recomenda-se, respectivamente, a leitura de Jorge e Marques (2018) e de Jorge e Cunha (2018).

dem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistência” (Rosenau, 2000, p. 15).

Nesse cenário, passa-se a entender governança no setor público como a “capacidade governativa”, cuja aferição leva em conta não apenas os resultados econômicos das políticas governamentais, mas a forma de sua execução e suas implicações sociais (TCU, 2014). Com efeito, nesse sentido

Governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade (TCU, 2014, p. 26).

Vale ressaltar, de outro lado, que a expressão *governance*, em âmbito global, floresce quando o Banco Mundial, em conjunto com o Fundo Monetário Internacional, diante das diversas crises econômicas e financeiras que assolavam o mundo no final dos anos 80, resolveram elaborar um guia de boas práticas a fim de garantir uma maior eficiência e transparência aos investimentos e soluções de problemas na relação com os Estados (World Bank, 1991).

Porém, tanto a globalização quanto a governança não foram processos que aconteceram exclusivamente na área econômica; acabaram envolvendo todas as relações existentes entre os Estados e a sociedade, tais como as relações sociais, culturais, políticas e pessoais (Beck, 1999).

Essa mudança de comportamento, que tem seu início nas crises econômicas e financeiras mundiais acima referidas, trouxe uma nova relação entre a atuação do Estado e a participação da sociedade quanto às políticas a serem implementadas, o que acabou por reconfigurar os padrões do próprio Estado, a fim de que este se adequasse aos novos parâmetros impostos pelo cenário internacional (World Bank, 1991), hodiernamente globalizado por intermédio dos processos de integração.

Assim, a globalização acabou por impor a governança global como um novo paradigma em relação à discussão sobre os novos meios e níveis de articulação entre organizações, indivíduos, empresas e o próprio Estado, assumindo importância vital na integração dessa nova realidade (ONU, 1996), inclusive à luz dos distintos e concomitantes processos integracionistas econômicos existentes (União Europeia, NAFTA, Mercosul, ALADI, CAN, UNASUL, IIRSA etc).

O próprio conceito de governança (inclusive global), como visto, se amplia para além da acepção tradicional de regulação, e isto porque diz respeito aos meios e processos utilizados para produzir resultados efica-

zes, ao que se denominou de “boa governança”, e que deve ser analisada e promovida atendendo às condições específicas de cada Estado, e tendo por base a adoção indiscriminada dos modelos uniformes, levando-se em consideração, assim, as maneiras possíveis de se administrar em conjunto e de forma correta e eficiente os problemas existentes em cada sociedade com a participação de todos os envolvidos: o Estado, a sociedade e o setor privado em caráter nacional ou internacional

Percebe-se, portanto, que é necessário para a prática da “boa governança” o reconhecimento de que problemas comuns exigem ações conjuntas com os Estados e a chamada “participação ampliada”, compreendida, atualmente, como se tratando das Organizações Internacionais, empresas transnacionais e sociedade civil organizada, ou seja, atores não estatais, definidos como todos os agentes que não pertencem a estrutura estatal, mas que atuam num determinado plano (seja nacional ou internacional), produzindo seus efeitos e, conseqüentemente, gerando influência (Garcez; Freitas, 2015, p. 226).

Pode-se entender a boa governança, que hoje em dia representa sinônimo de Administração Pública eficaz, eficiente, efetiva, equânime, transparente e correta em qualquer setor, de uma forma mais ampla, como um conceito do que pode ser utilizado na teoria da administração pública para legitimar a atividade estatal nas relações em que o Estado trava com o setor privado e a sociedade de um modo geral, tanto em âmbito nacional como internacional, principalmente ao estar inserido em um ou mais processo de integração econômico.

Por essa razão é que se passa à análise dos processos de integração dos Estados, vistos pelo viés econômico, de sorte a melhor se entender o contexto em que a *global governance* se insere e imbrica, com sua perspectiva de boa governança, a permitir que, em conjunto, configurem-se como elementos estruturantes do hodierno desenvolvimento sustentável transnacional.

A integração analisada pelo viés econômico

A integração econômica ganhou mais precisão conceitual em uma acepção contemporânea a partir do período pós-segunda grande guerra mundial (1950), traduzindo um processo voluntário e crescente de interdependência de economias distanciadas (Pinto, 2004), globalizante por excelência (Beck, 1999), sendo a Viner (1950) creditada a contribuição decisiva a prol da sistematização da sua teoria para análise em âmbito internacional.

Com efeito, as análises econômicas, antes de Viner (1950), fundamentavam-se na teoria das vantagens comparativas, segundo a qual considerava-se que todos os Estados se beneficiariam da integração promovida, sendo ou não seus membros.

Na esteira dos ensinamentos de Mata Diz e Jaeger Junior (2015), o que ocorre é uma cessão de competências de mesma natureza por parte de todos os Estados-membros do processo de integração (e não derrogação de soberania absoluta), a serem exercidas de forma conjunta pela entidade supranacional, assim criada neste processo para a determinação de políticas públicas regionais próprias e unificadas.

De acordo com Balassa (1973, p. 4), a integração, como processo, “... abrange medidas destinadas a abolir discriminação entre unidades econômicas pertencentes a diferentes Estados Nacionais”. De outro bordo, vista sob um plano estatal, implica a “ausência de várias formas de discriminação entre Estados” (Balassa, 1973, p. 4). Para o autor a integração econômica representa

(...) um conjunto de acordos, convênios, normas, regulamentações, etc. estabelecidos entre dois ou mais países, com o intuito de promover o desenvolvimento conjunto de suas respectivas economias, a partir do aproveitamento das vantagens econômicas oferecidas por acordos comerciais, por acordos setoriais de produção, pela eliminação de barreiras comerciais, pelo incremento do intercâmbio de mercadorias e fatores de produção e pela harmonização de políticas econômicas nacionais e internacionais. Encarada como um processo, a integração implica a eliminação gradual de barreiras e discriminações que afetam as relações econômicas entre diferentes países (Balassa, 1973, p. 2)

O processo de integração tem como nota basilar, de conseguinte, o crescimento e desenvolvimento econômico que aproxima um grupo de Estados num *iter* sinérgico, tendente a gerar a complementaridade e adoção de políticas próprias unificadas em relação a terceiros, possibilitando que empresas diminuam custos para enfrentar a concorrência global, facilitando a circulação de fatores de produção como matérias-primas, mão de obra e capital, e favorecendo, ainda, o acesso aos consumidores e às fontes de energia.

Vale mencionar que a integração, sob o ponto de vista econômico, é classificada de acordo com o grau de aprofundamento do seu processo. Balassa (1973), assim, de forma correta a classifica, em ordem crescente de integração econômica, enquanto área de livre-comércio, união aduaneira,

mercado comum, união econômica, união monetária e união econômica e monetária³⁶.

A boa governança global e os processos de integração econômicos como elementos de desenvolvimento sustentável transnacional³⁷

A aplicação da governança global, que tem sua base fincada na globalização e se revela como um componente estrutural dos distintos processos de integração econômica (incluindo aí o mais avançado, a União Europeia), para além da mera questão regulatória, conforme explicitado acima, se amplia para uma aplicação, mesmo, da boa governança, fundamentada numa análise das necessidades específicas de cada Estado com o escopo de promover soluções eficientes, ultrapassando a aplicação indiscriminada dos modelos transnacionais uniformes para implicar, assim, um reforço elementar à sustentabilidade das instituições, pressuposta ao desenvolvimento contemporâneo, marcado pela transparência, concertação, legitimidade e equitatividade.

Com efeito, em termos de desenvolvimento sustentável transnacional, a boa governança revela-se como expressão de *global governance*, por meio da qual busca-se o fortalecimento das vias de implementação e revitalização da parceria global, de cunho multissetorial e capaz de mobilizar e compartilhar conhecimento, experiência, tecnologia e recursos financeiros, inclusive em apoio e incentivo às parcerias público-privadas, em suas distintas modalidades, segundo suas disponibilidades estratégicas de recursos – vide os ODS's (ONU, 2015).

Atualmente, na União Europeia, o processo de integração de Estados mais avançado e bem sucedido, devido à importância alcançada pelo conceito, o tema da boa governança tem sido a tônica do discurso político e também o alvo de vários estudos que intentam identificar os princípios basilares para sua aplicação, tais como a legitimidade, a democracia e a eficiência, como acima já referido, ficando claro que Estados, empresas, sociedade e outros tipos de organização, ou seja, todos os interessados devem

36. É válido ressaltar que, além dessa classificação acima exposta e ora adotada pela sua ampla difusão e singeleza, existem outras igualmente aplicáveis aos processos de integração, segundo distintos critérios. Para um aprofundamento a respeito, vide: Porto e Flôres Jr. (2006); Machlup (1998); e Almeida (2013).

37. As ideias contidas neste tópico se verificam anteriormente tratadas, de forma isolada, em Caldas e Freitas (2018) e em Caldas (2018), sendo ora apresentadas com acréscimos, revisões e modificações.

estar envolvidos na sua execução em âmbito transnacional.

Assim, conforme esclarece a Comissão Europeia, a aplicação da boa governança global em âmbito transnacional não é de responsabilidade exclusiva da União Europeia, mas algo que incumbe a todas as esferas públicas e demais atores envolvidos e interessados nos distintos processos de integração econômica, por intermédio de várias formas de atuação, inclusive para se alcançar suas premissas necessárias

A promoção de novas formas de governança não é, de modo algum, responsabilidade única das instituições europeias e muito menos da Comissão isoladamente. Incumbe, sim, a todos os níveis dos poderes públicos, às empresas privadas e à sociedade civil organizada, uma vez que os princípios de boa governança — abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência — são o reflexo dos anseios da opinião pública neste início de século (União Europeia, 2003, p. 5).

Com estas linhas de ação, inclusive concebidas como sendo da base para o topo (ditas *bottom-up*), verifica-se a busca pelo aperfeiçoamento da boa governança global, de cunho regulatório e concertado, passando por uma maior efetividade das vias de informação e comunicação, para tornar mais aberto o trabalho nos processos de integração dos Estados, aproximando o cidadão com uma melhora da democracia em âmbito regional e local, capaz de envolver ainda mais a sociedade civil mediante uma consulta mais eficaz e transparente na formulação das políticas públicas que incorporem as diretrizes globais (ODS's), a pressupor, outrossim, o estabelecimento de ligação às redes de interação entre os indivíduos e as organizações em geral.

Nesse contexto, é que os Estados-membros tendem a promover a necessária boa governança global em aperfeiçoamento da gestão pública local, com seus respectivos princípios e valores hoje sendo expressos pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS's) inseridos na Agenda 2030, sendo, no caso brasileiro, mediante a criação de uma Comissão Nacional responsável por sua internalização, difusão e transparência durante seu processo de implementação. Nos dizeres de Temer

A publicação do Decreto Presidencial 8.892, firmado em outubro de 2016, estabeleceu uma governança nacional ao processo de implantação da Agenda 2030 no país, criando a Comissão Nacional para os ODS. É uma instância de natureza consultiva e paritária, cuja finalidade é internalizar, difundir e dar transparência às ações relativas aos ODS. A Comissão tem a participação de representan-

tes dos três níveis de governo e da sociedade civil, constituindo um amplo espaço para a articulação, a mobilização e o diálogo com os entes federativos e a sociedade (2017, p. 6).

Vale ressaltar que, como já acima adiantado, os ODS's agregam aos três elementos propostos por Elkington (2004), outros dois, a paz e a parceria, de sorte a enfatizar um desenvolvimento sustentável imiscuído com a democracia participativa e, outrossim, a dita paz governança (Richmond, 2010), ou seja, um exercício concertado de tomada de decisões estatais, tornando-as mais legitimadas ao final do processo, em um ganho e incremento democráticos em função da paz social defluente de uma solução de conflitos consensual, dialógica.

Conclusão

Dessa forma, ao ter-se a boa governança global com a confluência dos seus vários princípios e valores sendo hoje externada nos ODS's, bem como ter-se por pressuposto um mesmo direcionamento político-econômico quanto a todos os envolvidos nos distintos processos de integração em que os Estados estejam inseridos, a sobreposição destes dois fatores (*global governance* e integração político-econômica) dando-se no sentido de harmonizar o conjunto de interesses dos distintos grupos neste cenário transnacional integrado, em promoção de convergência em superação das diversidades e, com isso, maior coesão social a implicar, em subsequência, incremento de concertação legitimadora das decisões com pacificação dos conflitos sociais, permite que sejam verificados, assim, enquanto elementos estruturantes do tão almejado pleno desenvolvimento sustentável transnacional.

Para tanto, a aplicação da governança global não pode descurar da boa governança, o que implica ser constantemente revista, focando sua atuação em aumentar e intensificar o sistema institucional consensual, de sorte a consolidar os princípios que regem o Estado Democrático de Direito, agregando todos os interessados, dando maior transparência nas decisões que são tomadas nos processos (de integração econômica) e, principalmente, contando com a participação mais próxima dos Estados-membros a fim de sedimentar a integração concertada do cidadão.

A integração econômica e monetária da União Europeia: breves apontamentos.

Por Jamile Bergamaschine Mata Diz³⁸

Sumário: I. Introdução. II. As etapas da integração sob a perspectiva econômica-monetária. III. A União Europeia e a integração monetária. IV. Conclusões

Introdução

A teoria da integração regional encontra-se determinada, em princípio, pela formulação de aspectos econômicos e monetários, surgindo, originalmente como tema relativo somente às trocas comerciais feitas pelos Estados, desde tempos primevos. A integração europeia não poderia seguir um caminho distinto ao adotar-se em 1957, o Tratado de Roma, com a criação da Comunidade Econômica Europeia, antecedida pelo Tratado do Carvão e do Aço (TCECA) e pela EURATOM.

Claro está que a criação de uma comunidade de países que compartilhem interesses e valores comuns demanda uma análise específica e, justamente por tal, a teoria da integração regional apresenta elementos importantes para a compreensão do fenômeno sem desconsiderar outros aspectos relevantes que o cercam, tais como: a internacionalização da economia e do capital; as transformações ocasionadas pelas políticas exteriores nacionais e as demandas apresentadas pelo chamado mercado internacional produtivo.

A justificativa para o presente trabalho pode ser referendada não somente pela crescente e complexa dimensão da integração regional, em seu aspecto econômico e monetário (especialmente em relação a este último), mas também pela compreensão da União Europeia como um processo de integração originado por um viés exclusivamente econômico que transbordou, posteriormente, para uma integração monetária, social, jurídica, tecnológica etc.

De fato, a integração, sob uma visão mais genérica, pode ser determina-

38. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais. Profesora de la UIT-MG Brasil. Doctora en Derecho Público/Derecho Comunitario por la Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Asesora Jurídica del Sector de Asesoría Técnica Secretaria del MERCOSUR - Montevideo (periodo: 2008-2009) Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid.

da por diferentes etapas a serem seguidas por esses pactos multilaterais de associação. A área de livre comércio, a união aduaneira, o mercado comum e as demais fases descritas teoricamente pelos autores³⁹ devem ser consideradas como mera tentativa de categorizar os compromissos firmados pelos países signatários dos acordos. A importância de fixar estes distintos mecanismos resulta na adoção de premissas que devem ser cumpridas por cada tipo de associação. Portanto, pode-se notar que os sistemas regionais de integração e cooperação seguem uma gradação relativa que pode ir de uma simples liberalização de mercadorias, através de um acordo preferencial, a uma união econômica e monetária que inclui, por sua vez, órgãos supranacionais e políticas comuns.

Qual será o melhor caminho para que um processo de integração ou cooperação seja implementado de forma bem-sucedida? Qual o melhor mecanismo, entre os tipos propostos pela teoria da integração regional, atenderia de forma mais adequada aos interesses dos Estados? A resposta a estas perguntas não é simples e não pode ser simplesmente fixada, sem uma análise mais aprofundada das teorias. Sabe-se, entretanto, que não existe fórmula mágica que determine como todos os mecanismos serão desenvolvidos ou se atingirão o resultado esperado. Assim, o termo “modelo” deve ser abordado com cautela, pois não há um “guia” de relações entre países, pois cada sistema pode aspirar a um propósito diferente. O NAFTA (North American Free Trade Agreement) e a UE (União Europeia), por exemplo, seguiram o mesmo caminho para alcançar um nível diferenciado de integração, pois a UE, desde sua origem, apesar de ostentar um caráter econômico já apontava à formação de um sistema pautado no compartilhamento de valores econômicos, sociais, legais, políticos etc., enquanto o acordo constitutivo do NAFTA não pretende ir além da formação de uma zona de livre comércio.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa interdisciplinar que envolve temas de direito da integração e de direito comunitário, devido especialmente ao caráter específico e singular que deve estar presente em toda análise de um sistema jurídico próprio aplicado a um determinado tipo de relação interestatal, como é o caso da formação de processos de integração regional. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução e desenvolvimento da integração monetária europeia. Os métodos histórico e analítico permitirão estabelecer as premissas conceituais e práticas aplicadas ao tema escolhido, já que permitem estabelecer os parâmetros necessários para

39. Entre outros, cite-se a Best (1997) e Baghwati; Panagariya (1996).

compreender um fenômeno típico do século XX, dado que a análise histórica da integração regional nos permite uma devida compreensão do modo e meio de desenvolvimento dos processos em curso ao reforçar os pontos de contato com os momentos vividos por cada um deles (em especial a União Europeia, objetivo central do presente artigo).

As etapas da integração sob a perspectiva econômico-monetária

As diferentes etapas para alcançar uma união econômica e monetária vinculam-se à formação de acordos de integração regional os quais, em geral, se estabelecem (ao menos em sua origem) por medidas de caráter econômico. Ainda que se consiga chegar a uma integração que ultrapasse as “fronteiras” meramente econômicas, como é o caso da UE, estes acordos têm de enquadrar-se dentro de uma tipologia de modelos de integração econômica regional que correspondem a diferentes fases e graus, geralmente adotando as seguintes formas (Balassa, 1964)⁴⁰: zona de livre comércio, união aduaneira, mercado comum, união econômica e monetária e integração econômica. Não existe uma cronologia hierárquica rigidamente determinada, mas, como será comentado, a zona de livre comércio tem uma complexidade bastante inferior à etapa do mercado comum.

A) ZONA DE LIVRE COMÉRCIO (ZLC): está caracterizada pelo estabelecimento de normas relativas às transações intra-regionais, referindo-se principalmente à eliminação ou isenção tributária. Há uma preocupação relativa ao tratamento fiscal igualitário aplicado aos países membros, com a conseqüente retirada dos impostos de importação e exportação. Neste sentido, cada Estado da zona tem de eliminar todos os direitos de alfândega, bem como as restrições quantitativas e as medidas que têm efeito equivalente a estas restrições sobre o comércio dos produtos originários dos Estados que integram a zona. Como a finalidade inicial é impulsionar o comércio, não há maiores dificuldades para a adoção das normas presentes no acordo assinado pelos Estados partícipes. Como exemplo de zona de livre comércio pode-se citar o North American Free Trade Agreement – NAFTA.

B) UNIÃO ADUANEIRA (UA): representa um passo adiante com respeito à zona de livre comércio. Nesta etapa os países signatários do acordo estabelecem um imposto comum ou uma tarifa externa em relação a terceiros

40. Deve-se ressaltar que há distintas classificações encontradas na doutrina, alguns autores também incluem os acordos preferencias de comércio como é o caso de Machado (2000).

países. Com a fixação desta tarifa, eliminam-se as fronteiras econômicas entre os países que a integram, estabelecendo uma política comercial comum com relação aos países extrazona, chegando a uma quase comunitarização dos elementos vinculados à livre circulação de mercadorias. A criação de um mínimo de normas comuns garante a liberdade de concorrência e evita ações concertadas por parte dos operadores econômicos. O MERCOSUL se encontra atualmente nesta etapa, ainda que de maneira incompleta já que não possui uma política comercial comum nem órgãos competentes para realizá-la, o que impede a adoção de um sistema de distribuição e desgravação dos impostos praticados pelo grupo. Tanto a zona de livre comércio como a união aduaneira foram objeto de definição pelo GATT, posteriormente consignado à categoria de organização internacional denominada OMC (Organização Mundial do Comércio).

Segundo o art. XXIV, 8b a zona de livre comércio supõe um grupo de dois ou mais territórios aduaneiros, circunscritos a um acordo de eliminação de direitos tarifários e demais regulamentações comerciais restritivas e vinculados ao intercâmbio mercantil dos produtos originários dos territórios constitutivos de dita zona. A união aduaneira conceitua-se no art. XXIV, 8a como a substituição de dois ou mais territórios aduaneiros por um só, de tal forma que os direitos aduaneiros e demais regulamentações restritivas sejam eliminadas em relação aos produtos comercializados entre os territórios constitutivos, além de aplicar aos países extrazona os direitos aduaneiros determinados por uma política comum do grupo.

C) MERCADO COMUM (MC): nesta etapa além do “reforço” da tarifa externa comum, adiciona-se a mobilidade dos fatores produtivos, com a instituição das chamadas quatro liberdades comunitárias: pessoas, bens, capitais e serviços. Para alcançar dita fase se deverá, por um lado, coordenar os variados aspectos da política econômica dos países signatários, implicando um maior grau de harmonização do sistema de segurança social, tributário e trabalhista. Por outro lado, para a livre mobilidade do capital necessário se faz a criação de uma legislação comum em matéria de investimentos diretos, royalties e retorno ou reingresso do capital ao país de origem da empresa investidora. Como se pode notar, no mercado comum há um grau elevado de integração. O Ato Único de 1986 criou os elementos necessários para consolidar a então Comunidade Econômica Europeia num mercado comum.

D) UNIÃO ECONÔMICA E MONETÁRIA (UEM): implica a harmonização das políticas monetárias, fiscal e cambial com a adoção de uma moe-

da única, e a criação de um Banco Central independente. A formação deste tipo de acordo de integração implica obrigatoriamente o estabelecimento de um plano de convergência económica entre os países, evitando assim as disparidades socioeconómicas que talvez ainda persistam entre eles. A manutenção dos indicadores descritos neste modelo de integração reforça os vínculos monetários, económicos e jurídicos praticados pelos estados membros. Com a chegada do euro em 2002, a UE conseguiu concretizar os objetivos fixados no Tratado de Maastricht de 1992, resultando numa união económica e monetária única em todo mundo contemporâneo.

E) INTEGRAÇÃO ECONÓMICA E POLÍTICA (IEP): para chegar a esta, conforme a teoria da integração regional, além da coordenação das políticas económicas e monetárias se deverá instituir uma autoridade supranacional que determine a completa unificação de todas as políticas anteriormente coordenadas ou harmonizadas. Supõe um alto grau de integração, e pode-se dizer que equivaleria, a depender do caso, a uma suposta federalização do processo de integração.

Claro que a teoria económica formulada por Balassa representa o ponto central sobre o qual os autores foram posteriormente aperfeiçoando a teoria económica, ao criar-se certa hierarquia dentro do procedimento de integração económica: a zona de livre comércio, a união aduaneira, o mercado comum com a conseqüente liberdade de circulação de pessoas, bens, serviços e capitais; a união política e económica, rumando a uma possível federalização ou co-federalização do sistema .

Deve-se observar, contudo, que a formação de uma zona de livre comércio não significa, por sua vez, que o acordo regional chegará, necessariamente, à etapa de uma união económica, já que muitos blocos eram e/ou são formados somente com o fim de atender dadas circunstâncias, geralmente de natureza comercial como a liberalização de determinados setores da economia ou da indústria. A integração regional propriamente dita (ou seja, aquela que busca alcançar níveis mais profundos), deve ser vista como parte de uma nova estrutura organizacional dos Estados, na qual novas formas de relações internas e externas surgem num marco comum – o espaço integrado. E como tal, supõe uma mudança radical na concepção interna e externa do conceito tradicional de Estado, chegando a um âmbito onde as fronteiras do território comum restem ampliadas. Conforme Mata Diz e Penido (2015, p. 630)

A relativização da definição dos elementos tradicionais e clássicos do Estado ressaltou a necessidade de analisar como os processos de

integração regionais foram, pouco a pouco, criando novas abordagens para explicar a transformação do chamado Estado-nação, dando lugar ao chamado Estado-região. Neste sentido, o regionalismo como teoria e movimento voltado para a agregação dos Estados necessita dialogar permanente com estes, de forma a compatibilizar os ideais integracionistas com a manutenção dos modelos estatais fincados e estruturados em uma construção originária do século XIV.

Neste sentido, a integração monetária da União Europeia apresenta um sistema de integração voltado para o aprofundamento das estruturas organizacionais que ultrapassam a mera formação de uma organização internacional clássica, ao criar instituições supranacionais com poderes decisórios em matérias relacionadas, entre outras, com a política monetária.

A União Europeia e a integração monetária

A União Europeia, após a firma do Tratado de Maastricht, em 1992, deu um passo relevante em direção ao estabelecimento de uma conformação interestatal até então desconhecida. A instituição do Sistema Monetário Europeu – SME desempenhou um marcante papel na progressão de uma política econômica comunitária, fortalecendo o mercado comum, devido principalmente às atuações levadas a cabo pelas instituições em matéria econômica e monetária. Desde sua entrada em vigor, em março de 1979, este Sistema, permitiu, em maior ou menor medida, reforçar a estabilidade dos preços nos países membros e a estabilidade do câmbio no âmbito comunitário e internacional. Conforme a própria Comissão Europeia (2017, s/n)

O funcionamento e a gestão da União Económica e Monetária têm por objetivo apoiar um crescimento económico sustentável e um elevado índice de emprego, através de uma política económica e monetária. Tal envolve quatro atividades económicas principais: aplicar uma política monetária eficaz na área do euro com vista à estabilidade dos preços; coordenar as políticas económicas e orçamentais nos países da União Europeia; assegurar o bom funcionamento do mercado único e supervisionar e controlar as instituições financeiras.

Tal sistema, ademais, contribuiu para a cooperação econômica entre os Estados e para fazer menos gravosos os efeitos dos choques econômicos provenientes do exterior, como, por exemplo, as flutuações decorrentes do mercado financeiro. A configuração de um sistema monetário e financeiri-

ro comum foi estabelecida pelo AUE, que criou em 1988, um Comitê de Trabalho presidido pelo francês Jacques Delors, que tinha como propósito elaborar um relatório sobre as condições da União Econômica Monetária (UEM) e as perspectivas para um maior aprofundamento e consolidação das políticas vinculadas ao SME.

O Relatório Delors delimitou uma série de medidas legais e institucionais consideradas como o pilar fundamental para o incremento definitivo da UEM, com ênfase para a adoção da política monetária comum, que exigiria por sua vez um alto grau de compatibilidade com os demais instrumentos de política econômica que eram praticados pelos Estados membros e cuja última etapa previa a criação de um Banco Central Europeu, que foi, finalmente, instituído em 1999, e que seria a instituição monetária garantidora do cumprimento e monitoramento do pacto de estabilidade e crescimento.

O Tratado de Maastricht ao estabelecer as condições para adesão de Estados à UE como membros plenos reforça o compromisso dos Estados em alcançar metas econômicas que possibilitariam a criação da política econômica e monetária comum, especialmente no que se refere ao limite do déficit público (não mais que 3% do PIB) e os níveis de dívida pública (máximo 60%), requisitos obrigatórios para os Estados que pretendem compartilhar a moeda única.

En la segunda etapa, que comenzó el 1 de enero de 1999 se creó el Instituto Monetario Europeo, precedente del actual Banco Central Europeo (BCE) y se eligieron los países que satisfacían los criterios de convergencia para poder acceder a la tercera etapa. Dichos criterios hacían referencia a: (i) la estabilidad de precios, pues la tasa de inflación

del país candidato no podía superar en más de 1,5 puntos porcentuales la media de los tres estados con menor inflación; (ii) el tipo de interés, que no debía exceder en más de 2 puntos porcentuales el tipo de interés medio de los tres estados con menor inflación; (iii) el déficit público, que debía ser inferior al 3% del PIB; (iv) la deuda pública, que no podía superar el 60% del PIB; y (v) el tipo de cambio; esto es, la moneda del país que se integraba debía haber pertenecido al SME durante los dos años precedentes y no haber sido devaluada en dicho periodo. (Roldan, 2015, p. 15)

Posteriormente, os Estados membros decidem reforçar a supervisão e coordenação das políticas econômicas e orçamentárias nacionais de forma a cumprir os limites de déficit e dívida estabelecidos pelo Tratado de Maastricht, nascendo então o Pacto de Estabilidade e Crescimento. Sucintamente, e

conforme a Resolução do Conselho Europeu sobre o Pacto de estabilidade e crescimento de 17 de junho de 1997 criaram-se direitos e deveres para os Estados membros e para as instituições comunitárias, em especial a Comissão e o Conselho⁴¹, bem como para o Banco Central Europeu após sua criação.

41. Textualmente a Resolução de 1997 assim dispõe:

Los Estados miembros se comprometen a cumplir el objetivo presupuestario a medio plazo de alcanzar una situación de proximidad al equilibrio o superávit. Además, los Estados miembros:

- son invitados a hacer públicas, por iniciativa propia, las recomendaciones que les dirige el Consejo;
- se comprometen a adoptar las medidas presupuestarias correctoras que sean necesarias para alcanzar los objetivos de sus programas de estabilidad o de convergencia;
- deben aplicar los ajustes presupuestarios correctores que estimen necesarios sin demora cuando se les notifique la existencia de un riesgo de déficit excesivo;
- deben corregir los déficits excesivos lo más rápidamente posible tras su aparición;
- se comprometen a no aducir el carácter excepcional de un déficit asociado a una baja anual del PIB de menos del 2 %, salvo si sufren una grave recesión (baja anual del PIB real de como mínimo el 0,75 %).

Por su parte, la Comisión:

- ejerce el derecho de iniciativa que le confiere el Tratado con objeto de facilitar el funcionamiento riguroso, rápido y eficaz del Pacto de Estabilidad y Crecimiento;
- debe presentar sin demora los informes, dictámenes y recomendaciones necesarios para permitir al Consejo adoptar sus acciones rápidamente;
- se compromete a elaborar un informe cuando exista un riesgo de déficit excesivo o cuando el déficit público previsto o efectivo rebase el valor de referencia del 3 % del PIB;
- se compromete, si estima que un déficit que supera el 3 % no es excesivo y esta opinión no es conforme al dictamen del Comité Económico y Financiero, a presentar por escrito al Consejo las razones que justifican su posición;
- se compromete, a petición del Consejo, a formular en principio una recomendación, sobre cuya base el Consejo decidirá declarar o no la existencia de un déficit excesivo.

El Consejo se compromete a aplicar de forma rigurosa y rápida todos los elementos del Pacto de estabilidad y crecimiento que son de su incumbencia. Por otra parte, se insta al Consejo:

- a considerar los plazos previstos para la aplicación del procedimiento de déficit excesivo como plazos máximos;
- a decidir sistemáticamente la imposición de sanciones si un Estado miembro participante no adopta las medidas necesarias para poner fin a una situación de déficit excesivo y a aplicar rigurosamente toda la gama de sanciones previstas;
- a exponer sistemáticamente por escrito las razones que justifiquen una decisión de no intervenir.

Síntese da Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de estabilidad y crecimiento (Amsterdam, 17 de junio de 1997) [Diario Oficial C 236 de 2.8.1997], disp. em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l25021&qid=1436221273285&from=ES>

A entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009, reforça a união iniciada na década de 90 (e até mesmo antes, conforme anteriormente visto), atribuindo competência exclusiva para política econômica e monetária à União Europeia, conforme o art. 3 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Neste sentido, Molina del Pozo e Mata Diz (2013, p. 65) assinalam que

competencias exclusivas aquellas que vienen atribuidas por los Tratados y sobre cuyos ámbitos materiales únicamente la Unión tiene capacidad para legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes. Los Estados miembros no podrán intervenir a no ser que fuesen autorizados por la Unión o para aplicar los actos que hubieren sido adoptados por la Unión.

Neste mesmo período, ou seja, final dos anos 2000, a União Europeia sofreu uma grave crise econômica com especial efeito sobre alguns dos Estados-membros (Grécia, Portugal, Espanha e Itália). A crise internacional iniciada em 2006 atingiu fortemente a UE, demonstrando as debilidades do sistema monetário e econômico, além de colocar a prova todos os mecanismos criados para incrementar a estabilidade de seus membros.

Decorreram mais de quatro anos desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Nesse período, a Europa foi atravessada por um violento abalo sísmico, a crise do euro, que tudo ia deitando a perder. Por diversas ocasiões, ao longo dos últimos anos se receou que o agudizar da crise do euro pudesse levar ao final da moeda única e, em consequência, se degradassem as relações entre estados-membros ao ponto de fazer perigar todo o processo de construção europeia. A fragilidade da construção europeia nunca havia sido testada com tamanha crueza como no último quadriênio, com o espectro da reversibilidade do processo de integração pairando sobre todo o continente. Entre a primavera do ano dez e o verão de doze – quando o presidente Draghi finalmente afirmou que o Banco Central Europeu estaria disposto a tudo fazer para salvar o euro – a UE viveu num carrossel de emoções, e aflições. (Soares, 2014, p. 13)

No intuito de debelar a crise e evitar um efeito dominó sobre outros Estados, comprometendo, assim, a estabilidade adequada para a manutenção do sistema monetário, algumas medidas foram adotadas, tais como:

i) a criação da chamada “Troika”, composta pelo Fundo Monetário Euro-

peu, pela Comissão e pelo Banco Central Europeu, um foro destinado a examinar e adotar as medidas necessárias para auxiliar os países mais afetados;

ii) a reformulação do Pacto de Estabilidade e Crescimento, visando incrementar e agilizar os mecanismos de auxílio, quando possível;

iii) a adoção do Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança da União Económica e Monetária (TECG), firmado em 09 de dezembro de 2011, no qual se buscava estabelecer uma “regra de equilíbrio orçamentário”, evitando, assim, medidas nacionais que possam colocar em risco a chamada zona euro.

iv) monitoramento por parte das instituições comunitárias, dos instrumentos adotados pelos Estados para que a crise fosse efetivamente minimizada.

Além das críticas suscitadas pelos autores em relação a tais medidas (Costa, 2016; Soares, 2014) deve-se mencionar que a crise surgiu no influxo de um “alargamento” importante para a UE com a entrada de 12 (doze) novos membros que, por sua vez, deviam cumprir os critérios necessários para participar, também, da zona euro.

Uma outra questão que deve ser levada em consideração, ainda que não seja o objetivo central do presente trabalho, é como a criação da união monetária e o conseqüente aprofundamento da integração europeia podem significar um incremento das assimetrias entre os Estados. Neste sentido, assim aponta Costa (2016, p. 31-32)

De acordo com os dados disponíveis (EC, 2012), podemos identificar o impacto dos sucessivos alargamentos da CEE/UE em um conjunto de indicadores. Naturalmente, todos implicam um acréscimo no PIB total e na população. Como atestam os dados do Eurostat e de outros autores (EC, 2012; Costa, 2004), o alargamento de 1995 foi o único a ter uma influência positiva sobre o PIB *per capita* do bloco de integração, e apenas em 0,1 p.p. A entrada das duas economias ibéricas, em 1986, traduziu-se em uma quebra de mais de 6 p.p. no rendimento *per capita*, enquanto os alargamentos de 2004 e de 2007 representaram quebras de 15 e 7 p.p., respetivamente, no mesmo indicador. Em 2010, o PIB *per capita* na UE variava entre 43% da média comunitária, na Bulgária, e 283% da mesma média, no Luxemburgo (EC, 2012).

Conclui a autora afirmando “essas disparidades marcantes entre países

e regiões no seio da UE colocam, de forma inequívoca, aquele que é um dos principais paradoxos da construção europeia: o aprofundamento do processo de integração, traduzido no mercado interno e na união monetária, que implica a definição de políticas económicas com objetivos e instrumentos cada vez mais harmonizados” (Soares, 2016, p. 32)

Contudo, é inegável que a UE, como único processo de integração atual, demonstra a importância de um sistema de regulação que abarque também medidas de natureza fiscal, que venham a extrapolar a mera concretização dos critérios desenhados para a zona euro. A crise veio, justamente, apontar as falhas da integração económica e monetária, ao evidenciar a ausência de políticas vinculadas ao crescimento simétrico entre os Estados, apesar dos esforços já realizados neste sentido pela própria União (caso, por exemplo, dos fundos de coesão).

A integração económica europeia resultou, sem dúvida, numa nova reconfiguração das forças geopolíticas pós-guerra e, também, enfatizou a importância de analisar as associações interestatais sob uma nova ótica, desta feita vinculada a acordos que ultrapassam as questões meramente comerciais, ao estabelecer medidas de natureza monetária que, resultam, por sua vez, em impactos sociais.

Conclusões

A teoria da integração regional, analisada sob a perspectiva económica e monetária, demonstra quais seriam os pressupostos necessários que as associações interestatais devem cumprir objetivando culminar uma adequada formação monetária. A União Europeia, conforme a sucinta análise feita no presente artigo, estabeleceu um cronograma que se iniciou na década de 70 e finalizou, sob o aspecto formal, com a entrada em vigor do euro em 2002.

Contudo, tais requisitos, apesar de apresentarem as condições facilitadoras para que a integração monetária possa ocorrer, não são suficientes para determinar o êxito do processo, uma vez que fatores endógenos (por exemplo, a ausência de um equilíbrio orçamentário por parte do Estado-membro) bem como os fatores exógenos (crises internacionais) demandam medidas que venham a evitar a fragilidade do sistema monetário comum, colocando, inclusive, em risco a própria integração regional.

A União Europeia, como único sistema atual de integração monetária, logrou adotar os instrumentos necessários para alcançar a coordenação (e até mesmo a harmonização) da política macroeconómica e monetária. Não obstante, a realidade demonstrou que, mesmo diante de uma construção

minuciosamente planejada e atenta às assimetrias nacionais existentes no âmbito europeu, a UE não está imune às turbulências e inconstâncias do sistema internacional. O caminho sempre foi árduo, mas ainda está longe de considerar-se efetivamente pronto e acabado...

Capítulo II:

Globalización, gobernanza e integración regional desde la perspectiva jurídica-político.

Coordinador: Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

Autores: Guilherme A. Campos da Silva

Samantha Meyer

Daniel Amin Ferraz

Luciana Scotti

Apresentação.

Por Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

Conforme o processo atual de globalização, a caracterizar interdependência estatal econômica e política em âmbito internacional, torna-se premente a integração dos Estados para que em cooperação recíproca possam fomentar a solução de seus conflitos, *maxime* de cunho político, com a criação de padrões transnacionais (universais) de gestão e de proteção de uma cidadania participativa e deliberativa em observância aos direitos humanos envolvidos (*global governance*), em promoção da paz social segundo um paradigma de desenvolvimento (global e sustentável) comum (até aos distintos processos de integração estatal).

A globalização, ante tal realidade, revela um processo lento e gradual de amadurecimento dos interesses econômicos e políticos dos Estados, e suas respectivas sociedades (conforme os ensinamentos de Rodrik e Ortega y Gasset), racionalizando-se o desenvolvimento de forma programada e integrada, consoante articulações econômicas politizadas conjunturalmente regidas pelo Direito na contemporânea sociedade do risco e da tecnologia (de acordo com Beck e Giddens), com seu dinamismo e rapidez na troca de informações.

É nesse quadro que a governança mostra-se como um instrumento a prol da integração para que o agir dos Estados econômica e politicamente interdependentes ocorra de modo eficaz e eficiente, com equilíbrio entre os atores envolvidos na própria globalização, orientando uma política internacional que considere os padrões globalmente estabelecidos para um desenvolvimento sustentável (hoje insertos nos ODS's - Objetivo de Desen-

volvimento Sustentável), sem que, todavia, isso implique violação às determinações constitucionais de cada Estado.

Por isso, a integração dos Estados, vista sob uma perspectiva política, busca ser explicada por algumas das teorias de relações internacionais (federalismo, funcionalismo, neofuncionalismo, institucionalismo, realismo, neo-realismo, e intergovernamentalismo), inclusive trabalhando o fenômeno da transmutação dos elementos estruturantes do Estado, dentre os quais, em tal análise, destaca-se o poder soberano, hoje imerso em uma concepção constitucional cooperativa (à luz de Häberle).

Dessa forma, os textos apresentados neste capítulo se debruçam sobre a temática acima explicitada, com o fito de desvendar aspectos da correlação existente entre globalização, governança e os processos de integração regional dos Estados, segundo uma perspectiva marcadamente política deste fenômeno, cada qual partindo de premissas diferenciadas, e, por vezes, encontrando pontos de tangência, o que demonstra a densidade do tema, bem como os seus diferentes e variados enfoques.

Presentación.

Por Roberto Correia da Silva Gomes Caldas

Conforme al proceso actual de globalización, que se caracteriza por la interdependencia estatal tanto económica como política en el ámbito internacional, resulta urgente la integración de los Estados para que a partir de la cooperación recíproca puedan fomentar la solución de sus conflictos, máxime los de cuño político, con la creación de patrones transnacionales (universales) de gestión u participación de una ciudadanía participativa y deliberativa en observancia de los derechos humanos involucrados (global governance) y en promoción de la paz social siguiendo un paradigma de desarrollo (global y sustentable) común (incluyendo los distintos procesos de integración estatal).

Ante tal realidad, la globalización, presenta un proceso lento y gradual de maduración de los intereses económicos y políticos de los Estados, y de sus respectivas sociedades (según las enseñanzas de Rodrik y Ortega y Gasset), si se presenta el desarrollo de forma programada e integrada, en consonancia con las relaciones económicas politizadas y coyunturalmente reguladas por el Derecho en las sociedades contemporáneas de riesgo y de alta tecnología (de acuerdo con Beck y Giddens), con su dinamismo y rapidez en el intercambio de informaciones.

Es en este marco es que la gobernanza se muestra como un instrumento

a favor de la integración para que el actuar de los Estados económico y políticamente interdependientes se produzca de manera eficaz y eficiente, con equilibrio entre los actores involucrados en la propia globalización, orientando una política internacional que considere los estándares globalmente establecidos para un desarrollo sostenible (hoy insertos en los ODS's - Objetivo de Desarrollo Sostenible), sin que, sin embargo, esto implique violación a las determinaciones constitucionales de cada Estado.

Por eso, la integración de los Estados, vista desde una perspectiva política, busca ser explicada por algunas de las teorías de relaciones internacionales (federalismo, funcionalismo, neofuncionalismo, institucionalismo, realismo, neo-realismo, e intergubernamentalismo), incluso trabajando el fenómeno de la transmutación de los derechos elementos estructurantes del Estado, entre los cuales, en tal análisis, se destaca el poder soberano, hoy inmerso en una concepción constitucional cooperativa (a la luz de Häberle).

De esta forma, los textos presentados en este capítulo se centran en la temática anteriormente explicitada, con el fin de develar aspectos de la correlación existente entre globalización, gobernanza y los procesos de integración regional de los Estados, según una perspectiva marcadamente política de este fenómeno, cada uno partiendo de las premisas diferenciadas, y, a veces, encontrando puntos de tangencia, lo que demuestra la densidad del tema, así como sus diferentes y variados enfoques.

A intervenção do estado na econômica e o desenvolvimento nacional.

*Por Guilherme Amorim Campos da Silva⁴² y
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques⁴³*

Sumário: I Introdução. II. A ordem econômica vigente. III. A liberdade de empreender e o sistema constitucional empresarial. IV. A ordem econômica e a internacionalização. 5. Conclusões-

Introdução

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 trouxe inúmeros avanços, dentre eles a democracia participativa, o aprimoramento da separação de poderes, do sistema de freios e contrapeso e o amplo tratamento destinado aos direitos e garantias fundamentais, que são cláusulas pétreas no sistema pátrio, ou seja, “cláusulas imodificáveis pelo poder de reforma”⁴⁴.

A Constituição Cidadã dispõe logo em seu Título II sobre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, que englobam os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Referidos direitos se irradiam e conformam todo o sistema normativo, estabelecendo que as demais normas sejam interpretadas em conformidade com o seu conteúdo.

Se de um lado a Constituição Federal de 1988 assegura um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, de outra ela dedica um capítulo próprio para tratar da Ordem Econômica em seu Título VII “Da Ordem Econômica

42. Doutor em Direito do Estado (2010) e Mestre em Direito Constitucional (2002) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Advogado. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

43. Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Advogada. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho.

44. TOLEDO, Gastão Alves de. “A Constituição e seus desafios” In. Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao Professor Michel Temer. Organizadores: DE LUCCA, Newton; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. NEVES; Mariana Barboza Baeta. São Paulo: Quartier Latin, apoio FIESP, 2012, p. 177.

e Financeira". Vale dizer que nas Constituições anteriores, a Ordem Econômica era tratada no mesmo título da Ordem Social.

O Texto Constitucional foi enfático ao estabelecer os princípios que regem a ordem econômica, com vistas a garantir e consolidar uma economia de mercado, que é fundamentada na livre iniciativa e na livre concorrência. Todavia, visa conciliar essa economia de mercado com a valorização do trabalho, a garantia de uma existência digna e a justiça social.

O Texto Constitucional tratou explicitamente da possibilidade da intervenção do Estado na economia na perspectiva de sua atuação *indutora do desenvolvimento nacional*, com o intuito, inclusive, de corrigir eventuais distorções do mercado que afetem a própria Ordem Econômica.

Daí porque, sob uma dimensão republicana, e considerando as graves disparidades econômicas e sociais reconhecidas já no Título I da Carta, o Estado sempre deve buscar agir em uma perspectiva ordenada, orientada e planejada de sua eventual intervenção na ordem econômica.

A Constituição Federal estrutura a intervenção do Estado na ordem econômica sob dupla perspectiva: indutora da atividade econômica, mediante sua ação econômica, por meio da criação de empresas estatais ou de sua participação acionária em empreendimentos, de maneira a estimular o desenvolvimento econômico de setores estratégicos para o Estado e, ainda, reguladora da atividade econômica, em que o Estado age por meio da normatização da atividade econômica privada, fiscalizando o cumprimento de posturas legais discutidas e aprovadas pelos representantes legais.

No momento em que a Constituição da República ultrapassou seus primeiros trinta anos de vigência, as estruturas normativas presentes no Texto Constitucional devem ser examinadas como hipótese e ponto de partida para nos oferecer explicação para uma reflexão sobre a tensão que se coloca entre a necessidade de desenvolvimento econômico nacional, com a forte presença do Estado brasileiro, e o quanto sua presença colabora para uma corrupção endêmica, pouca transparência, retroalimentando assim uma super normatização em busca de segurança jurídica, levando o Poder Judiciário a se tornar parte integrante do problema.

Nesse estudo, dentro do âmbito da linha de pesquisa das Estruturas do Direito Empresarial, algumas investigações apontam caminhos para os necessários aperfeiçoamentos normativos e institucionais, visando sempre o desenvolvimento do ente estatal em toda sua plenitude.

Para tanto, utilizaremos o método dedutivo e a revisão bibliográfica.

A ordem econômica vigente

A Ordem Econômica se consubstancia no conjunto de normas previstas na Constituição que traça as finalidades e um modelo para a economia, bem como as hipóteses de intervenção estatal na área.

No art. 170 do Texto Constitucional fica expressamente estabelecido os princípios que norteiam a ordem econômica, quais sejam: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas, sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Importante destacar que consoante os ditames constitucionais a Ordem Econômica possui dois fundamentos, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, que têm como finalidade precípua garantir a todos uma existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social.

Verifica-se no Texto Constitucional a nítida preocupação com o desenvolvimento do País, uma vez que logo em seus primeiros artigos elenca como um dos fundamentos da República a livre iniciativa (art.1º, inc. IV) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Tanto a intervenção do Estado na economia como a possibilidade de o particular contratar com o Estado submetem-se a princípios gerais que devem nortear a Administração Pública de forma abrangente.

A partir desta premissa, e justamente em nome do interesse público subjacente à esta relação, cria-se um sem número de normas e obrigações com vistas à uma pretensa objetividade procedimental, transparência e previsibilidade das ações e atos dos agentes que, em análise mais detida, burocratizam sobremaneira a tomada de decisões e tornam de difícil execução uma tarefa imprescindível no combate à corrupção: a fiscalização, seja por órgãos de controle, seja por parte da sociedade civil organizada.

Em obra sobre o tema, comentando a realidade na Argentina, em muito similar *normativa* e *socialmente* à nossa, Hector Mairal assim se pronuncia

O excesso de regulamentação (*regulatory overshoot*) em nosso país é uma consequência, em grande parte, da concepção da lei com um objetivo de desenvolvimento social e não como uma exigência mínima de conduta. (...) Em vez de definir diretrizes realistas, que

somente com o passar do tempo podem ir se tornando mais exigentes, são definidas *ab initio* exigências que só podem ser cumpridas por poucos. As normas são ditadas sabendo-se que não poderão ser respeitadas, especulando-se que, através de sua mera existência os indivíduos a quem estas se destinam, gradativamente, adaptem seu comportamento às novas exigências. Frequentemente essas leis são copiadas de outros países mais avançados, sem antes ser analisada sua compatibilidade com as reais condições em que se desenvolve a sociedade argentina. Acontece muitas vezes que a versão Argentina é ainda mais rigorosa do que a original, o que demonstra que o efeito esperado ao se sancionar a norma é demonstrar o afã dos legisladores ou funcionários mais do que estabelecer diretrizes razoáveis para o comportamento. Colocar os particulares numa situação de irregularidade generalizada não é um problema que pareça tirar o sono dos autores das normas argentinas.⁴⁵

A previsão da intervenção do Estado na economia procurou dotar os poderes constituídos, notadamente o Poder Executivo, de instrumentos de ação de políticas públicas para a promoção do desenvolvimento nacional, possibilitando aos demais poderes, Legislativo e Judiciário, sua normatização e controles de constitucionalidade e legalidade, respectivamente.

Isto não significa, em hipótese nenhuma, o engessamento da atividade estatal. Muito pelo contrário: busca-se nestas previsões a diversidade de meios, própria da maleabilidade dos instrumentos econômicos.

O viés de sua rigidez, que por vezes busca-se interpretar como mote de segurança jurídica, encontra o resultado inverso: a instabilidade das relações econômicas e a insegurança jurídica dos contratos celebrados entre particulares e o Estado e, não por vezes, fonte de corrupção.

Como pontifica André de Laubadére:

A maleabilidade do direito administrativo económico exprime-se em primeiro lugar, de uma maneira evidente, pelo facto de se porem à disposição, nas suas intervenções económicas, gamas muito extensas de meios, quer se trate dos *instrumentos de acção*, dos *processos* ou ainda dos *tipos de actos*. Em todos estes domínios, o direito público económico oferece variedades de meios e, por conseguinte, possibilidades de escolha que constituem um factor de maleabilidade.

No respeitante aos *instrumentos*, veremos que, muito frequentemente, por exemplo em matéria de intervencionismo ou em matéria de

45. As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la, p. 120-121.

outorga de ajudas financeiras, a administração dispõe de um leque largamente aberto de tipos de organismos, uns de natureza pública (por exemplo, institutos públicos), outros de natureza privada (que se tornam seus “auxiliares”). À maleabilidade resultante da própria existência deste “teclado” acrescenta-se, de resto, aquela que caracteriza a própria estrutura de alguns destes organismos (...)⁴⁶

Ao estabelecer a prerrogativa de intervenção do Estado na economia e fixar seus meios, à toda evidência, quis o constituinte pátrio assegurar o alcance dos objetivos fundamentais da República, previstos no artigo 3º da Carta Brasileira.

Pode-se afirmar, portanto, tratar-se de normas *estruturantes* da organização sócio – econômica brasileira podendo-se, de forma sistêmica, assim enuncia-las: a afirmação da livre iniciativa, compreendendo a liberdade de produzir, trabalhar, contratar e de se obrigar livremente.

Contudo, tendo em vista o objetivo fundamental de se garantir o desenvolvimento nacional, que pressupõe a construção de uma sociedade com eliminação da pobreza e redução das desigualdades regionais e sociais, verdadeiros vetores de planejamento da atividade econômica da atividade estatal (obrigatória para o Estado e indicativo para a atividade econômica particular), o Estado intervém estrutural e normativamente e limita a liberdade constitucionalmente assegurada ao nível dos interesses coletivos e públicos.⁴⁷

46. Direito Público Econômico, p. 111.

47. Carl Schmidt, em seus escritos sobre Democracia e liberalismo, já nos anos 1920 e 1930 alertava para a dicotomia das verdades individuais da democracia direta e do controle do Estado pelo exercício dos mecanismos de controle popular e sua tensão em face dos instrumentos de delegação, notadamente no plano econômico, para implementação de políticas, ao próprio Estado, contribuindo para o caráter totalizante do ente público: Se o governo está autorizado por uma lei a fazer novas despesas até agora não admitidas e se está autorizado a receber um empréstimo, por exemplo, para disponibilizar meios financeiros para a preparação da propriedade estatal das empresas, se finalmente for concedido um excesso ou uma modificação adicional do orçamento, estas são então leis sobre o orçamento. A base legal desta forma de expansão está no fato de que tais leis têm seu significado legal essencial no orçamento. (...) É óbvio que esse é o orçamento preventivo, que dessa forma é alterado e modificado. Se você quisesse compactar o texto de tal maneira que somente a lei orçamentária fosse excluída da lei de iniciativa popular proposta, seriam necessários aumentos salariais e recompensas para os funcionários, uma vez que estes não são arranjos salariais” (traduzimos do italiano). [Na edição em italiano: Se il governo viene autorizzato da una legge a fare nuove spese finora non ammesse e se viene autorizzato a percepire un prestito ad esempio per mettere a disposizione mezzi finanziari per l’allestimento del possesso statale di imprese, se infine deve essere concesso un superamento od una modifica

Estes interesses coletivos e públicos estão todos qualificados constitucionalmente.

Verifica-se, nesta medida, que em nome do adequado aproveitamento coletivo e em nome de um projeto amplo de desenvolvimento, as liberdades e propriedades individuais cedem limites para uma exploração econômica mais racional e ampla, que beneficie parcela maior da população, assim acontecendo, em tese, com a função social da propriedade e os esforços de compatibilização do regime da propriedade privada liberal com sua exploração racional que não seja especulativa, inclusive e, sobretudo na propriedade rural e como instrumento de política de reforma agrária no caso brasileiro.

Na hipótese do caso brasileiro, aliás, o Estado desapropria a propriedade rural improdutiva para fins de reforma agrária tornando-se o garante daquela propriedade, tamanha é a relevância do instrumento constitucional que se coloca à disposição do Executivo para fins de execução de política pública de ordenação do território nacional, de colonização e de sua exploração econômica.

Da mesma forma, verifica-se sua atuação em questões próprias da autonomia das partes, quando tutela a defesa do consumidor ao atuar em cláusulas contratuais abusivas para a defesa do livre mercado ou, ainda, para a defesa da livre iniciativa e livre concorrência no Brasil.

Anote-se a intervenção do Estado na proteção e defesa do meio ambiente, com forte conotação econômica, competência comum entre os entes da Federação e multiplicidade de normas e agentes de fiscalização em forte tensão entre atividade econômica e a necessária preservação ambiental, com consideração para seus impactos econômicos.

Finalmente, a previsão constitucional, que poderia se constituir em uma exceção ao princípio da livre concorrência, que estabelece princípio do tratamento favorecido às microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, como forma de estimular pequenos negócios e gerar renda no Brasil, criando assim inúmeras possibilidades de intervenção política e

supplementare del bilancio preventivo, queste allora sono leggi sul bilancio preventivo. Il fondamento giuridico di questo modo di esprimersi risiede nel fatto che simili leggi hanno il loro essenziale significato giuridico nell'ambito del budget. (...) E ovvio che si tratti del bilancio preventivo, che appunto in questo modo viene mutato e modificato. Se si volesse comprimere il testo in modo tale che solo la legge sul bilancio venisse esclusa dalla proposta di legge d'iniziativa popolare potrebbero essere richieste maggiorazioni di stipendio e gratificazioni per i funzionari, giacché questi non sono ordinamenti retributivi.] *In: Democrazia e liberalismo: Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato.* pp. 46-47.

criação de subsídios para setores econômicos específicos.

Como observa André Ramos Tavares⁴⁸

A intervenção estatal no domínio econômico pode ocorrer de maneira direta ou indireta (...)

A intervenção estatal *indireta* refere-se à cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios e, de maneira geral, à regulamentação normativa de atividades econômicas, a serem naturalmente desenvolvidas pelos particulares.

Na intervenção *direta* o Estado participa ativamente, de maneira concreta, na economia, na condição de produtor de bens ou serviços, ao lado dos particulares ou como se particular fosse. Trata-se, nesta última hipótese, do Estado enquanto agente econômico.

A regulação estatal no domínio econômico, por isso mesmo, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, traduz competência constitucionalmente assegurada ao poder público, cuja atuação – destinada a fazer prevalecer os vetores condicionantes da atividade econômica (CF, art. 170) – justificada e ditada por razões de interesse público, especialmente aquelas que visam a preservar a segurança da coletividade.

A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legítima medidas governamentais no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional.

O projeto de desenvolvimento nacional desejado pelo constituinte pátrio é menos de intervenção estatal na economia; menos estatizante, e mais coletivista-estatalista, para usar a feliz expressão de Dimitri Dimoulis, na medida em que o Estado vislumbra a possibilidade de inúmeras parcerias estratégicas com a iniciativa privada como forma de induzir a atividade econômica e buscar para elas alternativas de financiamento, muitas vezes contando com dinheiros públicos a juros subsidiados com bancos estatais.

Como observa o autor:⁴⁹

48. Direito Constitucional Econômico, p. 57.

49. Fundamentação constitucional dos processos econômicos: reflexões sobre o papel econômico do direito. *In*: Direito Social, regulação econômica e crise do Estado. p. 147

O ordenamento brasileiro, como praticamente todos os sistemas jurídicos modernos, adota a concepção coletivista-estatalista da concorrência mediante restrições impostas na Constituição e na legislação sobre a concorrência. Por essa razão, devemos abandonar as visões ideológicas ditadas pelo neoliberalismo e perceber a livre concorrência não como liberdade dos agentes econômicos, e sim como sistema extremamente complexo e coercitivo, que permite a ação econômica dentro de espaços criados e administrados por órgãos estatais.

Longe de ser um fenômeno natural ou econômico, a denominada livre concorrência fundamenta-se em uma múltipla atuação do Estado.

O exame da Constituição de 1988 sob o enfoque das funções do Estado enquanto agente planejador, fiscalizador, normatizador e fomentador da economia, como previsto no seu artigo 174, compreendendo a dimensão dos aspectos críticos de expansão e retração de movimentos e atividades econômicas e seus impactos sobre as metas de desenvolvimento econômico e social do país podem abarcar, ainda, a consideração de função inerente a todas essas em conjunto: a função de articulador de parcerias públicas e privadas em sentido amplo.

A partir da reforma gerencial do Estado brasileiro, com a Emenda Constitucional n.19/98, ganha impulso no ordenamento jurídico e no cenário econômico, a possibilidade do Poder Público estimular com organizações privadas, empresariais e da sociedade civil instrumentos contratuais de cooperação, visando ou não a obtenção de lucro, mas com inegáveis impactos na atividade econômica e social.

Trata-se de relevante dimensão da função econômica do Estado que mereceu tratamento constitucional. Vejamos.

A exploração dos serviços públicos, pelos instrumentos de concessão ou por meios de parcerias públicas privadas, está prevista nos artigos 173 a 175 do Texto Brasileiro.

Importante, apenas registrar que, em conformidade com o disposto no art. 173 que trata da intervenção do Estado na economia, é enfático ao estabelecer que somente pode o ente estatal diretamente explorar atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei.

É uma hipótese específica, na qual o Estado figura na condição de agente empresarial, explorando diretamente uma atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada.⁵⁰ Ela também pode se dar por meio

50. Cf. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.099. Relator Ministro Car-

dos monopólios estatais constitucionalmente previstos.

A isso se acresça a possibilidade de, em conjunto com entidades da sociedade civil como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs, regulamentadas pelo Lei 9.790/1999) o Poder Público celebrar Termos de Parceria para implementação de políticas públicas com execução de rubricas orçamentária, em que indicadores de qualidades são estabelecidos para se medir e aferir o gasto público, o nível de satisfação do usuário do serviço público, a própria transformação social ocasionada pela implementação da política pública, aperfeiçoamentos exigidos, dentre outros indicadores de qualidade de gestão e qualidade dos gastos públicos.

De outra ponto, tem-se ainda a celebração de Contratos de Gestão com as Organizações Sociais, previstas na Lei n. 9.637/1998, instrumentos recentemente aperfeiçoados pela Lei n. 13.109/2014, que instituiu o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, em que se celebra instrumentos para gestão de equipamentos públicos como hospitais, escolas, presídios, com a execução de seu orçamento, política de compras, contratação de pessoal, com vistas à políticas de eficiências a atingimento de metas.

Nem se diga, ainda, das possibilidades federativas compreendidas pelos autorizativos do artigo 241 da Constituição Federal que autoriza a criação de Consórcios Públicos para a gestão associada de serviços públicos, acenando para o compartilhamento regional e metropolitano de tarefas, políticas e serviços locais e regionais, em racionalização de recursos e organização de esforços, com ampla possibilidade de contratação de *expertises* privadas, nos próprios termos e caminhos traçados pelo constituinte brasileiro.

No dizer de Gilberto Bercovici⁵¹

O modelo cooperativo de organização federal é erigido sobre o fundamento básico da cooperação entre as unidades federadas, tendo por finalidade o objetivo nacional do desenvolvimento equilibrado. Os programas de desenvolvimento passam a ser não apenas nacionais, mas, também, regionais e locais, envolvendo os vários entes federados. Para isso, devem-se organizar os meios de colaboração entre as diferentes entidades federativas, entre si e entre estas e o Poder Central. Em termos econômicos, substitui-se a mera distribuição de verbas pela busca de condições efetivas de produção de riquezas pelas várias unidades federadas conjuntamente. A revisão do federalismo busca o estabelecimento do “princípio da solidariedade funcional”

los Velloso, j. 22-6-2004, 2ª T, DJ de 6-8-2004.

51. Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. pp. 89-90

entre as diferentes esferas de competência administrativa (federal, estadual e municipal), instaurando um equilíbrio dinâmico com a abolição da rígida partilha de competências. Procura-se compatibilizar a autonomia de cada unidade federada com a reserva de áreas exclusivas (competência indelegável) ou privativas (com possibilidade de delegação de poderes) e áreas de atuação comum, onde as entidades federativas agem de forma paralela ou concorrente: a União traçando as diretrizes gerais e os entes federados suplementando-as.

Caminha-se, assim, para a superação das rígidas estruturas da separação constitucional das competências entre os entes federados para a *possibilidade encartada no próprio texto constitucional* da prática do federalismo cooperativo, com a criação de autoridades consorciais para prestação de serviços públicos compartilhados em atendimento ao *interesse público primário do cidadão, de implementação de políticas públicas, de racionalização de recursos, de transparência* e, o que é mais importante ainda, de geração de riquezas e oportunidades em desenvolvimento local, condição indispensável para a realização do desenvolvimento nacional.

A liberdade de empreender e o sistema constitucional empresarial

O Texto Constitucional assegura a livre iniciativa como base de organização do modo de produção da economia nacional, orientada para sua finalidade social.

Com a possibilidade de intervenção do Estado na economia como agente econômico e indutor da atividade econômica, o próprio Estado pode constituir empresas para o alcance de desideratos e implementação de políticas que sejam indutoras deste desenvolvimento e tenham o condão de reduzir as desigualdades sociais e eliminar a pobreza.

É constitucionalmente permitido ao Estado explorar diretamente atividade econômica, mas somente quando necessário aos imperativos da segurança nacional e do relevante interesse coletivo. Em outras palavras, são esses os fundamentos que permitem a exploração direta da atividade econômica pelo Estado. Contudo, essa intervenção deve dar-se em conformidade aos princípios constitucionais.

Neste sentido estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que:

A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o poder público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos po-

líticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.⁵²

No que se refere à atuação do Estado por meio das empresas públicas e das sociedades de economia mista com vistas a garantir o equilíbrio no mercado, exigiu o Texto Constitucional há obrigatoriedade delas se submeterem ao regime jurídico de direito privado.

Com isto, a Constituição distingue estas empresas, denominadas estatais, das empresas privadas, que são constituídas por pessoas físicas, jurídicas ou por pessoas físicas e jurídicas, particulares, para a exploração de qualquer atividade lícita, atendidas as suas eventuais regulamentações específicas.

Com relação às empresas estatais, o Poder Público, como não poderia deixar de ser, sempre poderá criá-las apenas e mediante autorização específica em lei e sob forma certa: sociedade de economia mista ou empresa pública, previstas na Constituição Federal, com a finalidade de prestar serviços públicos, submetendo-se ao regime jurídico de direito público ou explorar determinada atividade econômica, por vezes atuando em mercado competitivo, situação em que adota o regime jurídico próprio das empresas privadas, segundo expressa disposição do artigo 173, § do Texto Maior.

A Constituição Federal de 1988, longe de ser um texto que ao prever a intervenção do Estado na ordem econômica autoriza a participação do Estado como agente econômico de forma a comprometer a função social da propriedade privada e das unidades de produção econômicas que não estejam orientadas para a realização do desenvolvimento nacional, estabelece verdadeiro sistema constitucional empresarial que fundamentará e validará todo o arcabouço legal e instrumental para sua realização concreta.

Ainda que não haja um capítulo ou recorte expresso, topograficamente examinando, no texto constitucional, é possível, de forma sistemática, identificar referências e dispositivos que aludem expressamente à empresas e unidades de produção econômica, com ênfase em seu regime jurídico, sistema privado ou público.

52. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 205.193. Relator Ministro Celso de Mello, j. 25-2-1997, 1ª T, DJ de 6-6-1997.

Como revela Maitê Moro⁵³

Uma noção de empresa, propriamente dita, pode ser extraída (construída), ainda, de outras fontes da Carta Magna. O art. 5º, XIII, ao garantir a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, e o art. 170, *caput*, ao determinar que a ordem econômica brasileira deve basear-se, dentre outros princípios, no da livre iniciativa, da propriedade privada (arts. 5º, *caput* e XXII e 170, II) e da liberdade de concorrência (art. 170, IV), além da liberdade das ideias (art. 5º, IV), estão a sinalizar para o conteúdo desse conceito constitucional de empresa como liberdade de empreender. Em outras palavras, referidas liberdades públicas constituem os elementos formadores da empresa no sentido da liberdade de empreendimento, de agir, de utilizar a própria força e as ideias de maneira produtiva.

A existência de princípios e regras constitucionais próprios demonstra a preocupação do constituinte pátrio em dispensar uma proteção jurídica sistematizada, ainda que dispersa, ao direito de empresa no campo econômico da Constituição, cabendo ao intérprete de seu texto a tarefa de sistematizá-lo.

Como observa André Ramos Tavares⁵⁴

Realmente, excluindo as referências constantes e preocupação muito atenta da Constituição com a empresa pública e excluindo-se, ainda, as empresas supranacionais, tem-se um extenso rol de dispositivos constitucionais que mencionam diretamente a empresa, ocupando-se de seu regime jurídico.

Assim é que temos: i) a proteção constitucional do nome das empresas (art. 5º, inc. XXIX), considerado um direito fundamental expresso de titularidade empresarial; ii) o regime da participação nos lucros da empresa (art. 7º, inc. XI); iii) o dever de eleição de representante, em empresa com mais de duzentos empregados, para fins de estabelecer um relacionamento direto e contínuo com os empregadores, em nome dos empregados (art. 11); iv) impedimentos para que parlamentares sejam proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favores decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público ou nela exerça função remunerada; v) regime jurídico distinto para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, “d”, art. 170, IX, 179 e seu art. 47, §1º, do ADCT),

53. Verbete Empresa. Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional. p. 159

54 Direito Constitucional da Empresa. p. 25.

bem como para empresas de pesquisa em ciência e tecnologia (art. 218, §4º); vi) regime de restrições nacionais para certas empresas, como aquelas que explorem jazidas minerais, potenciais de energia hidráulica, saúde e atividade jornalística (arts. 176, 199, 222 e 44 do ADCT); vii) referência às empresas privadas e “seu regime jurídico próprio” (art. 173, §1º, II ...); viii) previsão da empresa como “fonte de custeio” da Seguridade Social (art. 195, I).

O cuidado do legislador constituinte pátrio em estabelecer este conjunto normativo constitucional voltado para o direito de empresa no núcleo mais amplo do direito econômico tem uma função dupla: compor o limite de atuação da intervenção do Estado na economia, como agente indutor do desenvolvimento econômico nacional e como regulador das forças econômicas e, de outro lado, zelar pela observância da preservação da segurança jurídica.

Ainda que a Constituição da República estabeleça a segurança jurídica como central no plano do relacionamento dos indivíduos com o Estado e seus poderes constituídos, em relação ao ambiente econômico, de relação de investimentos produtivos e de previsibilidade de planejamento da atividade econômica, a relação jurídica mais ampla da atividade econômica com o direito estatal é ainda mais sensível.

Daí porque o respeito ao ato jurídico perfeito, a anterioridade da lei, ao princípio da legalidade, à anterioridade tributária, bem como o respeito aos contratos e a tradução de conflitos na obtenção da prestação jurisdicional em serviços jurisdicionais objetivos e céleres, bem como o respeito estatal à autonomia da vontade em relação à solução privada de conflitos por meio da arbitragem são aspectos essenciais de um ambiente jurídico estável e seguro para o desenvolvimento de atividades econômicas por meio de empresas constituídas.

Nestes mais de trinta anos de interpretação do texto constitucional, é possível identificar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um esforço normativo no sentido de revelar o conteúdo jurídico material de determinados dispositivos no sentido de emprestar-lhes certa estabilidade, notadamente no campo econômico e do direito de empresa, onde a segurança e a previsibilidade mais cobram para o planejamento do investimento da atividade econômica de longo prazo.

E não só: para uma ação mais transparente e menos afeta a práticas pouco republicanas, espúrias, desonestas e que coonestam a corrupção endêmica acima apontada.

Portanto, quanto mais se avança no sentido de se dotar instâncias in-

cumbidas da aplicação do direito, de seus regulamentos e de sua execução, de autonomias normativas e objetividade, tanto mais se colabora para o desincetivo de quaisquer possibilidades de ofertas de vantagens indevidas nesta seara.

Alguns exemplos vindos do próprio Supremo podem ser analisados, em que se verifica a preocupação com o estabelecimento claro de limites de atuação do Estado sobre a liberdade do particular, a boa-fé estatal e a impossibilidade do particular ser surpreendido com alterações de orientação no agir estatal, sempre se tendo como pano de fundo a previsibilidade das ações e a segurança jurídica pretendida.

A defesa da livre concorrência é imperativo de ordem constitucional (art. 170, IV) que deve compor com o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*), cujo consectário lógico e sistêmico é a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante indução do desenvolvimento econômico e na produção de valor na economia.

Em decisão sobre os subsídios da denominada meia entrada do estudante, que ao final das contas não onera o empresário, mas os demais pagantes de shows, espetáculos e afins, que veem o valor de seus ingressos serem recalculados a partir da redistribuição dos custos médios da denominada meia entrada do estudante, o Supremo Tribunal Federal considerou que os limites da livre iniciativa são encontrados no *interesse de Estado* assim qualificado *constitucionalmente*.

É dizer: a própria Constituição da República ao impor ao Estado o dever de planejar o desenvolvimento e implementar políticas públicas para sua execução, impõe, de igual forma, a necessidade de se for o caso, e com base no próprio interesse constitucional, limitar o *livre empreendedorismo*.

Senão, veja-se:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem per-

tinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V; 205; 208; 215; e 217, ao art. 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.⁵⁵

Na mesma direção, veja-se decisão que limita a atividade empreendedora em face da preservação do meio ambiente e de sua incolumidade. Aqui, a questão pode ser revelar ainda mais complexa, porque se trata de competência comum dos entes federativos e multiplicam-se pelo país exigências e mecanismos de regulação que por vezes confundem-se com exigências descabidas facilmente contornáveis com propinas ou pagamentos a agentes públicos.

De qualquer forma, o Supremo buscou tutelar um mecanismo de preservação de áreas de preservação permanente, que no novo Código Florestal restringiu ainda mais qualquer atividade econômica e sua possibilidade de reparação, no sentido de preservar sua incolumidade tendo em vista o dispositivo constitucional que obriga preservar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações, trazendo para o debate até mesmo um conflito inter-geracional:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, entre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos

55. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, j. 3-11-2005, P, DJ de 2-6-2006.

que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.⁵⁶

De qualquer forma, sempre que houver intervenção ela deve ser procedida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da CF.

Em observância à valência principiológica, deve-se buscar se conformar com o princípio da livre iniciativa, que se constitui em uma das bases do modo de produção econômica privilegiada pelo constituinte brasileiro para a realização dos objetivos fundamentais da República, de conformidade com o artigo 1º da Carta de 1988.

Como cediço, as atividades econômicas, e isto é próprio do liberalismo, podem ocorrer de maneira livre e desenfreada, por vezes em concorrência brutal que tem por objetivo a eliminação da própria concorrência, do livre jogo dos mercados, com vistas ao monopólio, oligopólio, cartelização da economia, formação de trustes e outras deformações características e reveladoras da concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos.

Isto se constitui, aliás, em ameaça da própria ordem democrática e da possibilidade do Estado como agente regulador das forças e da busca do equilíbrio entre as forças na sociedade, constituindo-se em desafio ao próprio Estado.

Daí porque, de forma sistêmica, inclusive, ocorre a previsão dos artigos 173 e 174 da Constituição Federal que também serve para proteção daqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social, além de constituir instrumento de política de Estado para induzir o desenvolvimento econômico nacional ou setores específicos da economia como já dissemos.

Como aponta Duciran Van Marsen Farena⁵⁷

O instituto da intervenção, em todas suas modalidades, encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro

56. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1.-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.

57. Intervenção do Estado no domínio econômico alguns aspectos e a ordem constitucional econômica de 1988, p.76.

desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica o poder para exercer, na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado.

Repise-se que, apesar dos instrumentos disponíveis ao Estado para intervir na ordem econômica, estes encontram limites na própria Carta Constitucional.

Daí porque, qualquer atividade econômica desempenhada pelo Estado, mesmo aquela no mercado competitivo, tem que ter em vista o interesse nacional e do povo brasileiro, observando-se os princípios constitucionais que emolduram o Estado Democrático de Direito.

Justamente por isto, aliás, já há entendimento assentado no Supremo Tribunal Federal no sentido que a inobservância aos próprios termos de política econômica em curso, gerando danos a agentes econômicos envolvidos, são fatores que contribuem para a insegurança e instabilidade desfavoráveis a toda a cadeia econômica e produtiva envolvida na economia, desde o investidor, fabricante até o consumidor final, sendo passível, portanto, de responsabilização.⁵⁸

Trata-se de entendimento que sinaliza para o respeito às regras jurídicas, legais e contratuais em vigor, no sentido de que as forças econômicas podem e devem confiar no direito e no ordenamento jurídico como supedâneo de estabilidade para o estabelecimento de compromissos de longo prazo.

A ordem econômica e a internacionalização

O fenômeno da internacionalização do Direito se dá em diversas áreas, mas é verificável de forma acentuada no Direito Administrativo, Econômico, penal e Ambiental, tendo em vista que muitas vezes a regulação desses ramos do Direito ultrapassa os limites do Estado, necessitando de uma normatização internacional.

É o que se vislumbra especialmente no Direito Econômico, ao passo que em face da globalização da economia, de nada adianta um Estado possuir uma

58. Neste sentido, veja-se julgamento do Recurso Extraordinário 422.941, em que foi Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006; julgamento do Recurso Extraordinário em Agravo Regimental n. 632.644 em que foi Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 10-4-2012, 1ª Turma, DJE de 10-5-2012.

legislação eficaz, por exemplo, no combate à corrupção, à lavagem de dinheiro, aos carteis, se os demais países sequer possuem normas nesse sentido.

A internacionalização do Direito acaba por fazer com que as normas jurídicas que regulam as atividades dos cidadãos não sejam mais unicamente produzidas pelo legislador nacional, há uma mudança das fontes normativas. Tal situação resulta, em alguns aspectos, em um problema de legitimidade quanto aos órgãos normatizadores. O dever de planejar a atividade econômica estatal subordina o Estado, converge e orienta a sua ação a uma importante diretriz de política no plano das relações internacionais. Segundo Heléné Tourard: “a internacionalização do direito corresponde à influência do Direito Internacional sobre a formação e o conteúdo das espécies normativas de determinado sistema jurídico estatal.”⁵⁹

Como cediço, o parágrafo único do artigo 4º da Constituição do Brasil estabelece que o Brasil buscará a integração, inclusive econômica, com os povos da América Latina, visando a formação de uma Comunidade Latino Americana de Nações.

Ao contrário da globalização atualmente em curso, de viés nitidamente econômico e financeiro, em que se privilegia o fluxo de capitais em detrimento da valorização de pessoas e de sua cultura, a Constituição do Brasil destaca o aspecto econômico como um dentre os elementos a formar uma Comunidade Latino Americana de Nações, ao lado da integração política, social e cultural dos povos da região.

Gerardo Pisarello⁶⁰ obtempera, sobre as possibilidades e limites para a reabilitação do Estado em face dos desafios da globalização e da cedência de parcelas do poder da soberania nacional para instâncias supranacionais,

59. TOURARD, Héléne. *L'Internationalisation Dès Constitutions Nationales*, p.6.

60. Globalización, Constitucionalismo y Derechos. *In* Teoría Del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. pp. 169. Tradução nossa: No original: “en y desde el Estado, en la medida en que constituye un instrumento insustituible para disciplinar a los poderes privados nacionales y a veces internacionales, promover ámbitos genuinos de participación institucional y poner en marcha un sistema extensivo de garantías ciudadanas en consonancia con el programa normativo de un Estado social y democrático de derecho fuerza del Estado (y en ocasiones contra él), con el fin de neutralizar sus tendencias paternalistas, represivas e ilegítimamente centralizadoras, de mantener bajo control toda propensión a la cosificación burocrática y, sobre todo, de impulsar espacios públicos no estatales y ámbitos ciudadanos de poder social directo, entendidos en una relación más de profundización y mutuo soporte que de contraposición con aquellos de democracia representativa y, por último, más allá del Estado, habida cuenta de que un proyecto que pretenda superar las constricciones del tipo de constitucionalismo impulsado por el discurso globalizador no puede asentarse exclusivamente en el Estado nación.”

notadamente nos aspectos econômicos que

o Estado social e democrático de direito, na medida em que constituía um instrumento insubstituível para disciplinar os poderes privados nacionais e, por vezes, internacionais, deve promover verdadeiras áreas de participação institucional e implantar um amplo sistema de garantias cidadãos em consonância com seu programa normativo;

preservar a força do Estado (e às vezes ir contra o engrandecimento do Estado), para neutralizar suas tendências paternalistas, repressivas e ilegitimamente centralizadoras, manter sob controle qualquer propensão à ossificação burocrática e, sobretudo, promover espaços públicos não-estatais e áreas de cidadania e poder social direto, entendido em uma relação mais profunda e apoio mútuo do que em oposição àqueles da democracia representativa;

e, finalmente, além do Estado, dado que um projeto que busca superar as restrições do tipo de constitucionalismo impulsionado pelo discurso globalizador, não pode se basear exclusivamente no Estado-nação.

Pois bem, a par das discussões sobre a submissão dos poderes estatais e direitos da soberania, há uma verdadeira sujeição do Estado ao Direito Econômico, notadamente na busca da realização dos objetivos da Carta brasileira, para o alcance dos seus valores fundamentais, que no dizer de Rosemiro Pereira Leal⁶¹ em relação ao meio empresarial econômico assim pode ser visto:

Aos que preconceituosamente enxergam no Direito Econômico uma modalidade jurídica disfarçada de intervencionismo estatal no mercado, hoje pululante de ideologias ultracapitalistas da integração condicional das economias do Terceiro Mundo à voracidade totalizadora do Sistema Econômico Mundial, é de se responder que o Direito Econômico é ramo da ciência jurídica a serviço do resgate do homem universal como agente econômico e autodestinatário dos direitos inerentes à cidadania. O Estado Administração Governativa que, por força de sua soberania, não cumpre o dever de assegurar esses direitos de cidadania a cada indivíduo de seu todo social concreto, omitindo-se em implantar e desenvolver uma política econômica adequada a esse atendimento jurídico-social e político, perde a sua finalidade institucional. A questão não é intervir ou deixar de intervir na economia pelo Direito Econômico, mas

61. Direito Econômico. Soberania e Mercado Mundial, p. 111.

assegurar os direitos fundamentais pelo instrumento inevitável da política econômica condicionada ao indispensável regramento do Direito Econômico. A intervenção ou não intervenção é, portanto, um dado da política econômica sustentada pelas normas e instituições do Direito Econômico considerado na teoria de constitucionalidade democrática.

No plano estruturante relacional entre direito e economia, a função da política das normas é primordial para compreendermos a primazia da subordinação estatal econômica a um projeto de poder.

A dualidade de visões, de um lado aquela que defende que a estrutura econômica supostamente determina o direito e aquela em que direito molda as próprias realidades, revela a tensão entre as relações entre direito e economia.

Na verdade, a compreensão fenomenológica das relações sociais globais entre fato e norma indica a superação dessas estanqueidades.

Numa dimensão estruturante do fenômeno normativa, como leciona Dimitri Dimoulis⁶²:

Mesmo admitindo uma visão estritamente positivista, que, por razões metodológicas, exclui do campo de interesse do direito as possíveis causas ou influências de legiferação, não seria possível afirmar que o direito configura as relações econômicas, uma vez que isso não constitui um resultado e sim axioma que sustenta a abordagem puramente jurídica de forma declaradamente contrafática. Para afirmar algo válido (não circular) sobre a relação entre o direito e a economia devemos abandonar esse axioma e avaliar o antes do direito (causas, fontes materiais) e o depois (eficácia social da norma).

Nessa perspectiva, devemos admitir que o direito surge e se aplica em estrita interação com a economia, que impõe, *grosso modo*, determinados conteúdos jurídicos, sendo em seguida submetida à influência transformadora do próprio direito. Essa versão afirma a autonomia relativa dos dois subsistemas sociais “direito” e “economia”, indicando suas interações, isto é, influências recíprocas. Essa tese poderíamos denominar “dialética” (...)

Em face do exposto, pode-se afirmar que há uma interpenetração entre a esfera econômica e a jurídica.

62. Fundamentação constitucional dos processos econômicos: reflexões sobre o papel econômico do direito. *In*: Direito Social, regulação econômica e crise do Estado. p. 126-127.

Conclusões

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto a possibilidade de o Estado intervir na economia com a finalidade garantir os imperativos de segurança nacional e interesse público, bem como evitar e reprimir condutas que provoquem distorções no livre mercado e configurem abuso do poder econômico. Também conferiu ao Estado o papel de agente regulador, fiscalizador e planejador da atividade econômica.

No entanto, a referida possibilidade não significa de forma alguma a imposição de uma intervenção forte do Estado na economia, pois assegura expressamente a livre iniciativa e a livre concorrência, princípios definidores de uma economia de mercado.

O Texto constitucional visa a garantir condições igualitárias no mercado, incumbindo ao Estado o papel de regular a atividade econômica e promover o desenvolvimento nacional.

Visa-se alterar o papel exercido pelo Estado na economia, alterando-se inclusive a atuação da Administração Pública, com a implantação de políticas de desburocratização, descentralização e transparência.

Também há um aumento significativo da participação da sociedade e do incentivo a consolidação de parcerias com a iniciativa privada.

A atuação da Administração Pública sofre alteração no sentido de alcançar maior participação da sociedade conferindo maior legitimidade e transparência. Leva-se a cabo a implantação de uma política de desestatização que ocorre dentro do âmbito do papel exercido pelo Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, com o fito de proporcionar maiores condições para o desenvolvimento nacional.

Destarte, é importante registrar que incumbe ao Estado a difícil tarefa de regulamentar e normatizar a implementação de políticas econômicas voltadas para a competitividade, e ao mesmo tempo, coibir suas possíveis consequências negativas. Também é mister do Estado regular a economia e fomentar o desenvolvimento nacional, sem descuidar do processo de internacionalização do direito e da economia.

“Brexit” e déficit democrático na União Europeia.

Por Daniel Amin Ferraz⁶³ y Rafael Ramia Munerati⁶⁴

Sumário: I. Introdução. II. O ingresso e a participação do Reino Unido na União Europeia. III. Breves considerações sobre o déficit democrático na União Europeia. IV. “Brexit” e déficit democrático. V. Conclusão. VI. Referências Bibliográficas.

Introdução

Em 23 de julho de 2016 o mundo e, notadamente, a União Europeia, assistiam atônitos a contagem dos votos do referendo que decidiria o futuro do Reino Unido na União Europeia e indicava, por pequena margem, a vitória do “sim”, ou seja, que o Reino Unido deveria deixar de fazer parte da União Europeia.

Ao final da contagem, o povo britânico decidiu, por 51,9% contra 48,1% dos votos, deixar de pertencer à União Europeia, 43 anos depois de ter decidido juntar-se ao bloco em 1973. Nunca antes na história da União Europeia um país tinha tomado tal decisão, permitida pelo Tratado de Lisboa em seu artigo 50.

A surpresa de tal resultado deu início a uma série de hipóteses e motivos para a explicação do acontecimento. O sucesso aparentemente alcançado pela União Europeia em seus 67 anos de existência, contados a partir da assinatura do Tratado que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1951, tornava de certa forma inexplicável, para muitos, a saída repentina do Reino Unido.

Circunstâncias como a mitigação da soberania, descontentamento sobre

63. Professor Titular de Direito Empresarial, PPGD UniCEUB, Brasília, DF; Advogado. Mestre em Direito Empresarial, Coimbra, Portugal; Doutor em Direito Internacional, Universitat de València, Espanha daniel.amin@afcadvogados.adv.br

64. Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub). Mestre em Direito pelo UniCeub. Pós-graduado em Ciência Política pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Defensor Público do Estado de São Paulo em Brasília com atuação perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

a política econômica e monetária e, principalmente, discordância sobre políticas migratórias adotadas pela União Europeia, são citadas como fatores preponderantes para o resultado do referendo.

O presente artigo, porém, pretende analisar se, além dessas circunstâncias elencadas, o reconhecido e existente déficit democrático da União Europeia colaborou e teve participação significativa no resultado do referendo e, também, que implicações esse déficit pode ainda vir a causar na União Europeia caso não seja trabalhada a sua redução.

Nesse sentido, o segundo capítulo analisa a relação, até o Brexit, do Reino com a União Europeia, desde a fundação das primeiras comunidades, o seu ingresso no bloco, e a sua participação no contexto da União.

O capítulo seguinte fornece breves considerações sobre o que vem a ser o chamado déficit democrático da União Europeia. Sua origem, causas e consequências para o bloco.

O capítulo quarto analisa a ocorrência do Brexit e suas possíveis relações com o déficit democrático da União Europeia. Procura-se descobrir se a presença do déficit democrático contribuiu de forma relevante para o processo que deu origem ao Brexit e o resultado final das urnas no Reino Unido.

O ingresso e a participação do Reino Unido na União Europeia

Ao final da II Guerra Mundial, a Europa se encontrava devastada por mais um conflito entre suas nações vizinhas. Era preciso encerrar em definitivo um período de rivalidades destrutivas, que além de sacrificar seu povo e trazer prejuízos econômicos exorbitantes, desmoralizava um continente que sempre se vangloriou por ser o berço da civilização ocidental, o centro do mundo no período colonial e o exemplo de progresso para os demais países do planeta. Fazia parte da ideologia europeia a ideia de que o progresso, assim como a liberdade, eram características exclusivas da história da Europa, tratando como estacionárias as histórias das outras civilizações, mesmo as dos grandes impérios orientais.⁶⁵

As potências europeias, que se orgulhavam das suas seculares universidades, da sua produção científica inigualável, do refinamento de seus costumes e da excelência de seus sistemas políticos, destruíram-se umas às outras, por duas vezes, num espaço de trinta anos. Milhares de vidas foram exterminadas, vítimas do delírio imperialista de uns e da total inabilidade política de outros. Somente a Europa, em 1945, “contava com 30 milhões

65. BOBBIO, Norberto. *Os Intelectuais e o Poder: Dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea*. 1ª ed. São Paulo: Editora da UNESP, 1997, p. 150.

de mortos – o triplo dos mortos da I Guerra Mundial –, e quase metade dessas vítimas foram civis, na sua maioria exterminados nos campos de concentração”⁶⁶.

Apesar das barbáries cometidas, a ideia de uma Europa unificada não havia morrido junto com as vítimas das guerras. Era chegado o momento de manter vivo o espírito europeu, superar as antigas rivalidades e dar vida ao projeto de uma Europa politicamente unida.⁶⁷ O passado belicoso que afundou a Europa em conflitos sangrentos levou à compreensão da necessidade de desenvolvimento de novas formas de cooperação supranacionais. A bem-sucedida história da União Europeia confirmou a crença dos europeus na necessidade de domesticação do poder estatal, que demanda uma mútua limitação da soberania, tanto em nível global quanto no âmbito do Estado nacional.⁶⁸

Para atingir esse objetivo, o primeiro passo era criar um sistema de gestão comum sobre as indústrias pesadas mais estratégicas e necessárias para iniciar uma guerra, ou seja, aquelas que beneficiavam carvão e aço. Assim, sob uma gestão conjunta, nenhum país, por si só, poderia ter energia e fabricar armas de guerra para atacar os demais.⁶⁹

Surgia desse modo, em 1951, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), precursora das Comunidades Europeias e da União Europeia. Os países que assinaram o tratado da CECA são considerados os fundadores da União Europeia: França, Alemanha, Itália, Holanda, Bélgica e Luxemburgo.

O Reino Unido, porém, decidiu por não participar das primeiras comunidades europeias.

A ausência britânica contrariava a própria ideia de uma Europa unida no pós-guerra, defendida, inclusive por Sir Winston Churchill.⁷⁰ Ainda em 1946, em seu famoso “Discurso à juventude acadêmica”, Churchill manifestava sua intenção de união: “*Existe um remédio que (...), em poucos anos,*

66. CARPENTIER, Jean; LEBRUN, François. *História da Europa*. Lisboa: Editorial Estampa, 1993, p. 420.

67. BOBBIO, 1997, p. 165.

68. HABERMAS, Jürgen; DERRIDA, Jacques. *February 15, or, What Binds Europeans Together: Plea for a Common Foreign Policy, Beginning in Core Europe*. In: LEVY, Daniel; PENSKY, Max; TORPEY, John. *Old Europe, New Europe, Core Europe*. London/New York: Verso, 2005, p. 12.

69. UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1945-1959_pt Acesso em 18.1.18.

70. Winston Churchill, antigo oficial do exército, repórter de guerra e Primeiro-Ministro britânico de 1940-1945 e 1951-1955.

poderia tornar toda a Europa (...) livre e (...) feliz. Trata-se de reconstituir a família europeia ou, pelo menos, a parte que nos for possível reconstituir e assegurar-lhe uma estrutura que lhe permita viver em paz, segurança e liberdade. Devemos criar uma espécie de Estados Unidos da Europa." A despeito de ter participado ativamente da criação do Conselho da Europa em 1948, e de estar presente na sua primeira reunião em 5 de maio de 1949, Churchill não viveu para ver o Reino Unido ingressar nas comunidades europeias que seriam os embriões da União Europeia.⁷¹

Apesar da ideia integradora de Churchill, o Reino Unido decidiu por manter-se afastado das negociações no pós-guerra para a criação das Comunidades Europeias. Assim, não participou da CECA e nem da fundação da Comunidade Europeia de Energia Atômica (EURATOM) e da Comunidade Econômica Europeia (CEE), criada em 1957 pelo Tratado de Roma. Na década de 1950, os britânicos chegaram a criar, inclusive, uma área livre de comércio alternativa dentro da Europa para competir com a CECA.⁷²

A partir da década de 1960, todavia, surge o interesse do Reino Unido de ingressar na CEE, atraído pelas oportunidades que o crescente mercado comum continental parecia oferecer, em um momento no qual também passava por dificuldades econômicas internas. Porém, o interesse britânico esbarrava em um feroz adversário: o então presidente francês Charles de Gaulle. Temendo que com a entrada do Reino Unido a França perdesse poder no bloco, de Gaulle vetou a entrada do Reino Unido na CEE em duas oportunidades, em 1963 e 1967.

Somente com a saída de de Gaulle do poder, em 1969, as negociações com o Reino Unido avançaram, já que o sucessor francês Georges Pompidou era favorável à expansão da comunidade e ao ingresso do Reino Unido. Por sua vez, o Primeiro-Ministro britânico a época, Edward Heath, que havia vencido as eleições em 1970, também era um fervoroso pró-europeu.

Assim, em 1º de janeiro de 1973, o Reino Unido ingressou na CEE⁷³. Todavia, em que pese a sua clara e insistente vontade de pertencer à CEE, não houve do Reino Unido um envolvimento completo com o projeto da União Europeia, uma vez que jamais assinou o Acordo Schengen e nunca adotou o Euro. Os britânicos sempre se mantiveram reticentes aos avanços

71. UNIÃO EUROPEIA. Disponível em: https://europa.eu/europeanunion/sites/europaeu/files/docs/body/winston_churchill_pt.pdf. Acesso em 10.1.18.

72. SCHOSSLER, Alexandre. A longa luta do Reino Unido para entrar na UE. DW, coluna: Zeitgeist. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/zeitgeist-a-longa-luta-do-reino-unido-para-entrar-na-ue/a-19343540>. Acesso em 10.1.18.

73. Na mesma oportunidade ingressaram também na CEE a Irlanda e a Dinamarca.

integradores da UE, e queriam apenas uma zona de livre comércio, mas não instituições comuns. Segundo Margaret Thatcher, uma expoente desse pensamento: *“Sou contra um maior grau de integração, mas nunca tirarei a Grã-Bretanha do trem europeu.”*⁷⁴

No mesmo ano do seu ingresso, porém, a crise mundial ocasionada pelo petróleo já minava as relações do Reino Unido com a CEE, sendo que muitos eurocéticos britânicos enxergavam a Comunidade como uma das fontes dos problemas econômicos enfrentados.

Por esse motivo, Heath perdeu as eleições de 1974 para Harold Wilson que, para vencer nas urnas, prometeu um referendo sobre a permanência do Reino Unido na CEE. Assim, em junho de 1975 foi realizado um referendo do que, porém, manteve os britânicos na CEE por 67,2% dos votos, contra 32,8% dos que queriam a saída.⁷⁵

Note-se, portanto, que o referendo de 2016 não foi o primeiro a ser realizado no Reino Unido acerca da sua permanência ou não no bloco europeu, diante de uma crise, e prometido por um Primeiro-Ministro ávido em permanecer no poder.

Breves considerações sobre o déficit democrático na União Europeia

O debate a respeito da existência de um possível déficit democrático na União Europeia mostra-se presente desde a criação da sua primeira comunidade pelo Tratado de Paris, a CECA, em 1951. Nessa época, as discussões giravam em torno da adoção de um caráter federal para as Comunidades com o intuito de aprofundar a integração para além de uma organização intergovernamental e garantir a legitimidade e a participação popular por meio dos mecanismos e instituições típicas de um Estado federal. Fracassadas as tentativas de federalização das Comunidades, o centro das discussões passou a ser o encontro de alternativas para, dentro do modelo institucional prevaiente, alcançar o maior caráter democrático possível.

Apesar de o tema democracia ter acompanhado a evolução da União Europeia, as discussões sobre sua eventual deficiência ainda não alcançaram tempo e consenso suficientes para o estabelecimento de uma definição

74. MÁRQUEZ, Felipe Gonzáles. Incendiou a casa para salvar os móveis e ficou sem casa e sem móveis. Elpais. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/24/opinion/1466763635_661285.html. Acesso em 24.1.18.

75. SCHÖSSLER, Alexandre. A longa luta do Reino Unido para entrar na UE. DW, coluna: Zeitgeist. Disponível em: <http://www.dw.com/pt-br/zeitgeist-a-longa-luta-do-reino-uni-do-para-entrar-na-ue/a-19343540>. Acesso em 10.1.18.

ou um conceito definitivo sobre déficit democrático.

Entretanto, a União Europeia formulou uma definição própria, publicada em seu glossário, na qual afirma que o termo déficit democrático “é, geralmente, invocado para fazer valer a ideia de que a União Europeia e as suas instâncias carecem de legitimidade democrática e que, devido à complexidade do seu funcionamento, parecem inacessíveis aos cidadãos”.⁷⁶ Apesar de simples, essa curta definição resume os principais componentes formadores do déficit democrático da União Europeia: carência de legitimidade popular nas instituições, complexidade do seu funcionamento, e distância dos seus cidadãos.

A questão do déficit democrático na União Europeia pode ser abordada de duas principais maneiras: pela ausência de uma cultura política comum, de um *demos* europeu, entre as populações dos referidos Estados-membros, ou em razão de um problema de desenho institucional muito complexo, ou seja, um assunto de divisão e controle dos poderes.⁷⁷

A legitimidade de um sistema baseado na democracia representativa consiste em um processo de participação pública, no qual a população exerce o controle, mesmo que indiretamente, por meio de seus representantes, sobre as atividades dos responsáveis pela tomada das decisões. A deficiência desse controle na União Europeia sugere que a evolução da integração, em vez de limitar a soberania dos Estados, levou à erosão da observância dos princípios democráticos na condução das relações transnacionais.⁷⁸

Em geral, as instituições centrais e responsáveis pela tomada das decisões na União Europeia encontram-se bem aquém dos padrões democráticos de controle e transparência existentes no nível dos seus Estados-membros. Situação essa que acarreta uma significativa distância entre as aspirações e as satisfações populares, e contribui com o déficit democrático na União.⁷⁹

Um dos elementos caracterizadores do déficit democrático é a distância da União Europeia dos seus cidadãos, que possui um componente institu-

76. UNIÃO EUROPEIA. Síntese da Legislação da UE. Glossário. Déficit Democrático. Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/democratic_deficit_pt.htm. Acesso em 10.1.18.

77. SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio. *El Déficit Democrático de la Unión Europea*. In: LLAMAZARES, Iván; REINARES, Fernando (Eds.). *Aspectos Políticos y Sociales de la Integración Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 94.

78. CHRYSOCHOOU, Dimitris N. *Democracy in the European Union*. Paperback edition. London: I.B. Tauris, 2000, p. 12.

79. FOLLESDAL, Andreas; HIX, Simon. Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik. *Journal of Common Market Studies*. Vol. 44, Number 3, p. 534.

cional e outro psicológico. Institucionalmente, um controle eleitoral sobre o Conselho e a Comissão é muito distante e discutível. Psicologicamente, a União e suas instituições são muito diferentes das instituições domésticas com as quais os cidadãos estão acostumados em seus países. Como resultado, os cidadãos europeus não compreendem o funcionamento da União e não são capazes de considerá-la ou identificá-la como um órgão democrático. O Conselho, por exemplo, tem atribuições executivas e legislativas e as reuniões não legislativas não são necessariamente públicas.⁸⁰ O Parlamento, por sua vez, é um órgão legislativo, mas divide essa função com o Conselho e não possui poder de iniciativa dos projetos de lei.

Decorrencia desse distanciamento é a constatação de que a União Europeia adota políticas que não são apoiadas pela maioria dos cidadãos de muitos ou de quase todos os Estados-membros, e desvia-se das preferências políticas idealizadas pelos eleitores.⁸¹ Assim, livres dos controles domésticos, os governos nacionais reunidos na União Europeia adotam políticas voltadas aos seus interesses, revestidas com uma roupagem “europeia”. Além disso, não sendo o Parlamento Europeu a instituição dominante na União, interesses de grupos privados multinacionais não precisam competir com grupos políticos democráticos, de difícil formação em âmbito europeu, como associações de consumidores ou sindicatos. Logo, as decisões tomadas em nível europeu são criticadas por atenderem mais aos interesses dos grupos capitalistas do que aos compromissos assumidos pelos governos perante seus cidadãos.⁸² Ainda, nos momentos de maiores crises econômicas e institucionais o órgão chamado para resolver as principais questões é o Conselho Europeu, composto pelos Chefes de Estados nacionais e de caráter eminentemente intergovernamental.

O déficit democrático ocasionado pelo desconhecimento do funcionamento e pelo distanciamento dos cidadãos da União Europeia ganha proporções gigantescas quando a Europa passa por momentos de crises econômicas, institucionais ou políticas.

“Brexit” e déficit democrático

Momentos de crise trazem consigo o efeito colateral de aflorar problemas que antes permaneciam adormecidos, porém latentes. Enquanto a

80. UNIÃO EUROPEIA. TUE. Op. Cit., art. 16º, nº 8.

81. “European integration produces ‘policy drift’ from voter’s ideal policy preferences.” In: FOLLESDAL, Andreas; HIX, Simon. Op. Cit., p. 537.

82. Ibidem, p. 537.

economia europeia caminhava bem e trazia benefícios aos seus cidadãos, os tratados de integração foram ratificados sem maiores objeções, mesmo que passando ao largo da consulta ou aprovação popular. Nesse contexto, os cidadãos aceitaram o Tratado de Maastricht e a consequente união monetária.

A União Europeia parecia aos cidadãos algo distante, restrita apenas a regulamentar aspectos técnicos de um mercado comum. Entretanto, com a chegada da crise econômica de 2010, e das imposições de austeridade e de corte de benefícios sociais nas economias nacionais para assegurar a manutenção do euro e, mais recentemente, a crise dos imigrantes, os cidadãos, outrora conformados, perceberam o poder que fora transferido para a União sobre a soberania econômica e política de seus países, e passaram a protestar fortemente contra as políticas monetária-fiscal e de imigração por ela impostas aos seus Estados e as suas vidas.

Em razão do agravamento da crise econômica pela qual passou a Europa em 2010, por exemplo, não menos que nove líderes nacionais de países da zona do euro perderam seus cargos.⁸³ Reflexo do descontentamento dos cidadãos, que não têm alternativa para demonstrá-lo senão através da desaprovação dos seus governos locais, uma vez que não possuem mecanismos de controle democrático para atingir diretamente o centro do poder europeu em Bruxelas. Descontentamento que acaba por minar a própria ideia de uma Europa unificada.

A oposição dos cidadãos aos seus governos locais, que conjuntamente formam o governo europeu, favorece o surgimento de ideias e políticos populistas, eurocéticos, normalmente extremistas, que sonham com a desintegração da Europa e o suposto fortalecimento de seus cantões regionais, e que ganham força diante do descontentamento generalizado.

Nesse sentido, políticos como Roberto Maroni, deputado na Itália pela “Lega Nord”, partido italiano de tendências separatistas e extremistas de direita, a francesa Marine Le Pen, e o inglês Nigel Farage do Partido pela Independência do Reino Unido (UKIP), sempre em momentos de crise, anunciam a falência da Europa e defendem a realização de plebiscitos ou outras consul-

83. THE ECONOMIST. An ever-deeper democratic deficit: The level of further integration necessary to deal with euro crises Will be hard to square with the increasing cantankerousness of Europe’s voters. *The Economist*. 26/5/2012. Disponível em: <http://www.economist.com/node/21555927>. Acesso em 4.1.18.

tas populares no sentido de desvincular seus países da União Europeia.^{84, 85}

Foi exatamente uma concessão do Primeiro-Ministro britânico David Cameron à políticos de extrema direita eurocéticos, para permanecer no poder durante uma crise que girava entorno da imigração de estrangeiros no Reino Unido, que desencadeou o Brexit.

Líder do Partido Conservador desde 2005, Cameron se tornou Primeiro-Ministro após eleição em 2010. Apesar de ter realizado mudanças nos primeiros anos de seu governo tidas como de sucesso no sistema educacional, de saúde, previdência, entre outros, Cameron sofreu com crises durante o referendo sobre a independência da Escócia em 2014, e derrotas, como quando teve bloqueado seu pedido de intervenção militar na Síria em 2013. E foi exatamente em 2013 que Cameron fez a promessa de realizar o referendo sobre a permanência do Reino Unido na União Europeia para conseguir o apoio, já visando as eleições de 2015, do partido de extrema direita UKIP (Partido da Independência do Reino Unido), que vinha ganhando terreno sobre o seu Partido Conservador^{86, 87}. Sua lógica com o referendo era conseguir o resultado positivo, como ocorreu na votação sobre a independência da Escócia, e acabar de vez por todas com o debate sobre a permanência do Reino Unido na União Europeia.

Talvez por excesso de confiança ou por extrema miopia política, a decisão pelo referendo europeu foi um duplo desastre. Cameron teve que cumprir o acordo de chamar o referendo em 2016 mesmo tendo o UKIP obtido apenas um assento no parlamento nas eleições de 2015. Além disso, perdeu o referendo e o cargo de Primeiro-Ministro, do qual renunciou em

84. LA REPUBLICA. Nel 2013 un referendum sull'euro l'Europa ha fallito, milioni con noi. La Repubblica.it. Publicado em 15/8/2012. Disponível em: <http://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2012/08/15/nel-2013-un-referendum-sulleuro-leuropa-ha.html>. Acesso em 20.12.17.

85. TERRA. Extrema direita francesa e britânica vence eleições na UE. Portal Terra. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/europa/extrema-direita-francesa-e-britanica-vence-eleicoes-na-ue,6306b577b5636410VgnCLD200000b0bf46d0RCRD.html>. Acesso em 2.2.18.

86. GUIMÓN, Pablo. Conservadores obtêm maioria absoluta nas eleições britânicas. Elpais. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/08/internacional/1431057848_086644.html. Acesso em 22.1.18.

87. O UKIP foi o vencedor das eleições do Parlamento Europeu em maio de 2014, e o Partido Conservador foi o que mais perdeu eleitores para o UKIP. In: COLON, Leandro. David Cameron tenta isolar extrema direita para vencer eleição. Folha. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/04/1621554-david-cameron-tenta-isolar-extrema-direita-para-vencer-eleicao.shtml>. Acesso em 20.1.18.

24.06.16 um dia após o resultado das urnas⁸⁸.

Cameron, antes de chamar o referendo, ainda tentou negociar com a União Europeia acordos que evitariam a consulta popular e alcançariam as promessas feitas ao seu partido e aliados. Ele insistia que as promessas de restrição de pagamentos relacionados a benefícios de bem-estar social que obteve de líderes europeus ajudariam a controlar a imigração para o Reino Unido. Mas, o acordo que conseguiu não correspondeu ao que havia prometido, especialmente em relação à movimentação de pessoas.⁸⁹

Com o amplo apoio do Partido Conservador e dos partidos de extrema direita, aliado ao descontentamento da população com aspectos relacionados a economia, imigração, globalização e recuperação de soberania, venceu o Brexit no referendo de 2016 prometido por Cameron.

São várias as opiniões e os motivos elencados para decifrar o que levou a maioria dos britânicos a votarem pelo Brexit. Talvez, apenas com o decorrer do tempo, e mesmo após a sua conclusão, ou não, é que se terá com mais clareza suas causas e consequências.

Todavia, pelo menos três motivos já se destacam e foram apontados por analistas europeus como decisivos para o resultado das urnas em 2016.

A elite conservadora Britânica

Uma parcela considerável da elite britânica nunca se conformou com a adesão, mesmo que não integral, do Reino Unido à UE. Saudosistas da época do Império Britânico, esses conservadores se dividem e são representados principalmente em dois partidos políticos, o Partido para a Independência do Reino Unido (UKIP), liderado pelo radical Nigel Farage, e o tradicional Partido Conservador, atualmente no poder, do ex-Primeiro-Ministro Cameron, que convocou o referendo. O discurso dessa elite conservadora acabou por atingir também uma outra parcela, essa mais ampla, da sociedade britânica localizada no centro-norte do país, em cidades como Birmingham, onde uma grande parcela da população sofre com um processo longo de desindustrialização e estagnação há décadas.⁹⁰

88. BBC. Premiê britânico anuncia renúncia após Reino Unido votar por saída da União Europeia. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-36613880>. Acesso em 29.1.18.

89. WHEELER, Brian. David Cameron, o primeiro-ministro que perdeu tudo ao apostar contra os eurocéticos. BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36625169>. Acesso em 25.1.18.

90. SCHNEIDER, Sergio. As razões do BREXIT: porquê os britânicos saíram da União Eu-

A ameaça da imigração

Outro motivo que parece ser incontroverso é o fato de que os britânicos votaram contra os imigrantes e o suposto risco que eles representam para o sistema de *welfare-state* conquistado pelo Reino Unido após a II Guerra Mundial e para o controle de fronteiras.

O argumento incluía a implementação do medo no sentido de que o Reino Unido não poderia controlar o número de pessoas entrando no país enquanto estivesse vinculado à UE e que, em 20 anos, o impacto dessa imigração seria devastador para a garantia dos direitos sociais.⁹¹ Ainda, era amplamente divulgado pelos defensores da saída da UE que, em não menos de dez anos, a Turquia entraria para o bloco, com consequências devastadoras como uma suposta imigração em massa para os demais Estados-Membros, notadamente, o Reino Unido⁹².

Um dos argumentos mais convincentes do grupo pró-Brexit era no sentido de que o Reino Unido deveria parar de enviar dinheiro à UE e redirecioná-lo para o sistema de saúde (NHS). Mesmo que quase a unanimidade dos economistas consultados afirmasse que o Brexit envolveria muitos mais custos significativos ao Reino Unido do que benefícios, a maioria dos britânicos não conseguia enxergar essa realidade e imaginava que o Reino Unido apenas possuía prejuízos econômicos por pertencer a UE⁹³.

A culpa, portanto, é da UE de ambos os lados, seja por exigir o dinheiro que poderia ser investido no país, seja por determinar o acolhimento de imigrantes.

Principalmente os cidadãos mais comuns, acima dos 60 anos, e de áreas economicamente mais deprimidas foram convencidos com esses argumentos populistas e, com medo, votaram supostamente em favor da manutenção atual e futura dos seus direitos sociais e a favor de uma maior restrição ao acesso de famílias da Polônia, Romênia e de outros países de

ropeia? IELA. Disponível em: <http://iela.ufsc.br/noticia/razoes-do-brexit-porque-os-britanicos-sairam-da-uniao-europeia>. Acesso em 26.1.18.

91. BBC-BRASIL. 8 razões pelas quais os britânicos votaram pela saída da União Europeia. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36609225>. Acesso em 26.1.18.

92. WREN-LEWIS, Simon. *The lies we were told – Politics, economics, austerity and Brexit*. Bristol University Press, 2018. ISBN 978-1-5292-0215-1 Mobi, pos. 2878 de 5089.

93. Idem. Pos. 2824 de 5089. Um dos argumentos da campanha para a saída afirmava que o Reino Unido pagava cerca de 350 milhões de libras por semana para a UE. Afirmação que nunca foi efetivamente demonstrada, mas, alcançou uma popularidade imensa entre os britânicos.

fora da UE, mais pobres ou em guerras, ao seu sistema de seguridade social.⁹⁴ Entre os britânicos acima de 65 anos o percentual foi de 58% de votos a favor do Brexit; entre os de 50 a 64 anos foram 49%. Já os jovens entre 18 e 24 anos, 64% votaram por permanecer na UE. Ou seja, os mais jovens serão obrigados a viverem por mais tempo, contra sua vontade, em um Reino Unido fora da UE.⁹⁵

Desconhecimento e distanciamento da União Europeia

Não se discute o alto grau de instrução que possui, em geral, a população britânica. Mas, como acontece atualmente em qualquer lugar do mundo, o povo, na sua maioria, não tem demonstrado um grande interesse pela política. Assim, mesmo para o britânico médio e as pessoas mais simples, a UE continua sendo um órgão burocrático, longínquo e misterioso.

A imagem que o britânico de meia idade e que mora no interior do país tem da UE é a de um grupo elitizado de burocratas que fazem leis, criam obstáculos e não os ajudam em nada. Com exceção dos agricultores, que recebem altos subsídios da UE, os demais cidadãos simplesmente não veem e não sentem vantagem nenhuma em pertencerem ao bloco.

O desconhecimento sobre a União Europeia era tão significativo que, um dia após o referendo de 2016 e a divulgação do seu resultado, em 24 de junho de 2016, o assunto mais pesquisado no site Google do Reino Unido era a pergunta: “O que é a UE?”. Ao que tudo indica, muitos britânicos que votaram no referendo não sabiam exatamente no que ou para que estavam votando⁹⁶.

A UE falhou na sua comunicação e na relação com a população europeia. Os chamados burocratas de Bruxelas, por décadas, não deram a importância devida ao estreitamento dos laços com a base social e, esse distanciamento das elites com o povo, foi aproveitado pelos políticos conservadores e extremistas de vários países para minar a UE. Boris Johnson, membro expressivo do Partido Conservador britânico com intenções de se tornar Primeiro-Ministro centrou sua campanha dizendo que a UE é distante do povo e nenhum de seus líderes executivos é dire-

94. SCHNEIDER. Op. Cit.

95. HANCOCK, Jaime Rubio. Elpais. O gráfico do “Brexit” que mostra como os mais velhos decidiram o futuro dos mais jovens. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/24/internacional/1466749678_556239.html. Acesso em 26.1.18.

96. MARK, Gregory. *Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU*. Kindle Edition. ASIN: B07L39JMMX. Pos. 3345 de 3895.

tamente eleito para os cargos.⁹⁷

O desconhecimento sobre a UE também implicou em uma avaliação equivocada, ou mesmo na ausência de avaliação a respeito do impacto que a saída do bloco ocasionaria para o próprio Reino Unido. Em dados de 2016, por exemplo, 47% das exportações britânicas eram dirigidas à UE. Nas importações, 51% vinham da UE.⁹⁸

O próprio então ministro para o Brexit, David Davis⁹⁹, afirmou que o governo britânico não realizou uma avaliação formal sobre o impacto que a saída do Reino Unido da UE terá na economia do país. Não há uma previsão do que possa ocorrer após concretizada a saída primeiramente prevista para março de 2019.¹⁰⁰

Tudo indica que nem mesmo os políticos conservadores que apoiaram fervorosamente o Brexit conheciam a fundo as relações políticas e econômicas entre o Reino Unido e a UE e, muito provavelmente, não sabiam ao certo o que estavam defendendo. É a confirmação que se tratava de um discurso populista, baseado na ignorância, no preconceito, na xenofobia e na falsa ideia do retorno da soberania perdida.

Somente a título de indenizações, os valores já giram entorno de 40 e 45 bilhões de euros que o Reino Unido deverá pagar para deixar a UE.¹⁰¹ E, cada vez mais analistas afirmam que o Brexit já está cobrando a conta e afetando a economia britânica de modo negativo. De acordo com Christiane Lagarde, diretora do FMI, após o referendo, a libra se depreciou, a inflação caiu, o mercado de trabalho foi espremido e os investimentos estão em níveis ainda menores do que os previstos.¹⁰² No mesmo caminho, a agência Standard & Poor's rebaixou o *rating* da dívida de lon-

97. HANCOCK, Op. Cit.

98. UNIÃO EUROPEIA. Reino Unido. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/unitedkingdom_pt. Acesso em 15.1.18.

99. David Davis pediu demissão do cargo em 08.07.2018, sendo substituído por Dominic Raab.

100. EXAME. Reino Unido admite que não avaliou impacto econômico do Brexit. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/reino-unido-admite-que-nao-avaliou-impacto-economico-do-brexit/>. Acesso em 27.1.18.

101. EXAME. Londres pagará entre 40 e 45 bilhões de euros para sair da UE. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/londres-pagara-entre-40-e-45-bilhoes-de-euros-para-sair-da-ue/>. Acesso em 26.1.18.

102. EXAME. No Reino Unido, o Brexit começa a afetar a economia. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/reino-unido-o-brexit-comeca-a-afetar-a-economia/>. Acesso em 27.1.18.

go prazo do Reino Unido de AAA para AA.

Por outro lado, os demais membros da UE não parecem se incomodar muito com a saída do Reino Unido, e já preveem oportunidades. Países como Portugal e Bélgica se preparam para ganhar com o Brexit. O Ministro da economia de Portugal, afirmou que seu país está atraindo investimentos de empresas e investidores da França, Alemanha e China, em razão do Brexit.¹⁰³ Na Bélgica, será criado um tribunal de comércio internacional anglófono, o *Brussels International Business Court*, para resolver litígios comerciais internacionais entre empresas, que devem aumentar, com a saída do Reino Unido da UE¹⁰⁴.

A influência do déficit democrático para o Brexit

As três razões acima elencadas como preponderantes para o resultado do referendo popular que determinou o Brexit estão estreitamente relacionadas com o déficit democrático da União Europeia.

A crescente força que os políticos e partidos de extrema direita estão obtendo nos países europeus muito se deve aos argumentos populistas relacionados à ignorância da população mais simples sobre a União Europeia.

Não à toa, a principal, e mais cativante promessa dos populistas de direita é a saída da UE, culpada por todos os males pelos quais passam seus países. Argumentos como “retomada do controle e da independência”, “submissão aos burocratas de Bruxelas” e “desperdício de dinheiro com a UE sem qualquer retorno” fazem parte dos discursos e panfletos dos partidos extremistas e conservadores.

Como ocorre em todos os discursos populistas, todavia, são argumentos que não resistem a análises um pouco mais aprofundadas e técnicas. Porém, para afastar tais análises, foi incluída nesses discursos, de modo irresponsável, uma verdadeira desqualificação dos especialistas no assunto.

Os políticos defensores do Brexit se desdobravam para afastar as opiniões relevantes do próprio Banco da Inglaterra, de líderes sindicais, dos mais influentes empresários britânicos, e de políticos estrangeiros de peso como Barack Obama. Todos eram desqualificados. Michael Gove, ministro da educação britânico durante quatro anos no governo Cameron, chegou a afirmar: “o povo desse país está farto dos especialistas” e pedia aos cidadãos que ignorassem os especialistas e “ouvissem seus corações e seus julgamentos”¹⁰⁵.

103. OBSERVADOR. Caldeira Cabral. Brexit ajuda Portugal a atrair investidores da França, Alemanha e China. Disponível em: <http://observador.pt/2018/01/23/caldeira-cabral-portugal-esta-a-atrair-investidores-da-França-alemanha-china-e-india/> Acesso em: 27.1.18.

104. EXAME. Bélgica se prepara para ganhar com o Brexit. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/belgica-se-prepara-para-ganhar-com-o-brexit/>. Acesso em: 27.1.18.

105. CARLIN, John. El país. O mundo deve agradecer ao Reino Unido. Britânicos demons-

Alguns analistas passaram a definir o crescimento dos populistas Farage na Inglaterra, Marine Le Pen na França e mesmo Donald Trump nos Estados Unidos, como um fenômeno global contemporâneo chamado de “antielite”; cuja característica principal seria afastar as opiniões dos especialistas mundiais em política e economia e, com astúcia e cinismo populistas, manipular as pessoas apelando aos seus preconceitos e sentimentos mais viscerais¹⁰⁶. O UKIP (Partido da Independência do Reino Unido) exigiu o referendo e liderou a campanha de saída do Reino Unido da UE com um eleitorado insatisfeito, mais idoso e menos educado, muito parecido com aquele que elegeu Trump¹⁰⁷ nos Estados Unidos.

O que domina o pensamento de uma grande parcela da população europeia e, por consequência, também do Reino Unido é justamente a visão de que a União Europeia é um organismo elitizado, burocrático, distante, e que não traz qualquer benefício para as vidas das pessoas. Fenômeno que é o resultado de um histórico distanciamento e ausência de contato mais próximo da UE com os seus cidadãos. A União Europeia sempre foi vista como um acerto entre as elites dos países membros, que não contou com uma efetiva participação popular desde o seu início.

O caráter predominantemente intergovernamental e burocrático ainda está fortemente presente na União Europeia e seria uma das razões para alimentar o déficit democrático até hoje verificado no seu sistema político. Em que pesem os ideais federalistas de alguns de seus fundadores, é fato que a União Europeia se desenvolveu por vias pragmáticas na busca de um mercado comum, de uma moeda comum, prevaletentes sobre um maior aprofundamento democrático.

Enquanto a integração europeia era impulsionada exclusivamente por esses fortes estímulos econômicos, vantajosos para todos os seus membros, era possível administrar a União “desde cima”, através das elites políticas dos Estados, que não encontravam resistência ou insatisfação da população. Ao contrário, a pujança econômica, trazida pelo mercado comum e pelo crescimento econômico, era bem-vinda pelo povo, que parecia não se importar com a condução intergovernamental da União¹⁰⁸. Assim, no controle da si-

tram que a política não é, ou não deveria ser, um jogo frívolo. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/26/internacional/1466928806_545463.html. Acesso em 29.1.18.

106. *Ibidem*.

107. ALTER, Jonathan. NYT. “The populist explosion” dissects the history of the Anti-Elite worldview”. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/10/09/books/review/populist-explosion-john-b-judis.html>. Acesso em: 19.1.18.

108. MUNERATTI, Rafael R. *A Democracia na União Europeia: O parlamento Europeu e a redu-*

tuação, e sem qualquer oposição, as elites políticas resolveram avançar na integração política europeia, mas, sem mexer no sistema intergovernamental de decisão da União para, evidentemente, não perderam o seu controle¹⁰⁹.

Nesse aspecto, portanto, a união política chegou “por cima das cabeças da população, como um projeto de elite”, despreocupada com a legitimidade popular¹¹⁰. “É a raiz economicista e elitista e, logo, antidemocrática que alimenta a ideia de Europa desde o final da II Guerra Mundial. Uma Europa ‘para’ e não ‘com’ os europeus, elaborada por um clube de notáveis em seus inacessíveis laboratórios.”¹¹¹

Assim, a utilização irresponsável do desconhecimento da população sobre a União Europeia e da deficiência da presença e participação popular no bloco – ambos decorrentes do déficit democrático existente – por partidos populistas em favor de suas pretensões políticas e, notadamente, num momento de crise econômica e migratória, foram determinantes para a vitória do Brexit no referendo de 2016.

Conclusões

Nos momentos em que os Países-membros passam por crises econômicas, políticas e, atualmente, também uma crise migratória, o discurso contra a UE toma corpo e força, principalmente pelos partidos populistas, e quase sempre centrada no desconhecimento da população sobre a União Europeia e na ausência de participação popular nas decisões tomadas em Bruxelas.

Esse desconhecimento da população europeia sobre o funcionamento e objetivos da UE é consequência do déficit democrático presente no seu âmago, o qual causa um considerável distanciamento entre os cidadãos e a União.

Os cidadãos, em uma expressiva quantidade, são facilmente manipula-

ção do déficit democrático. Brasília: UniCeub, 2013. E-book. ISBN 978-85-61990-34-3. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/415163/ebookademocracianauniaoeuropeia.pdf>. Acesso em 29.1.18. p. 64.

109. HABERMAS, Jürgen. *Ay Europa! Pequeños escritos políticos*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 82.

110. “La unión política llegó, por encima de las cabezas de la población, como un proyecto de la elite” In: *Ibidem*, p. 83.

111. “É la radice economicista ed elitista – dunque antidemocratica – che alimenta l’idea di Europa dal secondo dopoguerra (...). Un’Europa per non con gli europei, elaborata da un club di ottimati nei loro inaccessibili laboratori”. In: LETTA, Enrico; CARACCILO, Lucio. *L’Europa é finita?* Torino: ADD Editore, 2010, p. 32.

dos com discursos sobre perda de independência, soberania, gasto injustificado de recursos, políticas migratórias desfavoráveis e ausência de vontade popular nas decisões tomadas no âmbito da União.

Esse discurso de jogar a culpa das mazelas nacionais na UE acaba por seduzir a população social e economicamente mais vulnerável e, ainda, afasta a responsabilidade dos políticos nacionais pelas crises em seus países, notadamente, daqueles de extrema direita, ávidos para quebrar os laços com a UE, ganhar eleições e obter o poder.

No referendo do Reino Unido os políticos opositores à UE conseguiram convencer uma parcela expressiva de eleitores insatisfeitos, principalmente idosos, do interior do país, e economicamente mais debilitados, a votarem a favor do Brexit.

Discurso de convencimento que pode ser considerado até mesmo como irresponsável, pois, nem mesmo os políticos opositores à UE demonstraram depois terem total conhecimento do que pregavam, e das conseqüências do Brexit. Ou seja, eram também vítimas da falta de conhecimento sobre UE e do seu impacto sobre a economia do Reino Unido. De certa forma, o déficit democrático da UE atingiu inclusive os seus mais aguerridos opositores.

Diante do estupor causado pelo resultado do referendo e das prováveis conseqüências desastrosas que trará para a economia do Reino Unido, cresce o sentimento de uma possível reversão da decisão, por meio de um novo referendo. Segundo pesquisa elaborada em 11.1.18 e encomendada pelo diário britânico *Daily Mirror*, um segundo referendo contaria com 55% de votos pela permanência na UE. Porém, de acordo com a mesma pesquisa, apenas 43% dos entrevistados foram favoráveis a realização de uma nova consulta¹¹², devassando o desinteresse popular e ceticismo pelo assunto.

Com a alegação de que um novo referendo consolidaria a opção pelo Brexit, o principal articulador da saída do Reino Unido da UE, Nigel Farage, ex-líder do UKIP, disse ser favorável a uma segunda consulta¹¹³. Todavia, como já obteve o que queria no primeiro, fica a dúvida sobre suas reais pretensões com uma renovação do referendo.

A dificuldade para desatar o nó do Brexit só se aprofundou após o resultado do referendo. O próprio parlamento britânico, de maioria

112. EXAME. Novo referendo no Reino Unido revogaria “Brexit”, diz pesquisa. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/mundo/novo-referendo-no-reino-unido-revogaria-brexit-diz-pesquisa/> Acesso em 30.1.18.

113. SPUTNIK BRASIL. Brexit: para acabar com ‘chororô’, líder britânico apoia segundo referendo. Disponível em: <https://br.sputniknews.com/europa/2018011110255658-Brexit-para-fim-com-chororo-lider-britanico-apoia-segundo-referendo/> Acesso em: 30.1.18.

conservadora, não consegue aprovar o plano de saída negociado pela Primeira-Ministra Theresa May com a UE, rejeitado já em três votações¹¹⁴, materializando cada vez mais a possibilidade desastrosa de uma saída sem acordo¹¹⁵.

Questões delicadas e complexas que nem sequer foram vislumbradas durante a campanha do referendo, reafirmando o desconhecimento do assunto, como a permanência ou não de uma “fronteira dura” – *hard border* – entre a República da Irlanda, Membro da UE e a Irlanda do Norte¹¹⁶, integrante do Reino Unido, dificultam e geram mais entraves para uma solução definitiva para o Brexit¹¹⁷.

O parlamento britânico, aparentemente, reflete o desconhecimento, a indecisão, a falta de consenso e a incerteza sobre a real vantagem do Brexit, demonstrada nas urnas por um referendo com uma diferença mínima de votos em favor da saída do bloco. A única proposta aprovada pelo parlamento até o momento foi no sentido de pedir, para a União Européia, extensão do prazo fatal para a efetivação do Brexit¹¹⁸.

O déficit democrático, além de ocasionar incompreensão, distanciamento e desconfiança dos cidadãos europeus com a União Européia, cobrou seu preço por décadas de existência sem soluções efetivas e contribuiu decisivamente para a inédita saída de um Estado-Membro do bloco. Fica a esperança que esse mesmo déficit seja, a partir de então, trabalhado e minimizado, antes que alastre suas consequências desastrosas para outros Membros da União Européia.

114. EL PAÍS. Após terceira rejeição ao plano de May para o Brexit, o que pode acontecer? Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/29/internacional/1553874053_923847.html. Acesso em 8.4.19.

115. O ESTADO DE SÃO PAULO. Plano de May é rejeitado pela 3ª vez e Brexit com ruptura total já é provável. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,-deputados-rejeitam-acordo-do-brex-it-pela-terceira-vez,70002772445>. Acesso em 9.4.19.

116. Na Irlanda do Norte o resultado do referendo foi 55,8% para permanecer contra, 44,2% para sair da UE

117. G1. Entenda por que a Irlanda é um entrave na negociação do Brexit. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/21/entenda-por-que-a-irlanda-e-um-entrave-na-negociacao-do-brex-it.ghtml>. Acesso em 10.10.18.

118. RFI. União Europeia adia Brexit para 31 de outubro, data da festa de Halloween. Disponível em: <http://br.rfi.fr/europa/20190411-linha-direta-nova-cupula-extraordinaria-sobre-saida-do-reino-unido-da-uniao-europeia>. Acesso em 15.4.19.

Gobernanza, Estado e Integración Regional desde una perspectiva jurídica.

Por Luciana B. Scotti ¹¹⁹

Sumario: I Introducción. II. Hacia una noción de “gobernanza global”. El rol del Estado. III. Reconceptualización de la noción de soberanía estatal. IV. Nuevos escenarios, nuevas teorías

Resumen

La globalización ha transformado los patrones de decisión. Se impone el modelo de la llamada “nueva gobernanza” o “gobernanza global”, en donde coexisten centros de decisión plurales: locales, nacionales, supranacionales y transnacionales.

Ahora bien, a la par de la globalización a nivel mundial, nos encontramos con un incremento significativo de procesos de integración regional, que agrupan a algunos Estados con objetivos en común de muy diversa índole.

La voluntad política de los Estados que deciden asumir el compromiso de integrarse se expresará en normas jurídicas vinculantes, a través de diferentes instrumentos que conforman el llamado derecho constitutivo o primario, y el derecho derivado o secundario que emana de los órganos decisorios del proceso.

Ahora bien, el derecho de la integración no solamente se tendrá que ocupar de las relaciones jurídicas entre los Estados que conforman el proceso, y aquellas que se entablen con terceros países y con otros organismos internacionales, sino también de aquellas que se entablan entre los particulares. En efecto, dentro de estos espacios integrados se crean, desenvuelven y

119. Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Categoría I (Ministerio de Educación). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Directora de Proyectos de Investigación, Seminarios y Publicaciones. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

extinguen un sinnúmero de relaciones jurídicas entre particulares. En este punto, es donde cobra especial relevancia el Derecho Internacional Privado.

Introducción

La globalización incide profundamente en el Derecho: vacía de contenidos a las estructuras de los derechos nacionales internos, reformula al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional Privado y esfuma sus diferencias¹²⁰, asimismo da un especial y renovado impulso al Derecho de la Integración. Por otro lado, el incremento de los intercambios comerciales internacionales da lugar a un desarrollo privilegiado del Derecho Comercial Internacional y del Derecho Internacional Económico por sobre otras ramas del derecho¹²¹.

En este mundo global, coexisten los tradicionales actores de las Relaciones Internacionales, los Estados, cuyas decisiones y actuación tanto en el campo doméstico, como en el internacional ya no son de su exclusiva soberanía sino que se ven, en muchas ocasiones, condicionadas, limitadas, influenciadas por instituciones supranacionales, organismos intergubernamentales, no gubernamentales, regionales, por empresas transnacionales, por la propia sociedad civil, entre otros actores que hoy comparten el protagonismo con los Estados.

La globalización ha transformado los patrones de decisión. Se impone el modelo de la llamada “nueva gobernanza” o “gobernanza global”, en donde coexisten centros de decisión plurales: locales, nacionales, supranacionales y transnacionales.

Ahora bien, a la par de la globalización a nivel mundial, nos encontramos con un incremento significativo de procesos de integración regional, que agrupan a algunos Estados con objetivos en común de muy diversa índole.

En efecto, la regionalización es un paso, una etapa hacia la globalización

120. Puede ampliarse las relaciones entre ambas disciplinas en: Fernández Arroyo, Diego, “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Ed. Albemática, Buenos Aires, 2012. Cita: elDial.com - DC18BA.

121. Véase para un desarrollo de las implicancias de la globalización en el derecho: “Las ramas del mundo jurídico en la globalización/marginación”, ponencia del Prof. Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani, en las *Jornadas sobre Globalización y Derecho*, celebradas el 26 de junio de 2002, en la Facultad de Derecho, de la Universidad de Buenos Aires. Y la obra dirigida por Calvo Caravaca, Alfonso y Blanco Morales Limones, Pilar, *Globalización y Derecho*, Editorial Colex, Madrid, 2003, entre otras.

y viceversa, la globalización promueve la regionalización. Los Estados se dan cuenta de la pérdida de su capacidad en el mundo global, y se unen, se vinculan “dolorosamente”. Y esta unificación puede tomar muchas formas: económica, aduanera, financiera, política. La percepción de la globalización como una amenaza provoca la necesidad de los “pequeños estados” para unirse. Es en este sentido que la regionalización y la integración están relacionadas con la globalización, constituyendo un paso hacia la formación de una globalización ordenada, a través de una regulación jurídica compleja, internacional y transnacional¹²².

Hacia una noción de “gobernanza global”

Los términos gobernanza en español, *gouvernance* en francés, el inglés *governance* o el portugués *governança*, cayeron en desuso en el lenguaje vulgar, y fueron rescatados en su versión inglesa por economistas y politólogos anglosajones y por ciertas instituciones internacionales (ONU, Banco Mundial y FMI, principalmente), para designar “el arte o la manera de gobernar”, con dos peculiares preocupaciones adicionales: por una parte, marcar la distinción con la noción de “gobierno”, en tanto institución, y por otra parte, bajo un vocablo poco usual y sin connotaciones, promover un nuevo modo de gestionar los asuntos públicos fundado en la participación de la sociedad civil en todos los niveles (nacional, local, regional e internacional)¹²³.

Para algunos autores como David Kennedy, la “gobernanza” no es un fenómeno nuevo, sino que ha sufrido transformaciones a lo largo de los siglos: “En algún momento, entre 1789 y 1900 – y por tarde 1960 para la mayoría del mundo colonial- la gobernanza se consolidó a nivel global alrededor del Estado nación soberano. Las personas se organizaron en Estados territoriales, se les concedió ciudadanía, y el gobierno fue definido como

122. Pamboukis, Charalambos P., “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 330 (2007), 2008, p. 81.

123. Sobre la etimología del término “gobernanza”, puede verse: http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5_fr.pdf (página oficial de la Comisión Europea): “Le verbe grec κυβερνάν (piloter un navire ou un char) fut utilisé pour la première fois de façon métaphorique par Platon pour désigner le fait de gouverner les hommes. Il a donné naissance au verbe latin gubernare, qui revêtait les mêmes significations et qui, par le biais de ses dérivés, dont gubernantia, a lui-même engendré de nombreux termes dans plusieurs langues: français: gouverner, gouvernement, gouvernance, etc.; anglais: govern, government, governance, etc.; espagnol: gobernar, gobierno, gobernanza, etc.; portugais: governar, governo, governança, etc.; italien: governare, governo, governmento, etc.) [Consulta: 10/04/2019].

las actividades que las autoridades públicas nacionales llevaban a cabo. Construir una política pública nacional a lo largo del planeta tiene una dimensión emancipadora muy fuerte –esclavos, mujeres, trabajadores, campesinos, y los dominios coloniales obtuvieron ciudadanía en relación con la nueva maquinaria institucional de la política nacional. Esta nueva gobernanza global, llamada ‘gobierno’, se centraba en los parlamentos nacionales y ofrecía nuevas identidades para los soberanos y los demás sujetos (...) Durante el siglo XX también fue rehecha la gobernanza –ya no se trataba todo el tiempo solo de naciones. El derecho infiltró la política. La soberanía, al igual que la propiedad, fue desmembrada en paquetes de derechos: en el corporativismo, la administración, y las asociaciones públicas/privadas. Las fronteras se erosionaron y se fundieron. El federalismo, la repartición de poderes, la subsidiaridad, la delegación. La interdependencia, la solidaridad social, la administración de políticas. En todo esto también había elementos emancipadores e importantes logros humanitarios. Pero también había lados oscuros y desilusiones, así como había ganadores y perdedores. Podemos estar confiados de que la política global va a ser rehecha durante el siglo XXI. Solo es muy difícil decir cómo”¹²⁴.

Según el Diccionario de la Lengua Española (DRAE), “Gobernanza” es el “Arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”¹²⁵.

A su turno, en la entrada “Gobernabilidad”, encontramos como primera acepción “cualidad de gobernable”, mientras que en la segunda se la toma como sinónimo de “gobernanza” (arte o manera de gobernar).

Existe consenso en afirmar que la utilización de los términos “gobernanza global”, fue acuñada por la *Commission on Global Governance*¹²⁶ en su

124. Kennedy, David, “El misterio de la gobernanza global”, en *Revista de Derecho Público*, n° 4 Universidad de los Andes, marzo de 2010, p. 25, disponible en: http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/el%20misterio%20de%20la%20govern_real_20100623113719.pdf [Consulta: 10/04/2019].

125. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (DRAE), edición 22ª, 2001.

126. Es una comisión integrada por 28 expertos y establecida en 1992 para sugerir nuevas maneras en que la comunidad internacional podría cooperar en una agenda de seguridad global. Fue fundada a raíz de dos reuniones organizadas por el canciller de Alemania Occidental, Willy Brandt y su finalidad era explorar los nuevos retos de la interdependencia global. Brandt invitó a presidir la comisión a Ingvar Carlsson, primer ministro sueco y al secretario general del British Commonwealth, Shridath Ramphal (Guyana). Juntos presentaron la propuesta de la Comisión al Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros

informe “Our Global Neighbourhood”, del año 1995. Según dicho informe: “la Gobernanza Global no es gobierno global (...) es la suma de muchas formas en que individuos e instituciones, públicas y privadas, manejan sus asuntos en común... Es un proceso continuo a través del cual intereses en conflicto o divergentes pueden ser ordenados y acciones de cooperación pueden realizarse. Ello incluye instituciones formales y regímenes con poderes para vigilar su cumplimiento, así como arreglos informales que las personas o las instituciones han acordado o perciben como afines a sus intereses”¹²⁷.

A su turno, el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la Gobernanza de 2001, indica que se refiere a “las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia”¹²⁸.

Asimismo, Keohane y Nye han sido de los primeros y más lúcidos autores en definir a la llamada “Gobernanza”, entendida para ellos como el proceso y las instituciones, tanto formales como informales, que guían y limitan las actividades colectivas de un grupo. El gobierno es el subconjunto que actúa con autoridad y crea obligaciones formales. La Gobernanza no necesariamente tiene que ser conducida por los gobiernos y por organizaciones internacionales a las que les delegan autoridad. Empresas privadas, asociaciones de empresas, organizaciones no-gubernamentales (ONGs), y asociaciones de ONGs participan en ella, de manera frecuente en asociación con órganos gubernamentales, para crear gobernanza; a veces sin autoridad gubernamental¹²⁹.

Boutros-Ghali. ¿Sin dudas, la contribución más importante de la Comisión fue el informe titulado “Our Global Neighborhood”. Publicado por primera vez en 1995, presentó las conclusiones y las recomendaciones de la Comisión para el debate en la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 50º aniversario de sesiones. Con sus recomendaciones innovadoras ha servido como una suerte de anteproyecto para la gobernanza mundial y se ha convertido en una referencia clave para las discusiones y debates sobre la cooperación multilateral.

127. COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighborhood Our Global Neighborhood: The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, 1995.

128. Disponible en:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf [Consulta: 10/04/2019].

129. Keohane, Robert y Nye, Joseph, “Introduction” en NYE, Joseph y DONAHUE, John (co-eds.), *Governance in a Globalizing World*, Cambridge, 2000, p. 12. En palabras de los autores: “Governance refers to the emergence and recognition of principles, norms, rules,

Para dichos autores, el Estado nación es aún el actor más importante en el escenario de la política global, pero no es el único actor relevante, y el resultado de ello es la transformación del propio Estado nación y la creación de política en nuevos espacios de competencia. En tal sentido, afirman: “Contrary to some prophetic views, the nation-state is not about to be replaced as the primary instrument of both domestic and global governance. There is an extensive literature on the effects of globalism on domestic governance, which in our view reaches more nuanced conclusions. Instead, we believe that the nation-state is being supplemented by other actors – private and third sector – in a more complex geography. The nation state is the most important actor on the stage of global politics, but it is not the only important actor. If one thinks of social and political space in terms of a nine-cell matrix, more governance activities will occur outside the box represented by national capitals of nation states”¹³⁰.

Ante la imposibilidad de un gobierno mundial, Keohane y Nye ven una solución intermedia para resolver problemas de gobernanza global: “un conjunto de prácticas que mejoren la cooperación y creen válvulas de seguridad para canalizar presiones políticas y sociales, consistente con el mantenimiento de los Estados nación como la forma fundamental de organización política. No obstante, al lado de éstos existen hoy un conjunto heterogéneo de agentes, privados y públicos, que contribuyen a la generación de orden y a la conducción de asuntos a nivel global, cuya eficacia depende de las redes en que se encuentran inmersos y la posición que ocupen dentro de dichas redes”¹³¹.

Como señala Dreyzin, “en el marco de la globalización, la gobernanza implica la necesidad de redefinir un modelo operativo que cambia los procesos de decisión. Subyace en el concepto la importancia de centrarse en la capacidad de la comunidad internacional para cumplir la planificación o los objetivos que se propone realizar desde la visión política global. En

and procedures that both provide standards of acceptable public behavior, and that are followed sufficiently to produce behavioral regularities. Governance, thus defined, need not be conducted by governments – international organizations, private firms, associations of firms, NGOs, and associations of NGOs all engage in it.”

130. Keohane, Robert y Nye, Joseph, “Introduction” en Nye, Joseph y Donahue, John (co-eds.), *Governance in a Globalizing World*, Cambridge, 2000, p. 10.

131. Cfr. Serna de la Garza, José María, “Reflexiones sobre el concepto de “gobernanza global” y su impacto en el ámbito jurídico”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, pp. 26 - 27, disponible en: www.juridicas.unam.mx [Consulta: 10/04/2019].

consecuencia, bien se afirma que el debate en torno a la gobernanza global aborda el futuro de la política en el contexto de la globalización y algunos de sus efectos¹³².

En suma, podemos advertir que “gobernanza” no es un término unívoco. Por el contrario, como ilustra Frydman, la gobernanza no es un espacio coherente sino un mosaico, un ensamble heteróclito de dispositivos muy diversos¹³³.

En la gobernanza, la regulación, plural y consensual, prima sobre la reglamentación impuesta por el poder estatal. Tal como lo manifiesta Pamboukis, “l’accent est mis sur la régulation, sur la coordination, la simple réglementation n’étant qu’une partie d’un ensemble complexe et dynamique. En effet, le gouvernement repose sur une conception unitaire, inégalitaire et unilatérale du pouvoir, tandis que la gouvernance est plurielle, multilatérale et consensuelle. L’Etat n’a pas le monopole de décision et du pouvoir, mais il est contraint de tenir compte de l’existence d’autres acteurs internes et externes. La gouvernance implique un décloisonnement entre public et privé et cela à plusieurs niveaux ou lieux: international, transnational, régional, national, local. L’apparition des nouveaux lieux horizontaux, à côté des lieux verticaux du modèle interétatique, a fait apparaître ce qu’on peut appeler la crise du rapport hiérarchique, dans le sens que la subordination n’est plus le seul modèle concevable de relevance des ordres juridiques ou des normes”¹³⁴.

El rol del Estado. Reconceptualización de la noción de soberanía estatal. Nuevos escenarios, nuevas teorías

El origen de la noción de soberanía estatal, como un poder supremo (*suprema potestas*), lo encontramos en la célebre obra de Jean Bodin, *De Republica*, de 1576, quien concibió la soberanía como el atributo característico del Estado.

Ruben Santos Belandro recuerda que “el Estado, en el cenit de su evo-

132. Dreyzin de Klor, Adriana, “Derechos Humanos, Derecho internacional privado y activismo judicial” en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Buenos Aires, Ed. Albremática, 2013. Cita: eDial.com - DC1A58.

133. Frydman, Benoit, “Corregulation: a Possible Legal Model for Global Governance”, disponible en: http://www.philodroit.be/IMG/pdf/coregulation_a_possible_legal_mode_for_global_governance.pdf [Consulta: 10/04/2019].

134. Pamboukis, Charalambos P., “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 330 (2007), 2008, pp. 9 - 474.

lución, practicó una apropiación (o expropiación) de las fuentes de producción jurídica en la escena internacional, y se presentó como la única voz legítima para resolver los casos originados en el derecho internacional privado a fines del s. XIX. Todo el poder se concentraba en el Estado soberano; fuera de él, nos encontrábamos en el ámbito del no-Derecho, de lo no jurídico -del vacío o de la irrelevancia, en una palabra- entorno que no merecía ser analizado ni regulado¹³⁵.

Sin embargo, esta situación cambió sustancialmente. Los Estados soberanos, por potentes que sean, no son más igualmente soberanos como en el pasado¹³⁶.

En efecto, tal como reflexiona Held: “traditional conceptions of state sovereignty are being renegotiated and rearticulated within the changing processes and structures of regional and global order- States, moreover, are locked into diverse, complex overlapping political domains – what we earlier referred to as multilayered governance. Thus national sovereignty and national autonomy have to be thought of as embedded within broader frameworks of governance in which they have become but one set of principles, among others, underlying the exercise of political authority. The Westphalian regime of state sovereignty and autonomy is undergoing a significant alteration as it becomes qualified in fundamental ways...”¹³⁷.

En estos tiempos de gobernanza global, los Estados han perdido el monopolio protagónico en la escena internacional y se han convertido en una categoría más, aun cuando siga siendo la más importante.

El Estado ya no es el protagonista absoluto de la política doméstica ni de la política internacional ya que las corporaciones transnacionales, las organizaciones internacionales y supranacionales (en particular en el ámbito de los espacios integrados), y las organizaciones no gubernamentales, conocidas por sus siglas ONGs, le disputan su antiguo lugar de privilegio. Nos encontramos ante un período histórico de transfor-

135. Santos Belandro, Ruben B., “Viejas y nuevas fuerzas que en el siglo XXI inciden sobre el Derecho Internacional Privado: el territorio, la frontera, la soberanía y los espacios”, disponible en: <http://www.revistaderechopublico.com.uy/archivos/Balandro.pdf> [Consulta: 10/04/2019].

136. Galgano, Francesco, “Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización”, en Silva, Jorge Alberto (Coord.) *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, UNAM, México, 2006, p. 134., disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2201/7.pdf> [Consulta: 10/04/2019].

137. Held, David, McGrew, Anthony, Goldblatt, David y Perraton, Jonathan, *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Stanford University Press, California, 1999, p. 443 - 444.

mación del Estado moderno, de erosión y hasta desaparición de algunas de sus características definitorias, proceso que lleva a un número importante de especialistas a utilizar una nueva categoría, la de Estado posmoderno¹³⁸.

Pero el Estado, sin calificativos, no ha desaparecido. Tal como afirma, Slaughter: "The state is not disappearing, it is disaggregating into its separate, functionally distinct parts. These parts -courts, regulatory agencies, executives, and even legislatures- are networking with their counterparts abroad, creating a dense web of relations that constitutes a new, transgovernmental order"¹³⁹.

Este nuevo rol que tiene el Estado en el Siglo XXI y que conlleva a un nuevo paradigma que podemos enmarcar en la llamada gobernanza global, bien puede contextualizarse en la Teoría de las Relaciones Internacionales en el Institucionalismo (neoliberal)¹⁴⁰, Transnacionalismo o Globalismo.

Nos referimos a una teoría de las Relaciones Internacionales que se enmarca en el contexto político de la distensión, la crisis del sistema de Bretton Woods, la crisis del petróleo y el aparente declive de la hegemonía de EE.UU. en el sistema internacional. Sus padres fundadores son los ya mencionados Robert Keohane y Joseph Nye que lo bautizaron como "paradigma de la interdependencia compleja". Ellos son los autores de las obras más significativas de esta corriente: *Transnational Relations and World Politics* (1971/2) y *Power and Interdependence* (1977).

138. Ver entre otros, Agulla, Juan Carlos, *Globalización y agonía de la sociedad nacional*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999; Corigliano, Francisco, "La globalización y la erosión de la soberanía del Estado Nacional", *Revista Criterio* N° 2264 VIII/2001, p. 408 y ss; Held, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Ed. Paidós Ibérica, Buenos Aires, 1997; Hein, Wolfgang, "La Ilusión del Estado Nación y el nuevo orden mundial", *Nueva Sociedad* N° 132, Caracas, 1994; Kliksberg, Bernardo (comp.), *El rediseño del Estado. Una perspectiva internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996; Ortiz, Tulio, "La globalización y el Estado moderno. Extinción o transformación?", en *Origen y transformación del Estado argentino en períodos de globalización*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, UBA y Biblos, 2003.

139. Slaughter, Anne-Marie, "The Real New World Order", en *Foreign Affairs*, volumen 76, N° 5, 1997, pp. 183 - 197.

140 Slaughter, Anne Marie, "International Law and International Relations", *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 285 (2000), pp. 9-250: "To the extent that Institutionalism reflects the belief that "rules, norms, principles and decision-making procedures" can mitigate the effects of anarchy and allow States to co-operate in the pursuit of common ends, all international lawyers are Institutionalists. "Rules, norms, principles and decision-making procedures" is the definition of an international "régime", the much studied phenomenon that reintroduced international law to political scientists in the 1980s.", p. 34.

Sus características o postulados pueden resumirse del siguiente modo:

- 1) Cuestiona el sistema de Estados (el estatocentrismo) como estructura del sistema internacional. Su análisis incorpora una pluralidad de actores: organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, unidades políticas sub-estatales e individuos, entre otros.
- 2) La problemática de estudio supone la introducción de una nueva agenda: relaciones comerciales y financieras, desarrollo tecnológico, mundo de las comunicaciones, cuestiones energéticas, medio ambiente, temas culturales, etc.
- 3) La interdependencia (imagen de red o telaraña) es la clave de las relaciones internacionales. Existe una red compleja de interacciones entre los actores que los obliga al diálogo.
- 4) Ponen especial énfasis en el papel de las instituciones en la cooperación internacional. De allí, que también se conoce a esta corriente como institucionalismo liberal (After Hegemony, Keohane, 1984).

Los procesos de integración regional en clave jurídica. El rol del Derecho Internacional Privado

Un proceso de integración requiere de una regulación que le sea propia, de “un ordenamiento jurídico autónomo, es decir, con capacidad para crea la unidad del nuevo espacio bajo un régimen jurídico uniforme. Esta exigencia supone la concurrencia de tres elementos: a) una normatividad específica, completa y autónoma; b) una organización propia que dinamice esa normatividad al servirle de brazo ejecutivo en función del proceso integracionista y c) mecanismos de control jurídico eficaces que reproduzcan y mantengan la legalidad del proceso”¹⁴¹.

Surge así una dimensión, variable o perspectiva jurídica de la integración regional, como fenómeno multifacético. La voluntad política de los Estados que deciden asumir el compromiso de integrarse se expresará en normas jurídicas vinculantes, a través de diferentes instrumentos que conforman el llamado derecho constitutivo o primario, y el derecho derivado o secundario que emana de los órganos decisorios del proceso.

Ahora bien, este nuevo derecho que se gesta establecerá distinto tipo de relaciones de jerarquía en relación tanto con los derechos nacionales como con el derecho internacional.

141. Lavopa, Jorge Horacio, “La dimensión jurídica de la integración”, en *Contribuciones* n° 4/1996, CIEDLA/Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 1996. También disponible en: <http://www.cari.org.ar/pdf/dimension.pdf> [Consulta: 10/04/2019].

Por otro lado, el derecho de la integración no solamente se tendrá que ocupar de las relaciones jurídicas entre los Estados que conforman el proceso, y aquellas que se entablen con terceros países y con otros organismos internacionales, sino también de aquellas que se entablan entre los particulares.

En efecto, dentro de estos espacios integrados se crean, desenvuelven y extinguen un sinnúmero de relaciones jurídicas entre particulares. En este punto, es donde cobra especial relevancia el Derecho Internacional Privado.

En suma, “la integración requiere para concretarse de una estructura jurídica que incluya entre otras ramas, al Derecho Internacional Privado”¹⁴².

A nuestro criterio, el Derecho Internacional Privado es una herramienta, un instrumento de insustituible valor para la integración jurídica, que permite en última instancia el logro de los objetivos de diversa índole que se proponga un proceso de integración regional.

Ahora bien, no podemos ser ingenuos y considerar que el rol del Derecho Internacional Privado es imprescindible en cualquier forma de cooperación, ni siquiera en cualquier proceso de integración. Sino que, por el contrario, la necesidad de aprobar normas de Derecho Internacional Privado para un espacio integrado depende del grado de compromiso que los Estados que lo conforman desean asumir. Evidentemente, no es lo mismo el objetivo de liberar paulatinamente los intercambios comerciales o establecer un régimen tarifario de preferencias que el de instaurar un sistema que implique la cesión, la transferencia o el abandono de prerrogativas fundamentales de la soberanía de los Estados comprometidos.

En efecto, si bien podemos afirmar que “cualquier fenómeno de integración regional repercute de manera sustancial en la reglamentación del tráfico privado externo (...) la repercusión está en relación directa de la nivelación de los logros conseguidos”. “(E)l papel del DIPr es muy distinto en cada uno de estos niveles pudiendo afirmarse que sólo comienza a ser relevante a partir de la etapa del mercado común, al margen de que el proceso genere una suerte de procedimiento de armonización de legislaciones, llegando a constituir un elemento imprescindible en la última fase del proceso. Así, en unos modelos primarios de integración la afectación repercutirá directamente en las normas del Derecho administrativo económico de los Estados miembros, pero a medida que el fenómeno integrador se incrementa éste repercutirá decisivamente en el Derecho privado, más concretamente en el Derecho patrimonial; por último, el tránsito de la inte-

142. Dreyzin de Klor, Adriana y Uriondo de Martinoli, Amalia, “Implicancia de la integración en el Derecho Internacional Privado”, *La Ley* 1994-E, 1116.

gración económica a la política desencadena la proyección en todos los sectores del ordenamiento jurídico. El ejemplo seguido en el largo proceso de evolución hasta constituir la actual Unión Europea resulta particularmente significativo¹⁴³.

El modelo europeo de integración jurídica

Al día de hoy, en la Unión Europea, existe una marcada tendencia hacia la “comunitarización” del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, ello no fue así desde un principio, sino que cobró impulso recién a partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el 1° de mayo de 1999.

En efecto, el artículo 3 inciso H del Tratado de Roma del 25 de marzo de 1957 (en vigor desde el 1° de enero de 1958) se limitaba a enunciar dentro de la acción comunitaria “la aproximación de las legislaciones nacionales en la medida necesaria para el funcionamiento del mercado común”.

Según expresa Esplugues Mota, “en la medida en que en el marco de un mercado único van a desarrollarse esencialmente, operaciones y transacciones reguladas por reglas de Derecho Privado es imprescindible lograr la armonización de las mismas para coadyuvar a la consecución de los objetivos económicos deseados¹⁴⁴.”

En igual sentido, se pronuncia Feldstein de Cárdenas: “... Se trata de una función subordinada a las necesidades del mercado común, de tal modo que la aproximación no se erige en un fin en sí mismo sino que está al servicio de otras acciones para el logro de los objetivos del área integrada¹⁴⁵.”

Tal como podemos apreciar el Tratado de Roma hacía referencia a la “aproximación” de legislaciones, un proceso de armonización de índole mucho más restringida, limitada respecto de cualquier tentativa de unificación de normas a nivel comunitario.

Asimismo, el Tratado de Roma disponía que los Estados Miembros en-

143. Fernández Rozas, José Carlos, “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”, en *Iberoamérica ante los procesos de integración*. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE, 2000, pp. 2 – 3.

144. Esplugues Mota, Carlos, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa”, en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, 1999, p. 483.

145. Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia, “Armonización Legislativa en áreas integradas” en *Revista Temas de Derecho Privado* N° XII, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, p. 204.

tablaran negociaciones para asegurar a favor de sus nacionales la simplificación de las formalidades para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales. Bajo este paraguas, fue celebrada la célebre Convención de Bruselas de 1968 sobre Competencia Judicial, Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en materia Civil y Mercantil. En 1988, se celebra el Convenio de Lugano sobre la misma cuestión con Estados europeos no Miembros. A su turno, en 1980, se firmó el Convenio de Roma sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales. También podemos mencionar al Convenio de Bruselas sobre procedimientos de insolvencia de 1995, que, sin embargo, nunca llegó a entrar en vigencia.

No obstante, tratándose de tratados internacionales, requerían la ratificación de todos los Estados Miembros y con la progresiva ampliación de la Unión, se debían celebrar convenios de adhesión. Además, debían contar con un Protocolo de interpretación para poder ser interpretados por el Tribunal de Luxemburgo.

Por otra parte, el instrumento propiamente comunitario utilizado en este contexto fueron las Directivas, generando, según un importante sector de la doctrina, serias dificultades e inseguridad jurídica, en primer lugar porque la directiva no excluye el pluralismo normativo y en segundo lugar, porque es susceptible de transposiciones incorrectas, incompletas, o tardías¹⁴⁶.

Por su parte, el Tratado de la Unión Europea (Maastricht, del 7 de febrero de 1992, en vigor desde el 1° de noviembre de 1993); en particular, el Título VI relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, en su artículo K.1.6 hizo expresa referencia a la cooperación judicial en materia civil como cuestión de interés común de los Estados miembros para la realización de los fines de la Unión. A este respecto el artículo K.3.2 establece que se podrá, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales”. Tales convenios “podrán disponer que el Tribunal de Justicia sea competente para interpretar las disposiciones de los mismos y dictar sentencias en los litigios relativos a su aplicación, de conformidad con las modalidades que puedan haber establecido”.

Pero el gran impulso lo brinda recién el título IV del Tratado de Ams-

146. Esplugues Mota, Carlos, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa”, en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, 1999, p. 486. En igual sentido, De Miguel Asensio, Pedro Alberto, “Integración Europea y Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, N° 2, p. 418.

terdam del 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1º de mayo de 1999, que habilita al Consejo de la Unión Europea para adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal con alcance transfronterizo para contribuir al funcionamiento correcto del mercado interior, con especial énfasis en visados, asilos, inmigración y otras cuestiones vinculadas a la libre circulación de personas.

En efecto, una de las innovaciones más importantes del Tratado de Amsterdam es que por primera vez se introdujo una mención expresa a las normas sobre conflicto de leyes y de jurisdicciones, así como el desplazamiento de la cooperación judicial en materia civil desde el tercer pilar (anterior Título VI TUE, relativo a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior) hasta el dominio estrictamente comunitario¹⁴⁷.

Desde entonces, “este sector, que tradicionalmente se entendía como una materia de pura cooperación entre los Estados, se convierte ahora, tras el Tratado de Amsterdam, en una competencia comunitaria no exclusiva, incluyendo además, no sólo el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, sino también de forma genérica, y por primera vez, el de los conflictos de leyes y de jurisdicción”¹⁴⁸.

En pocas palabras, como ha manifestado prestigiosa doctrina, desde el Tratado de Amsterdam de 1997, “...on a parlé d’une ‘communautarisation du droit international privé’, un fait qui a engendré des conséquences juridiques nouvelles non seulement pour les Etats membres de la Communauté, mais aussi pour les Etats tiers et pour les autres organisations internationales”¹⁴⁹.

La base jurídica del desarrollo del Derecho Internacional Privado europeo eran principalmente los artículos 61 y 65 del Título IV sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas.

En definitiva, la principal consecuencia que se deriva de esta reforma “es que la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en ma-

147. De Miguel Asensio, Pedro Alberto, “La evolución del Derecho Internacional Privado Comunitario en el Tratado de Amsterdam”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, 1998, N°1, ps. 373 – 376.

148. Esplugues Mota, Carlos, “Nuevas perspectivas en el proceso de armonización del Derecho Privado y del Derecho internacional privado en Europa”, en *Revista de Derecho Comunitario*, Ed. Rubinzal, 1999, p. 494.

149. Borrás, Alegría, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 317 (2005), p. 323.

teria civil pasa a ser competencia comunitaria (art. 65 TCE), lo que significa que el Consejo de la Unión podrá adoptar actos plenamente vinculantes, y controlables por el Tribunal de Justicia¹⁵⁰.

A tales fines, la UE optó principalmente por el Reglamento para elaborar normas comunitarias y uniformes de Derecho Internacional Privado. Ejemplos son el Reglamento (CE) N° 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; el Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I); el Reglamento (CE) N° 1348/2000 relativo a la notificación de los actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial; el Reglamento (CE) N° 1346/2000 sobre los procedimientos de insolvencia; el Reglamento (CE) N° 120/2001 sobre la cooperación interjurisdiccional en el campo de la obtención de pruebas en materia civil y comercial en el extranjero; el Reglamento (CE) N° 743/2002 por el que se establece un marco general comunitario de actividades con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia civil; el Reglamento (CE) N° 805/2004 por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y los más recientes: el Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); el Reglamento (CE) N° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; el Reglamento N° 1259/2010 en materia de ley aplicable al divorcio y la separación judicial; el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁵¹; el Reglamento (UE) N° 650/2012 del Parlamen-

150. Fernández Rozas, José Carlos, "Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado", en *Iberoamérica ante los procesos de integración*. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Madrid, BOE, 2000, p. 12.

151. El 6 de diciembre de 2012, el Consejo de la Unión Europea adoptó la revisión del Reglamento Bruselas I (RBI) o Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, culminando un controvertido proceso de reforma de dicho instrumento básico del Derecho internacional privado de la Unión Europea. Puede ampliarse en: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución

to Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo; el Reglamento (UE) N° 848/2015 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia; el Reglamento (UE) N° 2421/2015 de 16 de diciembre de 2015 por el que se modifican el Reglamento (CE) N° 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) N° 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo; el Reglamento (UE) N° 1103/2016 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico-matrimoniales; y Reglamento (UE) N° 1104/2016 del Consejo, de 24 de junio de 2016, con el mismo ámbito, pero en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009) por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el objetivo prioritario de la UE consiste en la creación y el establecimiento progresivo de un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia. Puede afirmarse que: “La UE respeta y acepta que cada Estado miembro es un ente soberano. Ahora bien, la UE pretende dar un paso más. A partir de dicha realidad (que no se pretende alterar) la UE tiene por objeto la creación de un auténtico espacio europeo de libertad seguridad y justicia que potencie el ejercicio de las libertades comunitarias y un efectivo comercio internacional entre los Estados miembros”¹⁵².

El Tratado de Lisboa no modifica de manera sustancial la situación previa en lo que respecta al alcance de las competencias comunitarias específicas en el ámbito del Derecho Internacional Privado.

En efecto, los aspectos salientes del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁵³. Dicha disposición es la única que integra el Ca-

de resoluciones”, en *La Ley*, XXXIV (8013), de 31 de enero de 2013, pp. 1 – 4.

152. Ortiz Vidal, María Dolores, “Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho internacional privado”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, N° 1 (2010), p. 385, disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/109/107> [Consulta: 10/04/2019].

153. El artículo 81 TFUE prevé que en el desarrollo de la cooperación judicial en asuntos

pítulo titulado “Cooperación judicial en material civil” que forma parte del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la Tercera Parte del TFUE y aporta unos pocos agregados pero significativos, en especial, la referencia a la tutela judicial efectiva y a los métodos alternativos de resolución de litigios¹⁵⁴.

En suma, a lo largo de la existencia de la actual Unión Europea, su papel en relación con el Derecho Internacional Privado ha cambiado radicalmente con respecto al que tenía hace no muchos años: “en primer lugar, hemos asistido a un cambio cuantitativo, pues, como se ha visto, son muchas más las normas de derecho internacional privado de la UE potencialmente aplicables, en detrimento de las normas de origen estatal y, en muchos casos también, de las normas de origen convencional. Incluso en los aspectos no unificados se impone (...) adaptar las normas a las peculiaridades de este espacio de integración. En segundo término, estamos asistiendo también a un cambio de tipo cualitativo, pues el papel de los Estados miembros se está difuminando en favor de la UE, que está adoptando normas de carácter *erga omnes* con las que desplaza por completo a los derechos estatales, y va asumiendo progresivamente las competencias negociadoras en el ámbito externo. Este último aspecto está afectando igualmente a los métodos de trabajo de otras organizaciones internacionales”¹⁵⁵.

civiles la Unión adoptara “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior” medidas para garantizar:

- a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;
- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.”

154. Puede ampliarse en: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, “El Tratado de Lisboa y el Derecho internacional privado”, en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2009/12/el-tratado-de-lisboa-y-el-derecho.html>, publicado el 10 de diciembre de 2009 [Consulta: 10/04/2019].

155. Campuzano Díaz, Beatriz, “La política legislativa de la UE en Dipr. de familia. Una valoración de conjunto”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2013), Vol. 5, Nº 2,

Por último, cabe destacar que las normas supranacionales de Derecho Internacional Privado de la UE tienen un rol preponderante por su aplicabilidad inmediata y efecto directo, pero sobre todo por su primacía respecto a los derechos internos. A tal punto que prestigiosa doctrina se ha preguntado si ante la aparición de las normas comunitarias, en la actual etapa de la evolución, es necesario desarrollar o no normas estatales, de fuente interna, en el área del Derecho Internacional Privado. La respuesta es afirmativa, porque todavía hay un importante espacio para el Derecho Internacional Privado autónomo. De hecho, es fácil ver, por un lado, que las reglas iusprivatistas comunitarias no cubren todas las áreas que son objeto de nuestra materia. Por otra parte, incluso en ámbitos donde están presentes normas de la Unión Europea, no conllevan a una sustitución total del legislador estatal, nacional; por el legislador comunitario.

Por otro lado, también cabe interrogarse sobre la necesidad de un Derecho Internacional Privado en el seno de la Unión Europea si la legislación material de los Estados miembros se unifica progresivamente. Pero esta posibilidad es demasiado incierta o bien se refiere a un futuro muy lejano. Por ahora, podemos contar sólo unas pocas iniciativas que se mueven hacia un Derecho privado europeo en el ámbito de los contratos. Además, la aproximación de las legislaciones no significa su unificación. Y de todos modos, un Derecho Internacional Privado nacional, será en cualquier caso necesario para las relaciones con terceros Estados en los ámbitos que quedan afuera de las reglas comunitarias¹⁵⁶.

La situación en el Mercosur

El Tratado de Asunción de 1991, por el que se constituye el Mercosur, entre sus objetivos, enuncia el “compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (artículo 1°).

Nos encontramos con una norma de derecho constitutivo que pone en cabeza de los Estados Partes, la obligación de armonizar sus legislaciones en determinados sectores, áreas jurídicas que se consideren pertinentes en tanto y en cuanto ello resulte necesario para la consolidación del mercado común.

Poco tiempo después de la suscripción del Tratado de Asunción, el Mi-

pp. 234-264. Disponible en: www.uc3m.es/cdt, p. 237. [Consulta: 10/04/2019].

156. BORRÁS, Alegría, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des cours*, Tomo/Volumen 317 (2005) pp. 524 – 525.

nisterio de Justicia de la República Argentina propició ante el Poder Ejecutivo (PEN) la incorporación a su estructura orgánica de una Dirección específicamente destinada al cumplimiento de tales cometidos en el ámbito del Mercosur.

Así fue como por Decreto 1570/91 (B.O. 27 de septiembre de 1991), el Ministerio incorporó a su estructura, la Dirección de Derecho Comunitario, con la finalidad de “estudiar y elaborar proyectos y modificaciones del ordenamiento normativo, tendiente a la compatibilización o unificación de nuestro derecho, con el de los Estados integrantes del Acuerdo Mercosur, en cuanto a la circulación de personas, bienes, servicio, capitales y tecnología”.

Por Decreto 2358/93 (B.O. 23 de noviembre de 1993), se la sustituyó por la Dirección de Derecho de la Integración, ampliando su ámbito de actuación y competencia, siéndole asignada la responsabilidad primaria de “Asistir al Secretario de Justicia en el estudio y elaboración de anteproyectos y proyectos normativos para la compatibilización o integración de nuestro derecho con el de los Estados ratificantes del Acuerdo Mercosur, dentro del marco de todos los acuerdos de integración en los que Argentina sea parte”.

A su turno, nuestro Ministerio de Justicia decidió convocar a sus pares de los Estados miembros a una reunión de trabajo, que se celebró entre el 23 y el 25 de octubre de 1991. En dicha oportunidad, los representantes de los ministerios de justicia concluyeron que el mecanismo idóneo para el cumplimiento de las incumbencias propias en el ámbito del Mercosur era el de que sus Ministros debían celebrar encuentros periódicos “con el objeto de lograr la armonización del Derecho, e impulsar la cooperación jurídica como instrumentos para la mejor realización de la justicia en el área”. Asimismo, se acordó la conveniencia de la constitución de una Comisión Técnica “para establecer un régimen permanente de trabajo entre los distintos Ministerios competentes para asegurar la continuidad de los objetivos previstos en el Tratado de Asunción”.

Finalmente, por Decisión N° 08/91 del Consejo del Mercado Común (CMC) se creó la Reunión de Ministros de Justicia, que tiene como finalidad proponer las medidas tendientes al desenvolvimiento de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados Partes. En consecuencia, en cada uno de los Estados se designaron representantes de los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores para integrarla.

La Reunión de Ministros de Justicia generalmente se reúne cada seis meses, siendo convocada por el Ministro del Estado que tiene la presidencia pro tempore del Mercosur y quien preside el semestre.

En este contexto, se fueron elaborando normas de Derecho Internacional

Privado sobre algunos aspectos específicos. Así se optó por comenzar con áreas que no parecían ofrecer resistencias: la cooperación internacional y la jurisdicción internacional. De este modo, comenzó a elaborarse la dimensión autónoma del Derecho Internacional Privado del Mercosur, integrada por Protocolos, entre los que cabe mencionar el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (1992), el de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (1994), el de Ouro Preto de Medidas Cautelares (1994), el de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito (1996), el de Asistencia Jurídica mutua en Asuntos Penales (1996), todos ellos vigentes en los cuatro Estados Miembros, y el de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo (1996), no en vigor.

Tal como podemos apreciar, el instrumento elegido para ello fue, en un primer momento, el Protocolo. Es decir, acuerdos complementarios al Tratado de Asunción.¹⁵⁷ Cuando se incorporaron a las negociaciones los dos primeros Estados Asociados, Bolivia y Chile, se implementó un nuevo instrumento: los acuerdos, que a diferencia de los Protocolos, no quedan sometidos automáticamente al sistema general de solución de controversias del Mercosur. A partir de entonces, se celebraron acuerdos homónimos o gemelos, uno para los Estados miembros plenos del Mercosur, y otro para el denominado Mercosur ampliado, “cuatro más uno”: Mercosur más Bolivia y/o Chile. Por ejemplo, el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile (2002), el Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile (2001), el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur (1998) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile (1998), el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados partes del Mercosur (1998) y el Acuerdo del mismo nombre entre los Estados partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile (1998), el Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados partes del Mercosur (2000) y el Acuerdo del mismo nombre entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile (2000), el Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Contrato de Transporte Internacional de carga entre los Estados partes

157. Todo Estado que adhiera al Tratado de Asunción, automáticamente acepta los Protocolos complementarios.

del Mercosur (2002) y el Acuerdo homónimo entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile (2002), entre otros.

Según podemos ver, varios Protocolos y Acuerdos han sido celebrados en el seno del MERCOSUR sobre cuestiones atinentes al Derecho Internacional Privado, y otros tantos proyectos y propuestas se han elaborado, que aún no han entrado en vigor. Entre estos últimos, destacan el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial (Decisión CMC N° 58/2012, no vigente), así como el Acuerdo del Mercosur sobre Derecho Aplicable en materia de Contratos Internacionales de Consumo (Decisión CMC N° 36/2017).

No obstante, los progresos realizados, debido al carácter intergubernamental del Mercosur, sumado a la carencia de primacía, aplicabilidad inmediata y efecto directo de sus normas de derecho constitutivo y derivado, no se ha generado una nueva fuente normativa para el Derecho Internacional Privado de la región, distinta al derecho interno e internacional, como en cambio, ha sucedido con las normas supranacionales de la Unión Europea.

A modo de colofón

La dimensión jurídica de los procesos de integración regional, comprendiendo las reglas de Derecho Internacional Privado previstas en su seno, responde en última instancia a la voluntad política de los Estados, a lo que ellos quieren que sea el marco normativo que va a regir las relaciones que se entablen en su ámbito.

En consecuencia, las características del derecho de la integración de cada proceso varían en cada caso, cada esquema es singular, y merece que los estudiosos de estos temas indagemos en profundidad en sus notas tipificantes, y nos interroguemos cuales son los motivos por los cuales los Estados eligieron un determinado modelo de toma de decisión. Conociendo cuáles son realmente los factores que llevaron a los Estados a delegar o no ciertas competencias, a crear en definitiva un orden supranacional, al estilo de la Unión Europea, o un sistema intergubernamental, como es el Mercosur, nos permite realizar propuestas realistas y potencialmente eficaces para fortalecer los procesos existentes, así como aquellos que se constituyan en el futuro de nuestra región.

Capítulo III:

Organizaciones internacionales, la economía y las relaciones con el consumidor

Coordinador: Ezequiel N. Mendieta

Autores: Martina L. Rojo

Liliana Bertoni

Luciane Klein Vieira

Gabriel Fidel

Ezequiel N. Mendieta

Presentación.

Por Ezequiel N. Mendieta

El siglo XXI ha traído una serie de desafíos a los Estados de todas partes del globo. La hiperconectividad, la obtención de información al instante, sumado a los demás efectos de la globalización, obligan a las naciones a adoptar nuevas políticas para atender a las necesidades de los habitantes surgidas de estos fenómenos.

En este contexto, el consumidor no ha quedado exento de las consecuencias de la globalización. Por el contrario, el comercio electrónico y el turismo son dos variables que muestran el impacto de la globalización. Ante ello, las decisiones individuales que cada Estado adopte para lidiar con las problemáticas a las cuales se enfrentan los consumidores transnacionales no alcanzan para brindar una adecuada protección a dichos sujetos. Por consiguiente, es necesario abordar otros mecanismos para poder enfrentar los nuevos desafíos que se presentan, ante lo cual las organizaciones internacionales aparecen como una vía para encontrar mecanismos internacionales para la solución de los problemas de los consumidores en este contexto transnacional.

En este capítulo, se expondrán las diferentes iniciativas llevadas adelante por organismos internacionales para la protección de los consumidores, las cuales ofrecen la posibilidad de establecer pautas comunes para luego los Estados elaboren las políticas de protección adecuadas a las necesidades particulares de cada uno de ellos.

En las páginas siguientes, se podrán encontrar diversos enfoques acerca

del tema planteado en este capítulo, explorando la actuación de los diversos organismos internacionales en materia de derechos del consumidor.

En primer lugar, MARTINA L. ROJO expondrá la protección del consumidor desde la perspectiva internacional, explorando las actuaciones de diversos organismos internacionales tales como la Organización de las Naciones Unidas o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, como así también de diversos organismos privados de actuación internacional como *Consumer International*.

Por su parte, LILIANA BERTONI desarrollará los desafíos actuales que hacen que la gobernanza global precise ser claramente definida en sus alcances y necesite reformular conceptos, reconstruir sus bases desde la negociación y concertación entre todos los Estados para poder lograr efectividad en sus propósitos y recuperar la credibilidad y la confianza depositada en ella en otros tiempos.

A su vez, LUCIANE KLEIN VIEIRA abordará la cuestión del acuerdo del MERCOSUR sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales en los cuales se encuentren involucrados los consumidores. De este modo, pretenderá analizar los términos del Acuerdo, que una vez vigente insertará normas inéditas en el derecho de fuente convencional autónoma de los Estados Partes del MERCOSUR, a fin de determinar si podrá contribuir para la adopción de un estándar de protección internacional del consumidor, en la zona integrada. Asimismo, analizará la vulnerabilidad de los consumidores turistas, la necesidad de aplicar el derecho más favorable al consumidor transnacional entre otros temas, todo ello desde la óptica del MERCOSUR.

En sintonía con ello, GABRIEL FIDEL expondrá la necesidad de reimpulsar la integración regional. En virtud de ello, recorrerá la historia reciente de las diversas iniciativas regionales para la unión de las naciones latinoamericanas, esbozando los diversos resultados que todas ellas han tenido. Asimismo, planteará los desafíos pendientes y la necesidad de encarar un nuevo proceso de integración acorde a los tiempos actuales.

Por último, EZEQUIEL N. MENDIETA realizará un breve comentario sobre el rol del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta que se trata del foro internacional más grande e integral que existe en la materia. Por consiguiente, expondrá cómo a través de las funciones encomendadas en las Directrices para la Protección del Consumidor permiten profundizar la cooperación internacional en la búsqueda de soluciones globales que aquejan a los consumidores de todos los rincones del mundo.

Sin más preámbulo, se da lugar a los diversos trabajos mencionados para contribuir a la reflexión sobre las nuevas problemáticas del mundo moderno y las posibles soluciones que podrían darse.

La protección de los consumidores desde la perspectiva internacional

Por Martina L. Rojo¹⁵⁸

Sumario: I. Introducción. II. Las organizaciones internacionales. A. La ONU. B. La OCDE. C. La OMC. D. El G20. III. Los actores privados: la sociedad civil y las empresas. A- La sociedad civil. B. Las empresas. IV. Conclusiones

Introducción

Estamos inmersos en la globalización, todos la vivimos, lo importante es “entenderla”. Por ello resulta importante tomarse el tiempo de reflexionar y de reunirse a conversar sobre estos temas tan relevantes sobre la “Integración y Gobernanza”. En este trabajo proponemos reflexionar juntos sobre la protección del consumidor en su enfoque internacional.

“Todos somos consumidores”, señaló el presidente estadounidense Robert F Kennedy en su histórico discurso ante el Congreso de su país el 15 de marzo de 1963. Veinte años después del mismo, comenzamos a celebrar el Día Mundial de los Derechos de los Consumidores para conmemorarlo¹⁵⁸.

Las leyes de protección de los derechos de los consumidores en ciertos países, como en EEUU y Francia, se desarrollaron desde fines de los años sesenta¹⁵⁹ y evolucionaron para buscar compensar el desequilibrio de poder comercial, económico y de información, inherente a la relación de consumo entre consumidor y proveedor.

En los países de nuestra región vivimos hasta los años noventa regidos por normas civiles que consideraban a los contratos de consumo como contratos civiles, salvo algunas excepciones. Las relaciones de consumo no

158. Abogada USAL, LLM The University of Georgia, Profesora Titular Derecho Económico Internacional, USAL

159. PAISSANT Gilles (2007), Conferencia: La Protección a los Consumidores en el Derecho Francés, Formación Aspirantes. Conocimiento abierto y colaborativo para Aspirantes de la Escuela Nacional de Judicatura de la República Dominicana, en: <https://aspirantesenj.wordpress.com/2007/06/05/conferencia-la-proteccion-a-los-consumidores-en-el-derecho-frances/>

estaban conceptualizadas como tales y los consumidores debíamos resignarnos ante los incumplimientos o, en el mejor de los casos, esperar que el reclamo fuera satisfecho por el proveedor, basado en su propio interés de preservación de su buen nombre y cuidado de la clientela, casi como un acto de bondad de su parte.

En el Cono Sur fue la República Federativa del Brasil la que primero sancionó su excelente¹⁶⁰ “Codigo de Defesa do Consumidor”¹⁶¹ en 1990. Pronto hicieron lo propio la Argentina en 1993 (ley 24240)¹⁶², Chile en 1997 (ley 19446)¹⁶³, Paraguay en 1998 (ley 1334)¹⁶⁴, Uruguay en 2000 (ley 17250)¹⁶⁵, finalmente, Bolivia en 2013 (ley 453)¹⁶⁶. También debemos destacar que en varios de nuestros países la protección de los consumidores ha adquirido jerarquía constitucional. Así fue en Argentina en 1994¹⁶⁷.

Celebramos la inclusión de este tema en este libro, ya que la protección de los derechos de los consumidores, como derecho humano fundamental, está en el centro de muchas discusiones sobre gobernanza y cooperación internacional.

Las organizaciones internacionales

A. La ONU

El documento internacional más importante y, aun hoy, el único a nivel global que encontramos sobre la protección de los consumidores a nivel global es el de las “Directrices de la ONU para la protección al consumidor”, que fueron adoptadas por la ONU en 1985 (Res. 39/248)¹⁶⁸.

Partimos de la influencia del “soft law” (es decir los “cuerpos norma-

160. MONTI Eduardo J., *Derecho de Usuarios y Consumidores*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2017, p. 50

161. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm

162. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/txact.htm>

163. <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-59300.html>

164. http://www.mic.gov.py/v1/sites/172.30.9.105/files/Ley%2016_0.pdf

165. <http://www.impo.com.uy/bases/leyes/17250-2000>

166. https://www.economiayfinanzas.gob.bo/index.php?opcion=com_contenido&ver=contenido&id=3110&id_item=234&seccion=230&categoria=327

167. RUSCONI Dante (Director), *Manual de Derecho del Consumidor*, 2ed, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 63.

168. RUSCONI, p. 46.

tivos no estatales de aplicación convencional¹⁶⁹) en la protección de los derechos de consumidores, tema que está también íntimamente unido a la relación “empresa-derechos humanos”.

Es que justamente el mencionado documento, las “Directrices de la ONU para la protección al consumidor”, es un soft-law que fue adoptado por la ONU en 1985 (Res. 39/248). El mismo ha tenido un gran impacto en la protección al consumidor en países desarrollados y en desarrollo.

El documento fue actualizado en 1999, para agregar cuestiones de consumo sustentable. Posteriormente, en julio de 2013 se decidió su modernización con temas de servicios financieros, aplicación de las leyes, e-commerce y otros temas¹⁷⁰. El nuevo texto fue aprobado en diciembre de 2015 (Resolución 70/186 del 22 de diciembre de 2015)¹⁷¹.

Es dable destacar que el anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor argentina, presentado al Congreso de la Nación a fines de 2018, “*propone una profunda actualización de contenidos, ampliación del espectro de principios rectores y consolida el diálogo de fuentes con el Código Civil y Comercial de la Nación. Se nutre de la experiencia comparada —especialmente latinoamericana— aunque en línea con las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, las normas desarrolladas en los sistemas de integración —como el del Mercosur y de la Unión Europea, y las diferentes recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), entre otras.*”¹⁷²”.

B. La OCDE

Como recordamos, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)¹⁷³ fue fundada en 1961 y agrupa a 36 países miembros. Su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y so-

169. ALEGRÍA Héctor (2013), “El Derecho Comercial y sus principales problemáticas”, La Ley Sup. Act. 12/03/2013, 1, Cita Online: AR/DOC/1054/2013.

170. RUSCONI, p. 50.

171. https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ares70d186_es.pdf

172. STIGLITZ, Gabriel A., BLANCO MUIÑO, Fernando, D'ARCHIVIO, María Eugenia, HERNÁNDEZ, Carlos A., JAPAZE, María Belén, LEPÍSCOPO, Leonardo, OSSOLA, Federico A., PIZASSO, Sebastián, SOZZO, Cósimo Gonzalo, TAMBUSI, Carlos E., VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y WAITRAUB, Javier H. (2019), “Sobre algunas claves e innovaciones del anteproyecto de ley de defensa del consumidor”, Publicado en: Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 1, Cita Online: AR/DOC/588/2019.

173. <http://www.oecd.org/about/>

cial de las personas alrededor del mundo. La OCDE ofrece un foro donde los gobiernos pueden trabajar conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a los problemas comunes. Procura entender que es lo que conduce al cambio económico, social y ambiental. Mide la productividad y los flujos globales del comercio e inversión. Analiza y compara datos para realizar pronósticos de tendencias y fija estándares internacionales dentro de un amplio rango de temas de políticas públicas¹⁷⁴. De América latina son miembros Chile y México, en mayo de 2018 se aprobó Colombia y está en adhesión Costa Rica.

Funciona en la OCDE un “Committee on Consumer Policy” (CCP)¹⁷⁵ y encontramos influyentes documentos de soft-law sobre el tema que nos ocupa. Entre ellos ha tenido relevancia, el “Consumer Policy Toolkit”,¹⁷⁶ de 2010, que es una guía práctica que “examina como han evolucionado los mercados y plantea propuestas para diseñar mejores políticas orientadas a los consumidores”¹⁷⁷.

También destacamos el portal global de recalls o alertas de productos, el documento sobre protección de los consumidores en plataformas de mercados de pares y la confianza en los mismos¹⁷⁸ (PEER PLATFORM MARKETS) de 2016, el documento sobre “Consumer Protection in E-commerce”¹⁷⁹ de 2016 y algunos anteriores como las “Directrices de la OCDE para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas”¹⁸⁰ del año 2003 y la Recomendación de la OCDE sobre resolución de disputas y resarcimiento a consumidores¹⁸¹ del año 2007.

Por último y, aunque más anecdótico, señalamos que el año pasado se llevó adelante en nuestra Dirección Nacional de defensa del consumidor

174. HERDEGEN Matthias, *Principles of International Economic Law*, 2ed, RU, Oxford University Press, 2016, p. 35.

175. <https://www.oecd.org/sti/consumer/>

176. <https://www.oecd.org/going-digital/topics/digital-consumers/toolkit-for-protecting-digital-consumers.pdf>

177. https://read.oecd-ilibrary.org/governance/consumer-policy-toolkit/summary/spanish_9789264079663-sum-es#page1

178. https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/trust-in-peer-platform-markets_1a893b58-en

179. <https://www.oecd.org/internet/consumer/ECommerce-Recommendation-2016.pdf>

180. https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/directrices-de-la-ocde-para-la-proteccion-de-los-consumidores-de-practicas-comerciales-transfronterizas-fraudulentas-y-enganosas_9789264065840-es

181. <https://www.oecd.org/mexico/40060255.pdf>

del Ministerio de Producción y Trabajo, un taller conjunto con las autoridades de la Federal Trade Commission de los EE.UU. en el cual se trataron, entre otros temas, la influencia de los principios emanados por la OCDE, especialmente de aquellos vinculados con la defensa de los consumidores, como los de e-commerce, en los procesos de adhesión de los países a dicho organismo internacional¹⁸².

En la Argentina, que aspira a su incorporación a la OCDE, es entonces éste un tema que no puede dejar de debatirse.

C. La OMC

Si bien es cierto que en los años noventa, apenas creada la Organización Mundial del Comercio (de 1995) se alzaron voces orientadas a la importancia del respeto de los derechos de los consumidores en el comercio global, actualmente la temática del consumidor ha sido dejada totalmente de lado de la agenda de esta organización.

Cito las palabras del Sr. Poul Nielson, Ministro de Cooperación para el Desarrollo de Dinamarca en la Conferencia Ministerial de Singapur de diciembre de 1996: *“Si el consumidor entiende que la OMC no se interesa por sus preocupaciones principales, la OMC y la meta de la liberalización del comercio perderán apoyo público (...). Para que la OMC mantenga su credibilidad, tendrá que responder de manera adecuada a una preocupación pública de la máxima prioridad. Habrá que seguir trabajando a partir del resultado que se ha obtenido.”*¹⁸³

No resulta muy entusiasmante la evolución o más bien involución dada sobre la temática de protección de los consumidores en el ámbito de la OMC.

D. El G20

El G20, está compuesto por la Unión Europea y 19 países: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica y Turquía.

El G20 comenzó como un foro de ministros de Finanzas y presidentes de bancos centrales¹⁸⁴. Fue creado el 25 de septiembre de 1999 en una reunión

182. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/ii-taller-sobre-estrategias-de-proteccion-al-consumidor-en-argentina-y-estados-unidos>

183. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/st6.pdf.

184. HERDEGEN, p. 36.

de ministros de Finanzas del G7, que vieron la necesidad de contar con un grupo más inclusivo, que genere un mayor impacto.

En 2008, durante la crisis financiera internacional, el mundo vio la necesidad de generar nuevos consensos entre los funcionarios de más alto rango. A partir de entonces, las cumbres del G20 comenzaron a incluir también reuniones a nivel de jefes de Estado y de Gobierno, y la agenda se amplió. En conjunto, los miembros del G20 representan el 85% del producto bruto global, dos tercios de la población mundial y el 75% del comercio internacional. Además, los debates del G20 se ven enriquecidos por la participación de las organizaciones internacionales socias, los países invitados y los grupos de afinidad, que representan a distintos sectores de la sociedad civil.

La agenda del G20 es anual e incluye más de 50 reuniones, potenciadas por mesas de trabajo y discusiones entre miembros permanentes e invitados. El trabajo se canaliza por el “Canal de Finanzas” que abarca las reuniones entre ministros de Finanzas y presidentes de bancos centrales y el “Canal de Sherpas” que abarca los temas no financieros, como el compromiso político, la lucha contra la corrupción, el desarrollo, la igualdad de género, el comercio y energía y la protección de los consumidores, entre otros. El ciclo concluye con la Cumbre de Líderes, donde se firma una declaración final por la que los líderes se comprometen a abordar y colaborar en los temas tratados.

El G20, o Grupo de los 20, es hoy el principal foro internacional para la cooperación económica, financiera y política. Aborda los grandes desafíos globales y busca generar políticas públicas que los resuelvan. Su rol clave es reconocido inclusive por los líderes de organismos más formales, como la OCDE. En 2018, la jefa de gabinete de la OCDE Gabriela Ramos declaraba a La Nación que: *“los encuentros como los del G20 generan las reglas globales para que todos juguemos con esas reglas”*.¹⁸⁵

Por ello la inclusión, desde 2017 de la protección de los consumidores, mediante una “Cumbre del Consumidor” del G20 es un hito fundamental en la visualización de la cuestión a nivel global. En la Cumbre de Hamburgo, en 2017, los líderes acordaron limitar el proteccionismo, comprometerse con un sistema de comercio internacional regulado y favorecer políticas que repartan los beneficios de la globalización. Como decíamos, en 2017 en Berlín se celebró la primera “Cumbre del G20 del Consumidor”. En la misma, nuestro país, como siguiente presidencia del grupo, *“se comprometió a continuar impul-*

185. URIEN Paula (2018), *“Temas clave del G20: género, regulación de Uber y educación”*, La Nación, Empleos, 16-09-18.

*sando las acciones sobre defensa del consumidor en el seno del G-20*¹⁸⁶.

Así fue que tuvo lugar la segunda “Cumbre del G20 del Consumidor” en mayo 2018, en Buenos Aires.¹⁸⁷ Su objetivo principal fue “*seguir posicionando la temática de la defensa de los consumidores en la agenda global, y para continuar con la reinserción inteligente de Argentina en los foros y ámbitos de debate internacionales*”¹⁸⁸.

Los actores privados: la sociedad civil y las empresas

A- La sociedad civil

El primer punto que queremos señalar en este sentido es que en esta área del Derecho fue clave la iniciativa de la sociedad civil internacional.

La sociedad civil está representada en este tema a través de “Consumers International” (CI)¹⁸⁹, antes conocida como “Organización Internacional de Uniones de Consumidores” (IOCU, según sus siglas en inglés). Esta entidad se puso en marcha en 1960 por iniciativa de un grupo de cinco organizaciones de consumidores de los Estados Unidos, Europa Occidental y Australia. Es el actor clave de la acción de los consumidores a nivel global.

Consumers International (CI) es la federación mundial de organizaciones de consumidores con sede central en Londres (RU). Es la única organización de consumidores que trabaja junto con sus asociados en el área de consumo a nivel mundial, con más de 250 organizaciones miembros distribuidas en 120 países, actuando como la voz global autorizada e independiente de los consumidores. Los principios de la organización se fundan en el derecho a la libertad de opinión, de reunión y de asociación establecidos en la Declaración de Derechos Humanos, buscando el progreso de leyes internacionales y nacionales que promuevan los derechos humanos, la protección del consumidor, la protección de los ecosistemas, el desarrollo sostenible y otros bienes públicos. El desarrollo de esos principios se lleva a cabo, entre otros, a través de la independencia, la abogacía responsable, la transparencia, la información, la no discriminación, la gestión profesional, la crítica pública y la realización de programas eficaces para el desarrollo de

186. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/argentina-sera-sede-de-la-cumbre-del-consumidor-del-g-20>

187. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/argentina-sera-sede-de-la-cumbre-del-consumidor-del-g-20>

188. *Idem*.

189. <https://www.consumersinternational.org/>

las políticas y estrategias de consumo.¹⁹⁰

Al día de hoy se constituye en la voz de los consumidores, hasta el punto de poseer status consultivo en la ONU y en el Codex Alimentarius Commission¹⁹¹ (organismo internacional que establece las normas alimentarias).

El Programa de Justicia y Protección al Consumidor de Consumer International es liderado por el abogado y profesor argentino, Antonino Serra Cambaceres. Mediante el mismo, CI promueve iniciativas para mejorar los derechos legales y sociales de los consumidores. También trabaja en temas de comercio internacional y acuerdos comerciales. Gracias a la labor de este programa, la sociedad civil fue escuchada en el proceso de revisión de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor concluido en 2015.

B. Las empresas

La relación “empresa-derechos humanos” es un tema de gran relevancia y actualidad para nuestro país ya que se vincula al Plan Nacional de Acción en Empresas y DDHH, lanzado por el Poder Ejecutivo en julio de 2018. Asimismo esto se relaciona directamente con el proceso de adhesión a la OCDE y a los compromisos asumidos en el marco del G20 en 2018.

La cuestión comienza a formalizarse, a nivel internacional, con la adopción de los Principios Rectores en Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas (2011) los que dieron lugar a la discusión y aprobación en distintos países de los llamados “Planes Nacionales de Acción en Empresas y Derechos Humanos”. Esta cuestión, parte esencial de la “Responsabilidad Social Corporativa” no es ninguna novedad en si misma. Ya hace más de veinte años que se discute la cuestión en el ámbito empresarial, aunque los abogados argentinos nos hemos limitado a estudiar la temática en su relación al “objeto social” y no a su verdadero espíritu una concepción ética de la actuación empresarial.

El elemento de soft-law más importante e iniciático de la cuestión “empresas-derechos humanos” fue el “Pacto Global de Naciones Unidas”¹⁹², el cual dio lugar a “Pacto Global Argentina”, como la iniciativa de responsabilidad social corporativa más grande del país. Integran este Pacto, empresas, instituciones educativas y organizaciones de la sociedad civil que

190. <https://cecu.es/index.php/area-internacional/49-consumers-internacional/152-consumers-internacional>

191. <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/home/es/>

192. HERDEGEN, p. 44.

se comprometen a cumplir diez principios para proteger los derechos humanos, para garantizar los mejores estándares laborales, para preservar el medio ambiente y para luchar contra la corrupción¹⁹³. Su accionar se organiza mediante “grupos de trabajo”, con una metodología de trabajo participativa, con actividades de formación e intercambio de prácticas con pares de diferentes industrias y de vinculación con expertos de la sociedad civil y de las Naciones Unidas. Más de 100 organizaciones de la Red Argentina del Pacto Global participan actualmente en estos 4 grupos de trabajo¹⁹⁴.

Hay quienes dicen que el tema de la responsabilidad social de las empresas pasó de moda. No estamos de acuerdo. Coincidimos con Luis Ulla, director del IARSE (Instituto Argentino de Responsabilidad Empresarial) en el “*El día que pase de moda la RSE, pasa de moda el género humano. El día que ‘pase la moda’ de cuidarnos entre los seres humanos, de cuidar el planeta, de cuidar los más vulnerables, los que vamos a estar fuera de moda somos los seres humanos, no el tema.*”¹⁹⁵

En el plano conceptual, la idea inicial de que la responsabilidad social corporativa se limitaba a acciones de filantropía esta totalmente superada. Hoy hablamos de la manera en que las empresas se desenvuelven frente a la comunidad y qué tipo de gobierno y sociedad están ayudando a construir¹⁹⁶. Asimismo estos análisis van siempre contextualizados en la realidad regional de que se trate.

Es ésta la clave que liga al tema con la cuestión general analizada en el libro, la “Integración y Gobernanza”.

Aunque ya hay quienes sostienen que debe elevarse la discusión del concepto de “Responsabilidad Social Empresarial” al de “Debida Diligencia” respecto a los tres grandes pilares de los señalados Principios Rectores de la ONU (deber de proteger los derechos por parte de los gobiernos, deber de respetar los mismos por parte de las empresas, y necesidad de poner en marcha mecanismos idóneos para remediar de manera conjunta en casos de posibles afectaciones y/o vulneraciones generadas por actividades

193. PETERSMAN Ernst Ulrich, *International Economic Law in the 21st Century*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2012, p. 227.

194. Generación de conciencia y capacidades en el sector empresarial: nuestros grupos de trabajo, 14 de marzo de 2019, en: <http://pactoglobal.org.ar/novedades/generacion-de-conciencia-y-capacidades-en-el-sector-empresarial-nuestros-grupos-de-trabajo/>

195. BLANCO Christian (2018), “Con más de 20 años en el país, la Responsabilidad Social Empresaria, ¿pasó de moda”, 2-8-18, en: <http://infonegocios.info/enfoque/con-mas-de-20-anos-en-el-pais-la-responsabilidad-social-empresaria-paso-de-moda>

196. BLANCO, ídem.

empresariales)¹⁹⁷, consideramos que en Argentina este tema no se encuentra debidamente incorporado en los análisis jurídicos sobre regulación del mercado, gobernanza e integración.

Los aspectos esenciales que se relacionan con el accionar de las empresas tienen que ver con el respecto a los derechos humanos en la propia actividad productiva y respecto de sus proveedores y distribuidores. Ello incluye la cuestión de la igualdad de sexos, el cuidado del medio ambiente, el desarrollo sostenible. Hoy se *habla de no solamente de activo y pasivo económico sino de activos y pasivos sociales, ambientales y éticos y de la dimensión comunitaria*¹⁹⁸.

La prestigiosa revista FORBES, en su edición argentina nos decía en septiembre de 2017 que “Ya no hay vuelta atrás: la conciencia (ambiental, social y también, claro, empresarial) llegó para quedarse”¹⁹⁹. Nos señala el artículo las áreas en las cuales las empresas que operan en Argentina han invertido más esfuerzos: Educación, empleo, economía circular, apoyo a comunidades vulnerables e impacto²⁰⁰.

Conclusiones

Si bien el Derecho del Consumidor ya ha cumplido ampliamente la mayoría de edad en casi todos nuestros países, la realidad muestra que su eficacia es aun relativa en muchos casos.

A ello se suman los nuevos desafíos que la tecnología nos presenta, al ya señalado ejemplo de las plataformas “peer to peer” (tuve el honor de participar en un libro de análisis comparado global sobre la regulación de UBER, editado en Bélgica en 2018²⁰¹, debemos agregar, por ejemplo, los desafíos que provienen del “blockchain”).

Sobre blockchain leíamos en septiembre del año pasado, “*así como un día apareció Internet en la vida de todos, desde hace unos años la tecnología disruptiva es blockcahin. En la Argentina, como en el resto del mundo empieza de a poco a impregnar cada sector de la economía y a atravesar los distintos verticales (o*

197. ZARAMA Germán (2017), “*Ley de RSE en Argentina. Intersección entre Debida Diligencia y DDHH*”, 12-11-17. <http://equilibriumglobal.com/ley-responsabilidad-empresaria-argentina-comentarios-german-zarama/>

198. BLANCO ídem.

199. FORBES ARGENTINA, “*¿En qué invierten las grandes empresas argentinas en RSE?*”, 28-9-17, en: <http://www.forbesargentina.com/empresas-argentinas-en-rse/>

200. FORBES, Idem

201. NOUGUELLU Rozen y RENDERS David (editores), *Uber and Taxis. A Comparative Law Study*, Bélgica, Ed. Bruylant, 2018.

segmentos) de la industria: trazabilidad, firma digital, finanzas, retail, agro, música y gobierno.”²⁰² En un reciente libro editado por el estimado Franck Marmoz, decano honorario de la Faculté de Droit de la Université Lyon 3 Jean Moulin leíamos que tanto la Internet como la blockchain son “outils” (herramientas), no “lieux” (lugares) y que por ello debe dejarse de lado el mito de la regulación de la técnica de blockchain para aprehender la realidad de la reglamentación de las actividades desarrolladas mediante esta técnica²⁰³. Pero este es otro tema, dejémoslo para futuros estudios.

Tenemos mucho trabajo por delante, imposible aburrirnos.

202. MANZONI Carlos (2018), “Blockchain avanza en la vida cotidiana y abarca cada vez más áreas”, La Nación, Economía, 16-09-18, p. 8.

203. FRANCK MARMOZ (Director), *Blockchain et Droit*, Paris, Ed. Dalloz, 2018, p. 57.

Gobernanza e Integración Regional. Factores externos e internos que deterioran los procesos de integración regional

Por *Liliana Bertoni*²⁰⁴

Sumario: Introducción. I. Los procesos de integración en Latinoamérica. II. Los antecedentes y los nuevos proyectos. III. Las integraciones post noventa. IV. Consideraciones Finales

Introducción

El Derecho Internacional y el funcionamiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) pilares de la organización de la vida en la sociedad internacional y de la dinámica en su conjunto del sistema de relaciones internacionales se ha visto desde finales del siglo pasado seriamente cuestionado tanto por la doctrina, como por politólogos, policy makers y hasta por funcionarios políticos de alto rango que ante el cambio y el nuevo rumbo tomado por la sociedad internacional han sugerido la necesidad de reformular el sistema internacional a modo de poder responder a los grandes desafíos que enfrenta hoy una gobernanza globalizada.

Un mundo definitivamente globalizado e interdependiente, enfrenta hoy una severa crisis del sistema multilateral, crisis que pone de manifiesto la necesidad de devolver o dar un nuevo equilibrio al poder mundial que permita que las relaciones internacionales, tanto en lo político como en lo económico superen este momento de incertidumbre, de grandes riesgos y poca capacidad de gestión por el que atraviesan. Resultaría positivo por ejemplo ampliar el campo de acción de los organismos internacionales, introduciendo la gestión de la interdependencia en el sistema de la ONU otorgándole de esta manera elementos que les permitiesen direccionar y orientar las acciones inherentes a las preocupaciones globales.

La crisis del sistema multilateral afecta severamente la gobernanza y es causa y efecto de una crisis multidimensional que alcanza a los distintos aspectos de la vida en la sociedad internacional, el deterioro ambiental, los

204. Abogada Universidad de Buenos Aires. Master en Relaciones Internacionales. Docente de grado y Posgrado UBA

graves y acuciantes problemas energéticos, alimentarios y de productividad que entre otros contribuyen a incrementar la sensación de desaliento y desconfianza en el sistema de gobernanza internacional para resolver los problemas de la sociedad actual.

Como vemos a esta nueva gobernanza o gobernanza global le toca velar por los bienes públicos global (BPG²⁰⁵), atender los grandes retos mundiales como la mitigación y adaptación de la sociedad internacional al cambio climático, la gran movilidad migratoria, en algunos casos masiva, de persona que por distintos factores abandonan su territorio en la búsqueda de mejores condiciones de vida, se enfrenta también a la aparición y expansión de un nuevo fenómeno el terrorismo global que constituye hoy la amenaza más importante y real a los principios que sostienen el sistema internacional.

Las instituciones existentes y el multilateralismo representado en la ONU y las funciones reguladoras del Derecho Internacional no han podido dar respuestas a muchas de estas cuestiones que hoy en día necesitan una solución urgente y concreta.-

Todos estos desafíos hacen que la gobernanza global precise ser claramente definida en sus alcances y necesite reformular conceptos, reconstruir sus bases desde la negociación y concertación entre todos los Estados para poder lograr efectividad en sus propósitos y recuperar la credibilidad y la confianza depositada en ella en otros tiempos.

Los procesos de integración en Latinoamérica

Partiendo de lo que hemos sosteniendo en párrafos anteriores entendemos que la integración regional se encuentra entonces íntimamente ligada a esta gobernanza global que involucra a los procesos de integración regional en esta gran crisis, provocando un deterioro de las expectativas puesta por los Estados en estos procesos.

Hablar de la integración en general y de la integración Latinoamérica en particular significa hoy, hablar de éxitos y de fracasos, hablar de ne-

205. Los BPG han históricamente formado parte del corpus doctrinal de la economía, la interdependencia y el incremento de los flujos internacionales de toda índole, así como el avance tecnológico y el proceso de mundialización han ampliado este concepto definiéndolo como aquel bien que una vez provisto sus beneficios son no rivales y no excluibles para más de un grupo de países y para una parte importante transversal de la población mundial, y para más generaciones de la actual. Existen entonces bienes preexistente a la acción humana, como la capa de ozono, y otros establecidos por la acción humana como los Derechos Humanos o la conservación de la biodiversidad o derivados de la acción política como la paz, la salud entre otros.

gociaciones en movimiento y de un periodo de duras y en algunos casos controvertidas decisiones políticas en las esferas internacionales (factores externos) que van del unilateralismo al multilateralismo provocando inesperados reacomodamientos en ámbitos internacionales y por ende regionales.

Pero hablar de integración significa también analizar los distintos aspectos que conforman la realidad (factores internos) de los sistemas de integración regional, que son parte consustancial de ellos, la actualidad política, económica, jurídica, y social porque de no hacerlo no podríamos contar con una idea acabada de la situación actual de los procesos de Integración regional.

Los procesos de integración económicas entre Estados, producidos o reformulados en la década de los noventa en Latinoamérica y particularmente aquellos como el Mercosur nacido a partir del acercamiento político entre Argentina y Brasil a principios de los ochenta.

Se presentaban en aquella penúltima década del siglo pasado en que la democracia comenzaba a asentarse en los países del cono sur, se presentaban como promisorios para profundizar las relaciones políticas y económicas entre los Estados. Lo que suponía un beneficio en las relaciones económicas a partir de la aceleración de los términos de intercambio que al otorgar una mayor accesibilidad a los distintos mercados nacionales, mejoraría las situaciones internas de cada uno de los países al verse también reforzada su representatividad desde los Proyectos comunes.

Sin embargo, finalizada la década del noventa en que el mercado y la economía se presentaban como el binomio de éxito del momento, comenzó un deterioro de las expectativas iniciales puestas en estas integraciones.

Este deterioro se incrementó en gran medida influenciado por el agravamiento de los problemas económicos mundiales, y cuando las proyecciones económicas globales comenzaron a presentar una reducción importante en la evolución del comercio mundial, en el corto plazo las economías latinoamericanas se mostraban todavía, en general, como relativamente positivas a partir de los productos básicos que conforman el sostén de las economías de la Región, y ello les permitió en muchos casos acumular reservas y reducir el endeudamiento que ayudo a la recuperación de las economías nacionales.

En consecuencia cada país diseño su propia estrategia para resguardar sus propios intereses nacionales en desmedro de los intereses comunes pactados al momento de integrarse. De esta forma procuraron mantenerse lo más alejado posible de la crisis económica que azotaba al mundo por estos días ,

pero ello significó, en muchos casos, el comienzo del deterioro de los Proyectos comunes de acción mancomunada y conjunta propuestos en los procesos de integración regional en los cuales se hallaban los Estados comprometidos.

Altamente influenciados por un determinado signo político casi unificado en la Región, se produjo un cambio en los objetivos de los procesos de integración existentes. Surgieron nuevos proyectos de integración regional cuyos objetivos marcaron un camino de renovación que se presentaba como promisorio en sus comienzos. Estos Procesos contemplaron la ampliación de los meros contenidos económicos, estableciendo otras prioridades, totalmente atendibles en sus fundamentaciones, pero podríamos decir erradas en su efectiva implementación.

Los antecedentes y los nuevos proyectos

A lo largo de los años las expectativas integracionistas latinoamericanas centraron sus objetivos según cada una de las etapas políticas por las que transitó la Región, con características particulares, pero con un denominador común, lograr la tan ansiada unidad latinoamericana.

El desarrollismo²⁰⁶ de mediados del siglo XX, propuso la búsqueda del desenvolvimiento y posicionamiento económico de la Región ligados a los procesos de industrialización por sustitución de importaciones superando el paradigma de las ventajas comparativas²⁰⁷.

Las expectativas iniciales puestas en aquellas integraciones se vieron reformuladas durante la década del noventa a partir de políticas aperturistas y procesos regionales basados en el regionalismo abierto que establecieron claros objetivos económicos comerciales, que en la mayoría de los casos, como en el Mercosur, dieron lugar a la formación de procesos de integración profunda como lo supone el establecer un Mercado Común²⁰⁸.

Mercado Común que necesita para ser exitoso en sus propósitos, una institucionalidad fuerte y un sólido andamiaje jurídico que acompañe y permita la prosecución de estos procesos.

El cambio de siglo marco un cambio de rumbo político en la Región y

206. El desarrollismo surgió como una práctica política, a partir de los movimientos de corte nacionalista, en los años 30. Alcanzó su más alta elaboración conceptual con las tesis de la CEPAL en los años 1950-1960,

207. La teoría neoclásica del comercio internacional basada en el principio de las ventajas comparativas sostenía que el comercio sería mayor entre economías semejantes.

208. Tratado de Asunción. jus.gob.ar/servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/0-4999/380/norma.htm

ello trajo aparejado una transformación de los Proyectos integracionistas. Y como todo cambio propicio acciones positivas tendientes a conservar lo actuado y otras no tanto.

Lo cierto es que las nuevas integraciones podríamos decir, como sostuvimos en párrafos anteriores, se alejaron de los meros contenidos económicos y establecieron nuevas prioridades a ser tratadas de manera flexible y ágil, con la celeridad que la temática requería.

La mayoría de estos procesos dejó de lado la institucionalidad formal, estableciendo como sostén de las futuras acciones comunes la elaboración de agendas de trabajo analizadas en reuniones periódicas, secretarías rotativas, foros y Cumbres presidenciales para llevar adelante los objetivos acordados.

Algunas de las propuestas, tanto aquellas surgidas dentro de los bloques ya constituidos como las sugeridas dentro de los nuevos bloques integrados se vincularon más estrechamente al desarrollo social y otros incluyeron temas ambientales.

Como ejemplo podríamos citar la actuación de los países andinos en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sustentable Río+20 en el año 2012 donde se logró un interesante documento la *"Agenda Ambiental Andina 2012-2016"*,²⁰⁹ la cual expresa el compromiso comunitario por el Desarrollo sostenible del planeta.

Es una propuesta conjunta interesante sobre todo si tenemos en cuenta el espacio geográfico de la Comunidad Andina, con un territorio de 3.8 millones de kilómetros cuadrados, que por su ubicación latitudinal y la presencia de la Cordillera de los Andes, dan origen a ecosistemas de enorme diversidad biológica y climática, que a la vez se encuentran estrechamente asociadas a la identidad cultural y a los medios de vida de la población de los países andinos, que concentran el veinte por ciento de la biodiversidad, el diez por ciento del agua dulce y el treinta y tres por ciento del área boscosa del planeta.

Otro punto que merecería ser destacado en este breve resumen sobre la

209. Documento aprobado por el Consejo Andino de Ministros de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible en su VI Reunión Ordinaria, de 10 de abril de 2012. La implementación de una Agenda Ambiental Andina 2006 - 2010 constituyó en sus inicios un reto para lograr la colaboración y la cooperación subregional alrededor de objetivos comunes, que permitió avanzar en acciones orientadas a la conservación y gestión integral de la biodiversidad, afrontar los efectos del cambio climático, promover la construcción de una visión conjunta sobre la gestión integrada de recursos hídricos y otros temas ambientales relevantes. Intranet.comunidadandina.org.DT443-RDOC

integración latinoamericana a partir de los años ochenta, es la defensa de los estándares democráticos.

La democracia consolidada en los países latinoamericanos, más allá que en alguno de ellos es hoy seriamente cuestionada, ha sido asumida como una condición básica para la participación como Estado miembro de un proceso de integración regional.

La democracia se erige como un pilar fundamental de estos procesos en general y muy en particular en nuestro continente.

La Cláusula Democrática del Mercosur -también conocida como Protocolo de Ushuaia²¹⁰ es un documento que establece la suspensión de cualquiera de los Estados Parte de este bloque en caso de ruptura del orden democrático.

El 24 de julio de 1998, se firmó en la ciudad de Ushuaia, República Argentina, este documento suscripto por los Estados fundadores de Mercosur a los que se sumaron la República de Bolivia y la República de Chile, países asociados al bloque.

El primer antecedente de la puesta en marcha de esta herramienta jurídica fue la suspensión de Paraguay a raíz de la destitución del Presidente Lugo en el año 2012, que más allá de las polémicas²¹¹ surgidas en torno a este hecho, debemos rescatar la acción conjunta²¹² dentro del marco legal

210. PROTOCOLO DE USHUAIA SOBRE COMPROMISO DEMOCRÁTICO EN EL MERCOSUR, LA REPÚBLICA DE BOLIVIA Y LA REPÚBLICA DE CHILE. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/59923/norma.htm>

211. Coincidentemente con la suspensión de Paraguay, se posibilitó la posterior incorporación como miembro pleno del Mercosur de la República Bolivariana de Venezuela, siendo Paraguay el único país que se oponía a la misma.

212. Declaración de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados sobre la ruptura del orden democrático en Paraguay: “La República Argentina, la República Federativa del Brasil, La República del Uruguay, la República Bolivariana de Venezuela, el Estado Plurinacional del Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador y la República del Perú; Considerando que, de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur suscripto el 24 de julio de 1998, la plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para el desarrollo del proceso de integración. Deciden: “1.— Expresar su más enérgica condena a la ruptura del orden democrático acaecido en la República del Paraguay, por no haberse respetado el debido proceso. 2.— Suspender al Paraguay, de forma inmediata y por este acto, del derecho a participar en la XLIII Reunión del Consejo del Mercado Común y Cumbre de Presidentes del Mercosur, así como de las reuniones preparatorias, que tendrán lugar en la ciudad de Mendoza, entre el 25 y 29 de junio de 2012. 3.— Considerar, a nivel de Jefas y Jefes de Estado en la Reunión Cumbre del Mercosur del día 29 de junio, ulteriores medidas a ser adoptadas”.

vigente del Mercosur.

Los Estados Parte deciden suspender a Paraguay en su actuación como miembro pleno del bloque integrado, considerando que la destitución del presidente de ese país carecía de legitimidad por tratarse de un golpe institucional proveniente de los sectores opositores al gobierno.

El gobierno de Paraguay por su parte presentó una “protesta formal” contra sus socios en el Mercosur (Argentina, Brasil y Uruguay), sosteniendo que el procedimiento llevado a cabo en su país estaba contemplado en la Constitución paraguaya vigente desde el año 1992.

Sin embargo no se hizo lugar a su pedido y Paraguay quedó entonces suspendido hasta que por medio de elecciones democráticas el gobierno paraguayo eligió un nuevo presidente surgido de elecciones libre provenientes del voto popular.

La otra oportunidad en que se hizo uso nuevamente de este Protocolo del Mercosur fue en el año 2017 en que dando por finalizadas las consultas pertinentes²¹³, las que resultaron infructuosas debido al rechazo del Gobierno de Venezuela a la celebración de las mismas en el marco del Protocolo de Ushuaia, los Cancilleres de los Estados Partes del Mercosur constatando la ruptura del orden democrático de la República Bolivariana de Venezuela, en la “Declaración de los Estados Partes del MERCOSUR sobre la República Bolivariana de Venezuela” del 1° de abril de 2017 deciden:

“Suspender a la República Bolivariana de Venezuela en todos los derechos y obligaciones inherentes a su condición de Estado Parte del MERCOSUR, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 5° del Protocolo de Ushuaia²¹⁴

Dicha suspensión²¹⁵ podrá levantarse cuando Venezuela restituya el orden democrático y su participación plena podrá estar operativa cuando

213. La celebración de las consultas (entre los Estado y con la República Bolivariana de Venezuela), establecidas en el artículo 4.8 El rechazo por parte del gobierno bolivariano, de las consultas que este país debía celebrar en el marco del citado protocolo; y la no verificación de la asunción de medidas que resulten eficaces para restaurar el orden democrático y el restablecimiento de las instituciones, fueron el sustento de la suspensión de Venezuela

214. La referida suspensión tuvo efectos a partir de la fecha de la comunicación de esa Decisión a la República Bolivariana de Venezuela, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6° del Protocolo de Ushuaia.

215. La suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela.

también sea reconsiderada su situación jurídica”²¹⁶.

Las integraciones post noventa

Cuando abordamos el análisis de los postulados políticos de las nuevas integraciones observamos que estas son notoria, persistente y marcadamente de sesgo contestatario.

Existe en todas estas nuevas integraciones una franca y expresa oposición de parte de la nueva dirigencia política a los preceptos de las integraciones de los años noventa.

De este modo los procesos de integración post-noventa concentraron el compromiso y la cohesión política de un conjunto de países que buscó alejarse de los cánones establecidos desde la cooperación institucionalizada y la ayuda financiera de los organismos internacionales existentes.

Los documentos constitutivos de los nuevos procesos de integración, dan cuenta de ello.

Solo por dar un ejemplo, en el Documento constitutivo del ALBA se expresa “Que el ALBA es una propuesta de integración diferente del ALCA que responde a los intereses del capital transnacional y persiguió la liberación absoluta del comercio”, por el contrario sigue diciendo el Documento “el ALBA pone énfasis en la lucha contra la pobreza y la exclusión social y defiende los intereses de los Pueblos latinoamericanos”.

Una breve referencia a UNASUR²¹⁷, nos permite volver a ejemplificar

216. En el año 2016 cuando Venezuela debía recibir de parte de Uruguay la Presidencia pro Tempore del Mercosur, los Estados Parte poniendo bajo análisis la situación irregular de Venezuela en el Bloque, por no haber cumplido con las pautas establecidas en el Protocolo de Adhesión, emiten una “Declaración conjunta relativa al funcionamiento del Mercosur y al Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al Mercosur”, con un doble objeto: 1) aclarar la situación jurídica actual en que se encuentra Venezuela respecto a los derechos y obligaciones dispuestos en el Tratado de Asunción (TA) y el Protocolo de Adhesión; y 2) asegurar, a corto plazo, el funcionamiento del esquema integracionista. Que el 2 de diciembre de 2016 deciden el cese del ejercicio de los derechos inherentes a la condición de Estado Parte del MERCOSUR de la República Bolivariana de Venezuela (Cancillería Argentina, 2016, s/n) <http://cancilleria.gov.ar/comunicado-de-prensa-de-los-estados-partes-signatarios-del-tratado-de-asuncion-sobre-la-situacion>

217. Al efectuarse en la isla Margarita, Venezuela, el 3 de abril de 2007 la Cumbre energética sudamericana, el entonces presidente venezolano Hugo Chávez propuso que la Comunidad Sudamericana de Naciones tome el nombre de Unasur (Unión de Naciones Suramericanas), habiéndose suscrito el tratado constitutivo de este organismo regional el 23 de mayo de 2008, por los gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. <http://www.unasursg.org>

esta postura contestataria observada en la integración que referimos anteriormente

El año 2008, cuando comenzaba a consolidarse el “giro a la izquierda” en América Latina —liderado por Lula da Silva en Brasil y Hugo Chávez en Venezuela—, surge la Unión de Naciones Suramericanas con objetivos ambiciosos, unificar el diálogo político y convertir este espacio en el principal bloque continental, vaciando de poder a la Organización de Estados Americanos (OEA). Mucho se ha escrito sobre el fracaso de este nuevo intento de integración en Latinoamérica, lo cierto es que un Proyecto de estas características, con poca institucionalidad y sometido al manejo político de los líderes de turno poco pudo hacer para unir el continente.

Por su parte la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC)²¹⁸ vuelve a intentar y así lo expresan los Estados en sus propósitos, el integrar políticamente a América Latina y el Caribe. Se constituye este espacio como un foro de diálogo y cooperación que busca resolver los problemas que aquejan a la comunidad en su conjunto, intentando que América Latina y el Caribe puedan representarse con una sola voz.

Fue una de las iniciativas más ambiciosas en la historia reciente de la integración latinoamericana y caribeña que tuvo una exitosa aceptación y logro contar con la membresía de los treinta y tres (33) países de América Latina y el Caribe que a diferencia de la Organización de Estados Americanos (OEA) no contempló la participación de Canadá y Estados Unidos, posiblemente por la diferencia cultural y política que ambos países tenían con el resto.

Sin embargo debemos sumar un nuevo fracaso, desde hace dos años, la CELAC enfrenta una importante detención en sus tareas, proveniente de la división ideológica existente a causa de las crisis en Venezuela y Nicaragua.

Los países han tomado posturas diferentes y opuestas y eso ha afectado el funcionamiento de la asociación y el diálogo político de sus miembros.

Quienes son parte de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos (ALBA-TCP), respaldan al gobierno de Venezuela y al de Daniel Ortega en Nicaragua frente a las críticas y sanciones de la comunidad internacional.

Por su parte los integrantes del Grupo de Lima —formado por trece países de la Región, y Canadá, no reconocen al régimen de Nicolás Maduro, ade-

218. Surge a instancias de México quien por ese entonces ocupaba las presidencias tanto del Grupo de Río —heredero del Grupo Contadora como la presidencia de la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe que reunida en la Riviera Maya, en 2010, da lugar a la creación de esta asociación que se pone efectivamente en marcha un año después en la Declaración de Caracas cuando se oficializa su funcionamiento.

más de apoyar la aplicación de la Carta Democrática a Nicaragua en la OEA.

Y eso llevo a la suspensión de la VI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC²¹⁹, cuyas cinco ediciones anteriores, se habían realizado con la periodicidad anual establecida para su funcionamiento.

Sumado a estos recientes esfuerzos de integración latinoamericana en el ámbito de los debates políticos y acuerdos multilaterales sobre la nueva arquitectura de la integración en la Región encontramos un nuevo y flamante intento. Los Presidentes de ocho países de América del Sur²²⁰ firmaron el viernes 22 de Marzo de 2019 en Santiago de Chile el Acta constitutiva de una nueva organización en la Región con el nombre de PROSUR (Foro para el Progreso de América del Sur) este nuevo espacio que busca reemplazar a la UNASUR.

Se vio impulsado por iniciativa de los presidentes de Chile y Colombia, el presidente Duque dio un primer anuncio en Enero de 2019 y Piñera le dio el impulso definitivo, invitando a todos los presidentes de Sudamérica a excepción del de Venezuela, Nicolás Maduro²²¹ a reunirse en Santiago de Chile para conformar esta nueva estructura regional.

Este nuevo espacio busca el fortalecimiento de la integración en América del Sur y continuando la tendencia y base de los últimos bloques creados, la Declaración de Santiago²²² expresa que la estructura de este espacio será flexible, liviana, no costosa con reglas de funcionamiento claras y con un mecanismo ágil de toma de decisiones que se ira implementando gradualmente. Hace especial mención a temas importantes para lograr una verdadera integración, como “la “integración en materia de infraestructura, ener-

219. La VI cumbre debía tener lugar en El Salvador, durante su presidencia pro t mpore 2017-2018; pero fue en 2017 cuando empezaron las postergaciones. En lugar de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno en El Salvador, lo que hubo fue la reunión de ministros de Relaciones Exteriores en Nueva York, en septiembre de 2017, en ocasión del 72 periodo de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Fue aquí donde se decidió formar un grupo de trabajo para reprogramar la fecha de la tercera cumbre Celac-UE (prevista para octubre de 2017 en El Salvador). La cita con la UE finalmente fue postergada.

220. Brasil, Argentina Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Guyana son los ocho países fundadores e integrantes en este momento del Prosur, ya que Uruguay, Bolivia y Suriname se abstuvieron. El organismo que queda abierto a la incorporación de todas las Naciones de Sudamérica.

221. Maduro no fue invitado por considerar Piñera que no cumple los requisitos de entrada al Prosur: la plena vigencia de la democracia, de los respectivos órdenes constitucionales y el respeto de los Derechos Humanos.

222. <https://minrel.gob.cl/declaracion-presidencial.2019-03-22/145147.html>

gía, salud, defensa, seguridad y combate al crimen, prevención y manejo de desastres naturales”.

Ponemos todas nuestras mayores esperanzas en poder un futuro escribir sobre los exitosos y avances de este nuevo espacio de integración.

Consideraciones finales

El presente trabajo no pretendió cubrir en su totalidad la temática analizada, que es amplia y necesita un enfoque interdisciplinario para conocerla en profundidad. El trabajo intentó si, transmitir de manera sintética lo sucedido en los procesos de integración latinoamericanos que como expresamos a lo largo de estas páginas fueron como otros procesos de iguales características, altamente influenciados por las decisiones políticas de los Estados fundadores y participantes de estos bloques.

A lo que sumamos, una visión del estado actual de la sociedad internacional donde el poder económico se enfrenta desde hace ya tiempo con una economía globalizada que ha sobrevivido a los cambios y al debate ideológico, capitalismo versus socialismo, multilateralismo versus unilateralismo, y ha encarado los embates de los movimientos antiglobalizantes cuando aún la globalización se creía podría volver sobre sus pasos. Ante todas estas predicciones la globalización de la mano de la tecnología y de un mundo cada vez más interconectado nos acompaña pero también convive con una grave crisis política y económica mundial.

Pero nos preguntamos cual será el modelo económico eficaz y eficiente que cada Estado debería adoptar para mejorar su economía y lograr el desarrollo o cual debería ser el modelo integracionista donde varios Estados en su conjunto pudieran lograr un proceso ideal y exitoso.

Las respuestas pueden surgir de pautas generales comunes a distintas situaciones, pero el devenir de la historia ha demostrado que no deben seguirse recetas universales, ya que no son válidas para cualquier sociedad contemporánea, porque como vimos lo que hoy puede resultar perfecto, mañana no necesariamente lo será.

La libertad económica es atractiva pero necesita de un individuo fortalecido económica y socialmente contenido, una sociedad altamente solidaria y un Estado que participe ofreciendo una Gobernabilidad que permita contar con alta confiabilidad en el marco de referencia para superar cualquier crisis sobreviniente.

El Acuerdo MERCOSUR sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales con Consumidores: un instrumento regional a servicio de la protección del vulnerable.

Por Luciane Klein Vieira²²³

Sumario: I. Introducción. II. La Decisión n° 64/2010: el impulso a la elaboración del Acuerdo. III. El Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo. 1. Los contratos internacionales celebrados por el consumidor pasivo. 2. Los contratos internacionales celebrados por el consumidor activo o turista. 3. La aplicación del derecho más favorable al consumidor como regla general. 4. Elección e información respecto al derecho aplicable como derechos básicos del consumidor. IV. Conclusiones

Introducción

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR), creado el 26 de marzo de 1991, por el Tratado de Asunción, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay (miembros fundadores) y Venezuela (desde el 2012, actualmente suspenso), viene articulando sus esfuerzos en la armonización de legislaciones, a fin de poder conferir al consumidor protección cuando contrata internacionalmente.

Para cumplir con ese objetivo, desde el 2010, se ha volcado en el establecimiento de reglas especiales en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales de consumo, que resultaron, a fines de 2017, en

223. Doctora en Derecho (área: internacional) y Magíster en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Magíster en Derecho de la Integración Económica por la Universidad del Salvador (USAL) y Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Abogada. Ex consultora internacional de la Secretaría Nacional del Consumidor (SENACON – Brasil), contratada por UNESCO y PNUD. Directora para el MERCOSUR del Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Autora de diversos libros, capítulos de libros y artículos en materia de Derecho Internacional Privado, Derecho de la Integración y Derecho del Consumidor.

la aprobación de la Decisión n° 36, que contempla el Acuerdo MERCOSUR sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo.²²⁴

En este artículo, serán abordadas las principales novedades traídas por el Acuerdo referido, de modo a vislumbrarse, al final, si es posible implementarse, en la zona integrada, un estándar regional respecto a la protección internacional del consumidor, a partir de la entrada en vigencia de sus normas. Para ello, empecemos, primeramente, buscando los orígenes del Acuerdo para, luego, analizarse sus reglas.

La Decisión n° 64/2010: el impulso a la elaboración del Acuerdo

El 16 de diciembre de 2010, fue aprobada, en Foz de Iguazú, la Decisión n° 64, que contempla un Plan de Acción, con medidas y procedimientos pertinentes, en las más diversas áreas, para la elaboración del Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR. Conforme a los considerandos de la Decisión referida, es necesario atribuir un enfoque multidimensional a la integración, para así consolidar un conjunto de derechos fundamentales y beneficios en favor de los nacionales de los Estados Partes, con miras a su plena implementación en el trigésimo aniversario de la firma del Tratado de Asunción, es decir, el 26 de marzo de 2021.

De este modo, entre los diversos temas en los cuales el Plan de Acción hace hincapié, el art. 2º, apartado 10, prescribe que debe ser creado un Sistema MERCOSUR de Defensa del Consumidor, compuesto por: a) un Sistema MERCOSUR de Información y Defensa del Consumidor; b) una acción regional de capacitación, representada por la creación de la Escuela MERCOSUR de Defensa del Consumidor; y c) la elaboración de una norma MERCOSUR aplicable a los contratos internacionales de consumo.

Como se percibe, la determinación constante del art. 2º, apartado 10.1.3, que se refiere a la elaboración de un instrumento internacional que reglamente el tema del derecho aplicable a los contratos internacionales con la presencia del consumidor, fue el puntapié inicial para la confección del

224. El impacto del Acuerdo en el derecho de fuente interna de los Estados Partes del MERCOSUR, así como la correlación entre éste y las normas vigentes en la Unión Europea pueden ser consultados en: KLEIN VIEIRA, Luciane. (2018). "La Codificación del Derecho Internacional Privado del Consumidor en el MERCOSUR: las recientes manifestaciones en materia de ley aplicable al contrato internacional con consumidores. AEDIPr" - Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XVIII, pp. 617-636.

Acuerdo que es objeto de este estudio, incumbencia que le fue atribuida al Comité Técnico n° 7 (CT n° 7), responsable por la armonización legislativa en materia de defensa del Consumidor, en el bloque.

El Acuerdo sobre Derecho Aplicable en Materia de Contratos Internacionales de Consumo

Tras la labor llevada a cabo por el CT n° 7,²²⁵ el 20 de diciembre de 2017, fue finalmente aprobada, en Brasilia, la Decisión n° 36, que insertó en el derecho convencional de fuente autónoma del MERCOSUR, reglas específicas destinadas a ofrecer mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las partes contratantes, especialmente, al consumidor²²⁶ transfronterizo que contrata con un proveedor extranjero, cuando el contrato haya sido celebrado dentro de su Estado de domicilio o fuera de él, permitiendo, incluso, el uso de la autonomía de la voluntad de las partes para la elección del derecho aplicable.

Sobre el tema, es necesario advertir que, tradicionalmente, se suele distinguir el consumidor entre aquel que se traslada hacia el establecimiento comercial del proveedor, en busca de mercaderías o servicios, motivando por sí mismo la contratación, de aquel que es invadido o atacado por la ofensiva contractual del proveedor en su propio domicilio o residencia habitual. En el primer caso, se está ante el concepto de consumidor activo²²⁷ y en el segundo, de consumidor pasivo. Esta diferenciación, aplicable al consumidor que actúa en el escenario internacional, ha dado lugar a un tratamiento distinto²²⁸ dispensado a cada una de las categorías, en el

225. El tema puede ser profundizado en: KLEIN VIEIRA, Luciane: *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 184-197.

226. Para el Acuerdo, en su art. 2º, consumidor es “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo, a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

227. Una pequeña parte de la doctrina clasifica a este sujeto como consumidor dinámico. (HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel, *Circulación de bienes en el MERCOSUR*, Buenos Aires, BdeF, 1998, p. 505).

228. Generalmente, aquel consumidor que consume un producto extranjero sin abandonar su territorio ha de gozar del mismo nivel de protección que cuando adquiere bienes o servicios nacionales, en el país de su domicilio. Por otra parte, aquel consumidor que se

Acuerdo MERCOSUR, conforme se verá a continuación.

Los contratos internacionales celebrados por el consumidor pasivo

El art. 4º del Acuerdo, que regula el derecho²²⁹ aplicable a los contratos celebrados por el consumidor – incluso aquellos realizados por medios electrónicos²³⁰ –, estando este en el Estado de su domicilio (consumidor pasivo), presenta un abanico pre determinado de puntos de conexión alternativos,²³¹

traslada a otros países, queda sujeto a las leyes del Estado en donde la adquisición tuvo lugar. (HARGAIN, Daniel; MIHALI, Gabriel, *Circulación de bienes en el MERCOSUR*, Buenos Aires, BdeF, 1998, p. 505).

229. Del mismo modo que en la propuesta brasileña para la CIDIP VII (Séptima Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado), el Acuerdo MERCOSUR emplea el término “derecho aplicable” y no “ley aplicable” para referirse a la posibilidad que tienen las partes de elegir el instrumento que regulará el contrato internacional de consumo. Si la expresión “derecho aplicable” es considerada aisladamente del sistema previsto por el Acuerdo, se puede interpretar, erróneamente, que la norma permite que las partes elijan otras fuentes para regir el contrato, tales como la costumbre internacional, los principios generales del derecho, los usos del comercio internacional. Sin embargo, el art. 6º, apartado 2, al referirse a los contratos celebrados electrónicamente, menciona que se debe comunicar al consumidor, de forma clara, respecto a las opciones de derechos estatales. A partir de ello, se podría considerar que el Acuerdo opta por excluir el uso del *soft law*. No obstante ello, sería más adecuado emplear la terminología “ley aplicable”, a fin de disipar eventuales dudas interpretativas.

230. El consumidor que contrata por medios electrónicos debe ser considerado como un consumidor pasivo, y, por lo tanto, merecedor de una tutela legal específica, aunque no sea posible ubicar territorialmente la relación jurídica celebrada por medios virtuales. (GHERSI, Carlos A. “Las relaciones de consumo en el mercado electrónico”. En: GHERSI, Carlos A. (dir.), *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 351-373; LIMA MARQUES, Claudia. “Towards a global approach to protect foreign tourists: building governance through a new cooperation net in consumer and tourist issues”. En: SIERRALTA, Anibal; LIMA MARQUES, Claudia; MORENO RODRÍGUEZ, José A. (orgs.), *Derecho Internacional, mundialización y gobernanza. Jornadas de la ASADIP, Lima, Noviembre de 2012*, Asunción, CEDEP, 2012, p. 428; VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. “El derecho más favorable al consumidor, la mejor solución también para los contratos de consumo *online*”. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coords.), *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, México, D.F., Porrúa, 2010, pp.38-39.)

231. Respecto al empleo, por el instrumento legal, de una pluralidad de criterios o puntos de conexión, la doctrina defiende que la combinación de métodos conflictuales alternativos reduce proporcionalmente el recurso al orden público como límite negativo a la aplicación del derecho extranjero. (POCAR, Fausto. (1984). “La protection de la partie faible en Droit International Privé». *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 188, p. 360.)

a partir de los cuales se podrá basar la elección de la ley que regirá el contrato. De este modo, se privilegia la autonomía de la voluntad de las partes, pero restrictivamente, con la adopción de determinados recaudos, ya que no hay una efectiva igualdad de armas en el contrato y se está ante una parte vulnerable. De este modo, las partes contratantes podrán optar por el derecho del Estado del domicilio del consumidor, del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o de la sede del proveedor de los productos o servicios para regir el contrato internacional de consumo. Sin embargo, la norma condiciona la elección realizada a que el derecho elegido sea el más favorable al consumidor, demostrando una preocupación con el resultado material²³² producido por el derecho indicado por las partes.

El mismo art. 4º, considerando que las partes pueden no haber hecho la elección del derecho aplicable o que esta puede haber sido invalidada, determina que los contratos internacionales de consumo serán regidos por el derecho del Estado del domicilio del consumidor,²³³ como criterio subsidiario de conexión.

Refiriéndose al artículo en destaque, Cláudia Lima Marques sostiene que la ley elegida en el contrato de adhesión debería ser comparada a la ley del domicilio del consumidor y, en caso de conflicto, el magistrado debería utilizar la ley más favorable a la parte débil. Aquí, según la autora, se busca un efecto pedagógico, en el sentido que los proveedores elijan solamente leyes favorables a los consumidores en sus contratos de adhesión, de preferencia la que se presume más favorable, que es la de su domicilio, y que se

232. Cuando una de las partes está en condiciones de imponer la elección de la ley aplicable a la otra, y si esta elección es motivada por la voluntad de sustraer el contrato de las disposiciones de un derecho protector, la referencia a la autonomía de la voluntad se convierte en pura ficción. Ignorar esta realidad es aceptar la consagración de la ley del más fuerte. También significa empujar al extremo la idea de que la función del DIPr es solo una función distributiva y clasificatoria, indiferente al contenido de las reglas del derecho substancial. (SALAH MOHAMED MAHMOUD, M. (2005). «Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en Droit International Privé». Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 315, pp. 164-165.)

233. "Los países que cuentan con legislaciones protectoras para los contratos internacionales de consumo adoptan por lo general una fórmula paralela a la solución prevista para la jurisdicción internacional; en principio, se inclinan por el derecho del lugar del domicilio o residencia habitual del consumidor, al considerar que se trata de la conexión que cumple más acabadamente con las expectativas de respetar la figura que aparece como la más débil en esta relación jurídica". (DREYZIN DE KLOR, Adriana. "El derecho aplicable a las relaciones de consumo en la arena internacional". En: DREYZIN DE KLOR, Adriana (dir.), *Los derechos del consumidor. Visión internacional. Una mirada interna*, Buenos Aires, Zavalia, 2012, p. 74.)

proteja al consumidor efectivamente, en cualquier foro, validándose la ley elegida, si fuere la más favorable o corrigiéndola, si fuere el caso, por medio de la aplicación de la ley del domicilio del consumidor.²³⁴

Los contratos internacionales celebrados por el consumidor activo o turista

El consumidor activo o turista, que es quien se desplaza hacia otro Estado para contratar, *verbi gracia*, no cuenta con una protección específica, por estar incluido dentro del régimen general de los contratos.²³⁵ Sin embargo, el Acuerdo MERCOSUR se ha preocupado con la protección de esa categoría de consumidor, siendo, además, el primer tratado que se ha ocupado de la materia.²³⁶

234. LIMA MARQUES, Claudia. “Comércio eletrônico de consumo internacional: modelos de aplicação da lei mais favorável ao consumidor e do privilégio de foro”. En: GALINDO DA FONSECA, Patrícia; D’ANDREA RAMOS, Fabiana; BOURGOIGNIE, Thierry (orgs.), *A proteção do consumidor no Brasil e no Quebec: diálogos de direito comparado. La protection du consommateur au Québec et au Brésil: échanges de droit compare*, Niterói, Editora da UFF, 2013, p. 180.

235. VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel. “El derecho más favorable al consumidor, la mejor solución también para los contratos de consumo *online*”. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coords.), *Tendencias y relaciones. Derecho Internacional Privado americano actual (Jornadas de la ASADIP 2008)*, México, D.F., Porrúa, 2010, p. 38.

236. Existe, en el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, un proyecto de convención sobre la protección al consumidor turista y visitante, presentado por el gobierno brasileño, destinado a facilitar la cooperación internacional entre las autoridades de protección al consumidor. (PEREIRA DA SILVA, Juliana; MUNIZ CIPRIANO, Ana Cândida. “Proteção e Defesa do Consumidor Turista e Visitante no Brasil”. En: Brasil/Ministério da Justiça/Secretaria Nacional do Consumidor/Ministério do Turismo, *A Proteção Internacional do Consumidor Turista e Visitante*, Brasília, MJ/MT, 2014, p. 36; TASSANO VELAOCCHAGA, Herbert Eduardo. “La protección de los consumidores más allá de las fronteras”. En: Brasil/Ministério da Justiça/Secretaria Nacional do Consumidor/Ministério do Turismo, Brasil/Ministério da Justiça/Secretaria Nacional do Consumidor/Ministério do Turismo, *A Proteção Internacional do Consumidor Turista e Visitante*, Brasília, MJ/MT, 2014, p. 241; CERDEIRA, Juan J. “Protección al consumidor turista desde la perspectiva argentina”. En: MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio; LIMA MARQUES, Claudia (coords.), *Los servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre/Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 780-781; KLEIN VIEIRA, Luciane; MUNIZ CIPRIANO, Ana Cândida. “A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e a proteção do consumidor turista: balanço e perspectivas”. En: CARVALHO RAMOS, André; DE ARAÚJO, Nádia (orgs.), *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e seus impactos na sociedade – 125 anos (1893-2018)*, Belo Horizonte, Arraes, 2018, pp. 475-493.

En este sentido, el art. 5º del Acuerdo- que se destina a regular los contratos celebrados por el consumidor estando fuera del Estado de su domicilio (consumidor activo o turista)²³⁷ - establece que es posible la elección del derecho aplicable por las partes, pudiendo estas optar por el derecho del lugar de celebración o de cumplimiento del contrato o por el derecho del domicilio del consumidor. Sin embargo, del mismo modo que en la circunstancia en que el consumidor esté actuando en el Estado de su domicilio, condiciona la validez del pacto a que el derecho elegido sea el más favorable²³⁸ a este último, como medida de protección que igualmente revela un cuidado con el resultado material producido por la aplicación del derecho elegido.

Por otro lado, el artículo en estudio, en la parte final, aún determina que, si no hubiere una elección válida del derecho aplicable o si esta no fuere realizada, deberá ser aplicado, como criterio subsidiario de conexión, el derecho del lugar de celebración del contrato. En otras palabras, el criterio referido prima por la aplicación del derecho de la sede del proveedor de la mercadería o servicio, ya que el consumidor se dirigió hasta allí para contratar.

La aplicación del derecho más favorable al consumidor como regla general

Es sabido que el Derecho Internacional Privado (DIPr) posmoderno debe ir más allá de la simple indicación mecánica del derecho aplicable y esto se evidencia principalmente en aquellas relaciones jurídicas que reclaman una mayor protección al sujeto vulnerable, que actúa con proyección transfronteriza. Luego, el DIPr no puede limitarse a ser únicamente un conjunto de reglas de conflicto, dado que su contenido está ampliamente definido como un sistema de principios y normas destinado a lograr soluciones justas para las controversias privadas internacionales.

237. KLEIN VIEIRA, Luciane: *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 195-196.

238. Con relación a la aplicación de la ley más favorable como principio rector, se dice que el empleo de esta fórmula abierta: a) genera incertidumbre acerca de cuál ley rige el contrato; b) es prejudicial a la concreción de la seguridad jurídica; c) lleva a dificultades prácticas, considerando que una ley puede contener algunos elementos favorables y otros no, y por lo tanto, será difícil identificar cuál es la ley más favorable; d) puede llevar al *dépeçage* del contrato con relación a la ley aplicable. Tales argumentos fueron presentados, debatidos y debidamente refutados por Pocar, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en 1984. (POCAR, Fausto. (1984). "La protection de la partie faible en Droit International Privé». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 188, pp. 404-405.)

Siendo así, gana relieve la idea de la materialización del DIPr, en el sentido que la mejor ley – la ley más favorable al sujeto vulnerable²³⁹ – debe ser la que resulte aplicable, tal como ocurre con la aplicación de la ley que mejor protege a la víctima de un accidente.²⁴⁰ Aquí, la finalidad material de la norma tiene precedencia y lleva a la flexibilización de los métodos del DIPr,²⁴¹ primando por una norma de conflicto flexible, abierta, materialmente orientada a favor del consumidor, por encima de cualquier otro objetivo, valor o principio.²⁴²

De este modo, buscar la ley que regirá la relación contractual como resultado de la aplicación matemática del método de conflicto, como criterio localizador, sin preocuparse con el contenido material de la norma aplicable, no es algo viable, principalmente cuando se trata de contratos internacionales con la presencia de una parte débil. Luego, se hace imperiosa la armonización²⁴³ entre las soluciones brindadas por el derecho conflictual con aquellas alcanzadas por el material protector o tuitivo.²⁴⁴ Siendo así, no es posible hablarse de un DIPr neutral, sin apego a los

239. El tema puede ser ampliado en: LIMA MARQUES, Claudia (2019). “Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do MERCOSUL sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017”. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 212, pp. 419-456.

240. JUENGER, Friederich K.: *Derecho Internacional Privado y justicia material*, México, D. F., Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 233-239.

241. JAYME, Erik. “O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização”. En: LIMA MARQUES, Cláudia; DE ARAÚJO, Nádia (orgs.), *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 61.

242. VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel: *La protección al consumidor online en el Derecho Internacional Privado interamericano. Análisis sistemático de las propuestas presentadas para la CIDIP VII*, Asunción, CEDEP, 2009, p. 237.

243. WEI, Dan. “Consumer protection in the global context: the present status and some new trends”. En: LIMA MARQUES, Claudia; WEI, Dan (eds.), *Consumer Law and Socioeconomic Development*, Cham, Springer, 2017, p. 5.

244. POCAR, Fausto. (1984). “La protection de la partie faible en Droit International Privé”. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 188, p. 355. En el mismo sentido, se sostiene que las recientes codificaciones de están empleando reglas alternativas que tienen como objetivo la producción de un resultado material, que ajusta el derecho conflictual con el principio de la protección de la parte débil, buscando, para tanto, la aplicación de la ley más favorable. (JAYME, Erik. (1995). «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé». *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 251, p. 46.)

valores sociales,²⁴⁵ y es justamente en materia de ley aplicable que se manifiesta expresamente este nuevo compromiso con la solución del caso concreto.

En otras palabras, es inaceptable la solución ofrecida por la norma de conflicto que indica como aplicable una ley, sea ella nacional o extranjera, que no ofrece una protección material al consumidor, como valor intrínseco de la sociedad de consumo actual. Siendo así, adoptando este recaudo, el Acuerdo bajo estudio deja trasparecer el cuidado en evitarse que una de las partes pierda protección a causa de la existencia de una pluralidad de sistemas jurídicos en contacto, en el caso concreto; así, específicamente, se pretende impedir que la parte más fuerte se aproveche de esta misma pluralidad de reglas para oprimir a la parte más débil, conforme sostiene Pocar.²⁴⁶

Sin embargo, en la línea de lo expresado, es sabido que determinar la ley aplicable que sea más favorable al consumidor es una tarea no muy fácil, ya que presupone la comparación del resultado material de la aplicación hipotética de varias leyes involucradas en el caso. Además, pareciera que las partes no están habilitadas para ello, cabiendo tal decisión al juez. Sin embargo, conforme Fausto Pocar, la búsqueda de la ley más favorable implica hacer una evaluación que no es ajena al DIPr, presentándose como similar a la utilizada normalmente para evaluar la compatibilidad de una ley extranjera con el orden público.²⁴⁷

Elección e información respecto al derecho aplicable como derechos básicos del consumidor

La información respecto a los términos del contrato y, especialmente, a la posibilidad de elegirse el derecho aplicable al contrato internacional de consumo, puede ser utilizada como un importante instrumento destinado a mitigar los efectos de la vulnerabilidad del consumidor transfronterizo. En efecto, la doctrina ha apuntado que el déficit o ausencia de información es un factor que compone el concepto de vulnerabilidad del consumidor.²⁴⁸

245. POCAR, Fausto. (1984). "La protection de la partie faible en Droit International Privé". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 188, p. 356.

246. POCAR, Fausto. (1984). "La protection de la partie faible en Droit International Privé". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 188, p. 357.

247. POCAR, Fausto. (1984). "La protection de la partie faible en Droit International Privé". Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 188, p. 407.

248. ZANCHET, Marília. (2007). "A proteção dos consumidores no Direito Internacional

Siendo así, previamente a la formalización del contrato, deben ser brindadas al consumidor informaciones claras, objetivas y explicativas respecto a los derechos que pueden ser elegidos para gobernar la relación jurídica, de modo de alcanzar una mayor transparencia con relación a las condiciones contractuales.²⁴⁹ Estos datos deben ser expresados en un lenguaje accesible y de fácil comprensión. Además, deben estar destacadas, con relación a las demás informaciones que se le advierten al consumidor sobre el producto o servicio adquirido.

En este sentido, el art. 6º, apartado 1 del Acuerdo MERCOSUR determina que la elección del derecho aplicable debe ser expresa y por escrito, conocida y consentida por las partes. Además, en caso de elección del derecho aplicable por el proveedor, para obtener la adhesión del consumidor, el derecho elegido debe estar expresado de forma clara en las informaciones previas brindadas al consumidor, así como en el propio contrato.

Esta actitud en favor de un nivel elevado de transparencia, respecto a la elección del derecho aplicable, influenciará al consumidor en el momento de la toma de decisión en el mercado de consumo, tendiendo a privilegiar a los productos y servicios ofrecidos por empresas que sean más transparentes en sus cláusulas contractuales, lo que significará, en cierta medida, más garantías de efectividad y respeto a sus derechos.

Además, aun primando por la aplicación de los principios de la transparencia, de la seguridad y de la información, el apartado 2º del artículo se refiere específicamente a los contratos celebrados por medios electrónicos e impone que las opciones de derechos estatales a elegir deben ser comunicadas de forma clara y destacada en todas las informaciones brindadas al consumidor.²⁵⁰

Como se verifica, esta fórmula está apta a atenuar, pero no a eliminar a la vulnerabilidad jurídica,²⁵¹ científica o técnica del consumidor, en la medi-

Privado brasileiro". Revista de Direito do Consumidor, nº 62, p. 194.

249. LIMA MARQUES, Cláudia. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 141.

250. KLEIN VIEIRA, Luciane: *La hipervulnerabilidad del consumidor transfronterizo y la función material del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 196.

251. En la vulnerabilidad jurídica "hay una falta de conocimientos jurídicos específicos, o existe una falta de experiencia en la contratación. El consumidor en este caso firma contratos con cláusulas sorpresivas, abusivas, contrae obligaciones engañado por lo que la propaganda sugiere, asume obligaciones determinables conforme a complejos cálculos económicos que desconoce completamente y hay una falta de experiencia que lo debilita

da en que cuanto más informado esté respecto al contrato, más capacidad de discernimiento tendrá para realizar racionalmente elecciones libres y conscientes.²⁵²

Por fin, en la línea de lo advertido por Erik Jayme, la autonomía de la voluntad puede convertirse en un elemento de fomento al comercio internacional y de confianza del consumidor, desde que esté bien limitada o empleada como instrumento a favor de la protección de la persona humana-consumidora. Si fuere utilizada en este sentido, la autonomía de la voluntad no deja a la persona desamparada. No obstante, debe existir la garantía de hacer llegar al consumidor una información apropiada respecto a la posibilidad de elección del derecho aplicable. De este modo, la velocidad, ubicuidad y libertad, características de la globalización identificadas por Jayme, no podrán constituirse en una amenaza a una persona bien informada.²⁵³

Conclusiones

El DIPr postmoderno se ha visto ante la necesidad de superar la complejidad del mundo global, y a partir de sus mecanismos, proporcionar normas que tutelen a aquellos considerados débiles en la esfera internacional, entre los cuáles se encuentra el consumidor. En esta medida, la protección del vulnerable, además de ser una función del derecho material, deberá integrar los objetivos del DIPr, que no puede hacer hincapié únicamente en el método de conflicto, clásicamente concebido para indicar el derecho aplicable a la relación jurídica, sin manifestar preocupación con el contenido material de la norma indicada para solucionar el caso concreto.

En este escenario, el MERCOSUR, valiéndose de un tratado, instrumento clásico del DIPr (*hard law*), optó por regular la ley aplicable al contrato internacional de consumo, abarcando tanto a los contratos celebrados por

y que es aprovechada por otros. En estos supuestos hay una protección especial que el ordenamiento va adoptando (...). En este aspecto es interesante mostrar cómo se va deteriorando la idea de que la ley se presume conocida para asumir excepciones en casos especiales de vulnerabilidad". (LORENZETTI, Ricardo L.: *Consumidores*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 41).

252. LORENZETTI, Ricardo L.: *Consumidores*, 2ª ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 38.

253. JAYME, Erik. "O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização". En: LIMA MARQUES, Cláudia; DE ARAÚJO, Nádia (orgs.), *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 97.

el consumidor activo como por el pasivo o turista, imponiendo la aplicación de la ley más favorable al consumidor, como criterio general de corrección material, destinado a minimizar la desigualdad de armas existente entre las partes contratantes.

Bajo esta perspectiva, se busca instaurar un patrón o estándar regional de protección al consumidor, en el MERCOSUR, que opta por el empleo de un alto nivel de tutela, que podrá ser logrado a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo en estudio, cuando entonces se podrá hablar de la existencia de un orden público mercosureño, que será concretado a partir del valor transnacional de la protección al débil jurídico, como principio común a todos los Estados.²⁵⁴

254. JAYME, Erik. (1995). «Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne: cours général de droit international privé». Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, t. 251, p. 231.

Reimpulsar la postergada integración latinoamericana

Por Gabriel Fidel²⁵⁵

Sumario: Introducción. I. Iniciativas de Integración en Latinoamérica. II. El resultado de tantos vaivenes. III. Rescatar al Mercosur. IV. Rol de la ALADI en la etapa actual (2019). V. Consideraciones finales

Introducción

El anhelo de la integración regional en Latinoamérica ha estado presente desde los tiempos de la independencia. El sueño de la “Patria Grande” fue una pieza fundamental en el ideario político de aquellos que lucharon por nuestra libertad. Pero hasta el día de hoy, sigue costando plasmar en hechos el sueño integracionista. Desde la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, creada en 1962), pasando por ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración, surgida en 1980), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR, fundado en 1991), la UNASUR (Unión de Naciones Suramericanas, surgida en 2008), siguiendo por la CELAC (Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños, fundada en 2010), luego la Alianza del Pacífico (constituida en 2011), hasta el recientemente conformado PRO-SUR (Foro para el Progreso de América del Sur) a comienzos de 2019, entre otras instituciones de la integración, nuestra región ha impulsado numerosas iniciativas con diferentes características y diversos grados de éxito para favorecer procesos de integración.

A principios de los años sesenta, con el surgimiento de la Comunidad Económica Europea (CEE), la cual fue creciendo hasta convertirse la Unión Europea (UE) que quizás sea el caso más exitoso alcanzado (más allá del traspie del BREXIT), el impulso integracionista tomó nuevas fuerzas en América Latina. Con un mercado único con libre circulación de bienes, servicios, trabajadores y capitales; una moneda compartida por la mayoría de

255. Parlamentario del Mercosur por la Provincia Argentina de Mendoza . Licenciado en Administración Pública y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Cuyo (1988) y master of Public Affairs por The University of Texas at Austin, The Lyndon B. Johnson School of Public Affairs, Estados Unidos (1993). Profesor titular de Economía Política en la UNCuyo

sus miembros y una política exterior y de seguridad común, la Unión Europea se convirtió en el modelo a seguir en las últimas décadas.

Sin embargo, la realidad de América Latina ha sido otra. Tenemos una historia que incluye éxitos parciales y tristes fracasos. Un ejemplo destacado, es el fracaso en nuestra región de aumentar sustancialmente los niveles del comercio intrarregional, uno de los mayores motores de todo proceso de integración, y la integración de cadenas de valor. Nuestro volumen de intercambio sigue siendo uno de los más bajos a escala mundial ya que no pasa del 20%; mientras que en la Unión Europea llega al 60-70% y en Asia a alrededor del 50%.

En definitiva, los resultados lamentablemente se contradicen con discursos de voluntad integracionista. Muchas veces las acciones concretas desmienten las declaraciones que quedan en lo meramente discursivo de líderes políticos que buscan en el discurso integracionista o bien manifestaciones de buena voluntad o simplemente beneficios políticos electorales.

Junto a nuestra realidad regional, estamos viviendo un cambio de tendencia en el escenario global donde surgen algunas políticas proteccionistas. América Latina enfrenta nuevamente, la encrucijada de ver en la integración regional el camino lógico para desde lo económico mejorar su volumen de comercio e inversiones y fortalecer sus cadenas de valor, y desde lo político construir una institucionalidad que de mayor estabilidad a la región y actúe como soporte para el desarrollo económico y social de la región. En este marco, un saludable ejemplo es el reciente acercamiento entre el Mercosur y la Alianza del Pacífico que pueden generar un impacto muy positivo en la integración. Los dos bloques iniciaron hace más de dos años un proceso de acercamiento y eso es bueno, pero no suficiente. Para que estas conversaciones sean exitosas, necesitamos un proceso de liderazgo político y técnico consistente y robusto.

A esta altura de nuestra reflexión cabe preguntarnos cuál es entonces la explicación que permita responder el por qué América Latina no ha podido estructurar un proceso de integración exitoso: ¿Es por falta de voluntad integracionista? ¿Es que no entendemos que la integración se hace entre pueblos y Estados y no entre gobiernos de turno con afinidades ideológicas? ¿Es que hay intereses sectoriales que priman sobre el interés general? o ¿Será quizás que los procesos se truncan por la inestabilidad política? ¿Habrá mezquindad política de las dirigencias nacionales? Siendo una región significativamente más homogénea que otras del mundo en su cultura, su historia y su complementariedad económica, deberíamos ser capaces de avanzar con mucha más facilidad en un proceso contundente y dinámico de integración.

Intentaremos, por lo tanto, en los párrafos siguientes reflexionar sobre estos interrogantes. Sin embargo, para poder comenzar a dilucidar algunas respuestas, es indispensable que repasemos las principales iniciativas de integración en América Latina.

Iniciativas de Integración en Latinoamérica

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) se constituyó el 26 de marzo de 1991 por el Tratado de Asunción. Está integrado por Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay y Venezuela, actualmente suspendido, que se incorporó como miembro de pleno derecho en 2012. En la Cumbre de Brasilia de diciembre de 2012, Bolivia firmó el Protocolo de Adhesión, y su incorporación plena está actualmente en proceso. El MERCOSUR reúne aproximadamente al 75 por ciento del Producto Bruto Interno (PBI) de Sudamérica.

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) está integrada actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Es el proceso de integración más antiguo de la región y arrancó en 1969. El gran logro de la CAN ha sido la creación de una Zona de Libre Comercio que se completó en enero de 2006. En 2004, se firmó un Acuerdo de Libre Comercio CAN-Mercosur (Acuerdo de Complementación Económica). Colombia, Ecuador y Perú son también miembros asociados de Mercosur. Además, Perú y Colombia han firmado un Acuerdo de Libre Comercio, el Acuerdo Multipartes, ya en aplicación provisional, con la Unión Europea. En 2013 se puso en marcha un proceso de refundación de la CAN, basado en determinadas prioridades tales como la integración comercial, las pequeñas y medianas empresas, las interconexiones eléctricas, la ciudadanía andina y la simplificación institucional.

La Comunidad del Caribe (CARICOM) lo componen quince países, casi todos ellos ex colonias inglesas, once de los cuales son islas: Antigua, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Montserrat (colonia británica), San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Surinam (antigua Guyana Holandesa), Trinidad y Tobago y Haití.

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), de la cual Argentina se retiró recientemente, nació en la Cumbre de Isla Margarita, Venezuela, el 17 de abril de 2007 como heredera de la Comunidad Suramericana de Naciones (CSN). Lo formaron doce países de América del Sur: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú, Surinam, Uruguay, Venezuela y Paraguay, aunque actualmente está inactiva y debilitada. La UNASUR se constituyó como una iniciativa de concertación política, su-

mando una población de casi 400 millones de habitantes y una extensión superior a los 17 millones de km².

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) fue constituido el 13 de diciembre de 1991 por el Protocolo de Tegucigalpa en la Cumbre de presidentes de Centroamérica, con el objetivo de avanzar en la integración de la región. Son miembros de pleno derecho Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Honduras, Belice y, desde 2013, la República Dominicana. Honduras estuvo suspendida entre junio de 2009 y julio de 2010 como consecuencia del desalojo del poder del presidente Manuel Zelaya.

La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) es otra de las iniciativas promovidas por Venezuela para la integración de los países de América Latina y el Caribe, basada en la “solidaridad y en la complementariedad de las economías nacionales”. Fue propuesta por el presidente venezolano, Hugo Chávez, como reacción al Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA), impulsada en ese entonces por Estados Unidos. Se creó en 2004, por un acuerdo suscrito en La Habana por Venezuela y Cuba. En los años siguientes se sumaron al grupo Bolivia, Nicaragua, Honduras, Dominica, Ecuador, San Vicente y las Granadinas, Antigua y Barbuda, Santa Lucía, Surinam y San Cristóbal y Nieves. En enero de 2010, Honduras abandonó el bloque y actualmente es otro de los organismos virtualmente inactivos.

La Alianza del Pacífico (AdP), definida como un organismo “de integración profunda”, es una apuesta económica y comercial fundada en 2011 y constituida formalmente en junio de 2012, con la suscripción del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico. Está formada por México, Colombia, Perú y Chile. Un Protocolo adicional fue firmado por los jefes de Estado el 10 de febrero de 2014 en la Cumbre de Cartagena de Indias. Como bloque económico, la AdP agrupa a más de 214 millones de personas y representa el 37% del PIB total de América Latina y el Caribe. En la actualidad, hay 32 Estados Observadores de la Alianza del Pacífico.

La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) es un mecanismo representativo de concertación política, cooperación e integración de los Estados latinoamericanos y caribeños que reúne a los treinta y tres países de América Latina y el Caribe sobre la base del acervo histórico del denominado Grupo de Río. La CELAC fue constituida en diciembre de 2011, en la Cumbre de América Latina y el Caribe celebrada en Caracas. Por decisión expresa de sus miembros, carece de órganos administrativos; las decisiones se adoptan por consenso y la instancia suprema es la Cumbre de

jefes de Estado y de Gobierno.

Finalmente, la última creación ha sido el Foro para el Progreso y el Desarrollo de América Latina (Prosur) que tuvo su primer encuentro formal el 22 de marzo de 2019 en la ciudad de Santiago de Chile. Es una nueva instancia de integración regional impulsada por los presidentes de Chile, Sebastián Piñera, y de Colombia, Iván Duque, que busca ser el primer paso concreto hacia el reemplazo de la diezmada Unasur, con una nueva orientación política. En palabras de sus fundadores, es un foro “sin ideología ni burocracia para que todos los países democráticos de América del Sur podamos dialogar, coordinarnos, colaborar y hacer escuchar nuestra voz”.

Como vemos, las iniciativas de integración en América Latina han sido múltiples y variadas, distrayendo esfuerzos, creando y abandonando instituciones dependiendo de las coyunturas políticas según las afinidades políticas de turno, sin entender que la integración debe ser de países, de estados, de pueblos y no debe depender de coyunturas en los que gobiernen determinadas fuerzas políticas en un país u otro. Las instituciones de la integración deben ser “Políticas de Estado”, sólidas, profundas, que trasciendan los gobiernos. Las instituciones deben ser capaces de aceptar el pluralismo y la autodeterminación de cada país.

El resultado de tantos vaivenes

El resultado de tantos vaivenes es que América Latina sigue postergando el desafío de consolidar el proceso de integración tanto en lo comercial y lo económico, como así también en lo político e institucional. Se requiere por lo tanto, más voluntad política, no equivocarse más las estrategias y evitar malgastar energías. Es indispensable aportar más trabajo técnico y revisar la institucionalidad y las herramientas existentes.

Para que los acuerdos políticos prosperen y se transformen en políticas de Estado y para que se haga operativa una agenda de integración económica que sea una plataforma para la expansión del mercado regional y el crecimiento de las economías de los países, debemos contar con un componente fundamental: la decisión y el compromiso de los gobiernos y el respaldo de todo, o al menos de la mayoría del arco político de cada país, de los empresarios y sus entidades, de los sindicatos de trabajadores y de una profunda participación ciudadana, para que sea la sociedad quien respalde estos procesos políticos y sociales de largo plazo. La integración debe tener en cuenta al ciudadano para que no se potencien acuerdos de superestructura que dejen afuera a la sociedad civil. En este sentido, es im-

perioso trabajar en ampliar el marco de derechos ciudadanos en la región, levantar las barreras que impiden la libre circulación de personas, plasmar el reconocimiento de los títulos y profesiones a nivel regional, establecer marcos mínimos de derechos laborales, propiciar la construcción de políticas públicas regionales tendientes a solucionar y a dar abordajes integrales a problemas estructurales tales como el ejercicio de los derechos humanos fundamentales (agua, educación, salud), la seguridad alimentaria, el combate al narcotráfico, el cambio climático o la falta de infraestructura.

En cuanto al comercio, los desafíos parecen siempre ser similares: elevar el nivel de comercio, integrar cadenas regionales de valor insertas en las cadenas globales de valor, complementar cadenas productivas, generar proyectos y sinergias regionales, concretar un espacio mayor de integración, evitar la superposición de organismos y reemplazar años de mucha retórica con pocos resultados por una era de concreciones y acciones positivas. Uno de los grandes desafíos es que los acuerdos preferenciales estén orientados a reducir costos de transacción y tener la capacidad de mejorar los flujos de inversión y facilitar el desarrollo de encadenamientos productivos y de la inserción de las cadenas regionales de valor en los mercados mundiales.

Volviendo a la faz institucional, se requiere una mayor estabilidad política si se quiere consolidar seriamente la integración regional. La última elección presidencial en Brasil reabrió el debate de la integración y demostró que la región ante cada viraje político que se produce hacia la derecha o hacia la izquierda, pone en duda la vida de las instituciones y el futuro mismo del proceso de integración. Los procesos eleccionarios no deberían de ninguna manera afectar el camino de la integración, si la misma se reconoce como una política de Estado y trasciende las coyunturas. Nuestro desafío es, en tal sentido, consolidar estructuras institucionales sólidas que queden fuera de las coyunturas políticas.

La incertidumbre que plantea la economía y la geopolítica mundial, nuestras propias necesidades y nuestra historia y cultura en común, nos indican que es el momento de ser más audaces, no repetir errores del pasado y acelerar los pasos en el sentido correcto, si queremos crecer como región e integrarnos mejor al mundo.

Rescatar el Mercosur

Cuando Alfonsín y Sarney impulsaban la integración a mediados de los ochenta, entendían las nuevas condiciones de la economía mundial y propiciaban un viraje geopolítico en las relaciones entre Brasil y Argentina al

que luego se le sumarían Paraguay y Uruguay.

El acuerdo resultante fue el Mercosur que tuvo un impacto importantísimo en el incremento del volumen de comercio intrarregional. De apenas 765 millones de exportaciones argentinas a Brasil en 1980, se pasó a casi 16.900 millones de dólares en 2012, para luego ir declinando.

El comercio creció de manera muy importante en la primera mitad de vida del Mercosur, pero en la segunda, tuvo una fuerte declinación. En los últimos años el intercambio comercial fue descendiendo. En el año 2000, de todo lo que Brasil le compraba al mundo, el 12,25% se lo compraba a Argentina, aunque bajó a alrededor de un 6% en 2017 y 2018. Desde el punto de vista de las exportaciones brasileñas, Argentina también perdió importancia. En el año 2000, de todo lo que Brasil le vendía al mundo, el 11,32% se lo vendía a Argentina. Este porcentaje bajó al 8,29% en el 2017 y 7,79% en 2018. El último superávit comercial que tuvo Argentina fue en el año 2003 y posteriormente por 15 años consecutivos el déficit comercial con Brasil alcanzó casi US\$ 60 mil millones.

Paradójicamente, en los últimos años en los que reinaba un creciente fervor discursivo por la integración regional, aumentaba el desinterés por los aspectos comerciales y la Argentina sufría un déficit fenomenal en la relación con Brasil. Además, lejos de seguir aquel postulado del “regionalismo abierto” propuesto por CEPAL de fines de los ochenta y principios de los noventa, el Mercosur se encerraba en sí mismo. El resultado es que exportamos alrededor del 12% de nuestro PBI, casi la mitad que otros países de ingresos medios-altos, y tenemos acuerdos comerciales que representan solo un 10 % del comercio mundial.

Argentina impulsaba una agenda basada en el desaliento al comercio internacional que significó la aplicación indiscriminada de obstáculos para importar productos brasileiros, lo que fue contestado desde Brasil con medidas similares, que significó una drástica reducción de las exportaciones argentinas a su principal socio entre 2012 a 2015. Entre los productos más perjudicados por dichas medidas se encontraron los de las llamadas economías regionales que, en casos como las peras, las manzanas y las uvas para consumo en fresco se desplomaron en más del 60% promedio en menos de tres años.

Al cumplirse 28 años de la creación del Mercosur, queda claro que fue un instrumento formidable, que favoreció la estabilidad geopolítica en la región, cambiando sustancialmente la relación entre Argentina y Brasil. En lo económico, permitió aumentar mucho el volumen de comercio en la región, pero no logró eliminar todas las trabas ni transformarse en la plata-

forma de integración con el mundo que debió haber sido. Tenemos escasos acuerdos comerciales y un volumen de comercio muy bajo, inclusive con nuestros vecinos de América Latina y miembros de ALADI.

Como mencionáramos anteriormente, un ejemplo de acercamientos entre países miembros de ALADI que se dio en la región es entre el Mercosur y la Alianza del Pacífico, que tienen un impacto muy positivo en la integración, abarcando alrededor del 90% del PIB regional y con el volumen suficiente como para alcanzar buenos resultados. Los dos bloques iniciaron hace más de dos años un proceso de acercamiento y eso es bueno. Para que estas conversaciones sean exitosas, necesitamos un proceso de liderazgo político y técnico consistente y robusto. El camino entonces no parece ser el de crear nuevas instituciones sino el de fortalecer, revitalizar y repotenciar las existentes, como es el caso de ALADI.

Rol de la ALADI en la etapa actual (2019)

Uno de los principales organismos que en nuestra visión debe desempeñar un papel protagónico dentro de la institucionalidad latinoamericana es ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), que es la institución natural desde lo técnico y lo institucional para que este objetivo se pueda concretar como política de Estado. Tiene casi 40 años de experiencia (fue creado en 1980) y todos los países miembros del Mercosur y de la Alianza del Pacífico, más otros países de la región, son miembros del mismo.

Haciendo un poco de historia, el 18 de febrero de 1960 surgió la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) creada por el Tratado de Montevideo con el objetivo de eliminar de forma gradual las barreras al comercio regional, fortaleciendo a sus miembros y logrando un proceso productivo eficiente. Los resultados fueron muy positivos, un aumento de la inversión extranjera directa y un aumento significativo de los flujos de exportación y fue el antecedente de la creación veinte años después de ALADI. Está integrada por los Ministros de Relaciones Exteriores de los países miembros; la Conferencia de Evaluación y Convergencia y el Comité de Representantes y la Secretaría General es el órgano técnico de la Asociación.

ALADI conforma un área de preferencias económicas con el fin de lograr el ambicionado mercado común latinoamericano. El área de preferencias, que sustituye a la proyectada zona de libre comercio de ALALC, se compone de tres mecanismos: una preferencia arancelaria regional (PAR) respecto de terceros países; acuerdos de alcance regional en la que partici-

pan todos los países miembros; y los acuerdos de alcance parcial, llamados de esta forma porque se celebran entre dos o más de los países miembros, pero no entre todos ellos.

Este organismo ha sido uno de las pocas instituciones que hizo los esfuerzos necesarios con herramientas prácticas para la integración regional. Los acuerdos preferenciales firmados entre las economías integradas contribuyeron definitivamente a reducir los costos de transacción, aunque lamentablemente no tiene los instrumentos necesarios para la ampliación de su alcance.

Consideramos que, en una nueva etapa del proceso de integración, toda esta experiencia y este esfuerzo deben ser considerados. Los acuerdos, además, deberían mejorar las relaciones de inversión, los encadenamientos productivos, los servicios y la propiedad intelectual. Estas temáticas deben ser tenidas en cuenta en esta etapa de la integración. Si el comercio mundial es especialmente explicado por cadenas globales de valor, las herramientas que aporte nuestra región deben tener en cuenta esa realidad.

Consideraciones finales

En el 2019 los desafíos de la integración siguen pendientes: la falta de un marco político e institucional estable que de marco al proceso de integración, un bajo nivel de comercio y la escasa integración de cadenas de valor y la falta de concreción de un espacio de integración mayor y de un acuerdo regional de libre comercio. Tras décadas de retórica con falta de una fuerte voluntad política, en el medio de un contexto de incertidumbre sobre la economía y la geopolítica mundial, parecería que se sigue eligiendo la superposición de organismos y la tentación de crear nuevas instituciones que reemplacen las anteriores, con el riesgo que en una futura etapa política se creen otros organismos que reemplacen los que hoy se crean.

No podemos seguir repitiendo historias que ya sabemos que llevan a nuevas frustraciones. Debemos tener un buen diagnóstico acerca de la situación actual del comercio regional, de la integración y de los acuerdos comerciales vigentes. Ese diagnóstico debe también incluir los organismos existentes y la situación institucional y política del proceso de integración. Proponemos revitalizar y repotenciar el rol de ALADI teniendo en cuenta sus concreciones y su vigencia actual, analizando las debilidades y fortalezas del organismo para aportarle lo necesario para ser un protagonista para liderar el proceso de integración regional.

En este desafío que debe encarar la región, es imperioso construir equi-

pos comunes, que asuman el desafío de encontrar los consensos necesarios. Deben participar los líderes de todo el arco político de los países miembros y la sociedad civil, sumando a los empresarios, los dirigentes sindicales y los académicos.

Para este objetivo, el Mercosur también tiene un enorme valor por su experiencia y por sus logros. La agenda es clara. Debemos cuidar lo conseguido, corregir lo que no funciona y eliminar las barreras internas al comercio. Nuestro bloque regional debe modernizarse para fortalecer la importancia estratégica que le dio origen, adaptarse a la dinámica de los cambios regionales y globales, y transformarse para ser la plataforma adecuada para suscribir grandes acuerdos extrarregionales. Debe estrechar relaciones con más países, para que nuestros productos no deban pagar los aranceles que nuestros competidores no pagan.

En este marco, se debe impulsar una institucionalidad política estable que sirva de plataforma para la integración, en la que Aladi está llamada a desempeñar un papel fundamental para que el objetivo sea un marco de integración mayor en toda la región.

Bibliografía consultada:

- Banco Mundial (2017), "Latinoamérica: 5 razones para fortalecer la integración regional".
- Halperín, Marcelo (2011), "Organizaciones de integración económica en América latina y el Caribe: textos vs. Contextos", Revista Aportes, UNLP.
- Peña, Felix (2017), "Una iniciativa oportuna originada en la Aladi: Al concretarse, revalorizará la región en un mundo en el que predomina la confusión".
- Peña, Felix (2019), "Realidades y sueños en la construcción de una región. Algunos momentos fundacionales en el largo e inconcluso proceso de desarrollo de la integración latinoamericana".
- Russell, Roberto (2010), "América Latina ¿Entre la Integración y la Polarización?: Un Falso Dilema", Universidad ORT.

El rol del grupo intergubernamental de expertos en derecho y política de protección del consumidor de las Naciones Unidas.

Por Ezequiel N. Mendieta²⁵⁶

Sumario: I. Introducción. II. Funciones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor. III. Breve repaso sobre las sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor. IV. Conclusión

Introducción

Con el inicio del siglo XXI, se han dado una serie de transformaciones que ya habían comenzado a gestar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. El consumo masivo, el avance de la medicina, el desarrollo sin precedentes de la tecnología, son algunos de los fenómenos que han producido severos cambios en la vida de los habitantes del planeta.

Estos fenómenos, han logrado desdibujar de algún modo las fronteras convencionales y acortar las distancias a niveles jamás vistos. Hoy en día, se puede seguir en vivo fenómenos que transcurren al otro lado del planeta, situación que 150 años atrás podría haber tardado años en tomarse conocimiento de ello.

Frente a este panorama, el avance de la tecnología y sus potencialidades —tanto negativas como positivas— escapan al control aislados de los Estados por separado precisamente por no encontrarse sujetos a los límites convencionales vigentes.

En este contexto, dichas circunstancias pueden verse en el caso de los consumidores. Si bien es una categoría que comenzó a delimitarse luego de la segunda mitad del siglo XX, hoy en día se encuentra comprendida dentro de los ámbitos afectados por el fenómeno de la globalización y de las relaciones transfronterizas. En efecto, situaciones como el comercio electrónico o el turismo, permite que se den relaciones de consumo a nivel

256. Abogado (UBA). Especialista en Derechos de Daños (UBA). Máster en Economía y Derecho del Consumo (UCLM).

transnacional, generando en ciertas circunstancias casos de desprotección frente a los eventuales incumplimientos por parte de los proveedores o daños que los consumidores puedan sufrir en el marco de la mentada relación.

Sin embargo, las naciones del mundo han comenzado a tomar cartas en el asunto. La Organización de las Naciones Unidas (en adelante, "ONU") ha vislumbrado estos problemas ya en 1985 cuando la Asamblea General aprobó por medio de la Resolución 39/248 del 16 de abril de ese año las Directrices para la Protección del Consumidor (en adelante, "Directrices"), las cuales fueron ampliadas posteriormente en 1999.

Habida cuenta de ello, el 22 de diciembre de 2015, la Asamblea General de la ONU aprobó una versión actualizada mediante la Resolución 70/186. Dicha reforma ha significado un importante avance en la protección internacional del consumidor, considerando que ha incorporado distintas directrices relacionadas con la protección de los consumidores hipervulnerables, comercio electrónico, turismo, resolución de conflictos y compensaciones, buenas prácticas comerciales, entre otros.

A su vez, uno de los puntos más destacables que trajo la revisión fue la previsión de la cooperación internacional para la implementación de las Directrices. De este modo, se creó el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor (en adelante, "IGE"), el cual se desempeña en el marco de una comisión existente de la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, "UNCTAD").

Al ser tal vez una de las incorporaciones más relevantes, el IGE constituye el foro internacional más grande en materia de derecho del consumidor, nucleando a las autoridades de políticas de protección del consumidor de todo el mundo, sumado Organizaciones No Gubernamentales, representantes del mundo académico o incluso organizaciones regionales, entre otros.

A continuación, se expondrán las funciones encomendadas y cómo ellas constituyen un eficaz instrumento para el diseño de políticas de protección al consumidor. Asimismo, se hará un breve repaso sobre el trabajo desarrollado en sus tres sesiones, las cuales demuestran un futuro promisorio para este foro internacional en la búsqueda de la puesta en la agenda global la protección de los derechos de los consumidores.

Funciones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor

En la Directriz 95257 se creó este Grupo Intergubernamental de Expertos en la órbita de la UNCTAD precisamente con la finalidad de conferir a los Estados miembros un mecanismo institucional internacional para estudiar e implementar las directrices en cuestión.

En este contexto, en la Directriz 97, se dotó al IGE de importantes funciones a los fines de profundizar la cooperación internacional y servir como foro internacional para la implementación de políticas homogéneas de protección al consumidor.

Siguiendo los lineamientos de la directriz mencionada, las funciones encomendadas son:

- a) Servir de foro anual para consultas, debates e intercambios de opiniones entre los Estados miembros sobre los asuntos relacionados con la aplicación y experiencias con las directrices.
- b) Realizar estudios e investigaciones sobre las cuestiones relacionadas con la protección del consumidor en virtud de las directrices.
- c) Realizar exámenes voluntarios entre homólogos (*peer-to-peer review*) acerca de políticas nacionales de protección del consumidor.
- d) Reunir y difundir información sobre la aplicación de las directrices por parte de los Estados miembros a nivel nacional.
- e) Prestar asistencia técnica y crear capacidad en los países en desarrollo para la formulación y la aplicación de políticas y leyes de protección del consumidor.
- f) Examen e intercambio de información con otras organizaciones competentes del sistema de la ONU y otras organizaciones internacionales, en materia de programas de trabajo y temas para consultas como así también trabajos compartidos y modalidades de cooperación en la prestación de asistencia técnica.
- g) Elaborar informes y recomendaciones apropiados sobre las políticas de protección del consumidor de los Estados miembros en relación a la aplicación de las directrices.
- h) Presentar informes sobre su trabajo ante las Conferencias de las Naciones

257. "95. Un grupo intergubernamental de expertos en derecho y política de protección del consumidor, que desempeñará sus funciones en el marco de una comisión existente de la Junta de Comercio y Desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, actuará como mecanismo institucional".

Unidas Encargadas de Examinar Todos los Aspectos del Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas.

- i) Llevar a cabo un examen periódico de las directrices cuando así lo dispongan las Conferencias mencionadas en el punto anterior.
- j) Establecer los procedimientos y métodos de trabajo que sean necesarios para cumplir su mandato.

De este modo, se puede apreciar que el IGE es el foro internacional más amplio en materia de protección al consumidor, cuya principal finalidad es fomentar la cooperación internacional entre los Estados miembros a fin de lograr una mayor expansión de la tutela de los consumidores a nivel transfronterizo²⁵⁸. Es así que año a año, en cada sesión, se produce un interesante intercambio de ideas acerca de la aplicación de las directrices y de las experiencias de los Estados en dicha tarea.

En definitiva, conforme se desprende de la directriz 97, las funciones del IGE giran en torno al fortalecimiento de la cooperación internacional buscando el intercambio de las distintas experiencias de los Estados en la aplicación de las Directrices y el intercambio de información para la formulación de políticas protectorias para los consumidores. Al respecto, es importante mencionar que en las Directrices se dedicó un capítulo entero a la cooperación internacional (directrices 79/94).

En este sentido, el grupo de expertos también juega un rol fundamental al momento de elaborar informes o recomendaciones sobre distintos problemas tales como comercio electrónico²⁵⁹ o inocuidad de los productos²⁶⁰, en los cuales se recaba información de todo el mundo para tratar de brindar lineamientos para el diseño de futuras políticas.

Por todo ello, será indispensable de cara al futuro contar con un órgano como este para afrontar los desafíos que enfrentan los consumidores tales como el comercio electrónico, los cuales desconocen las fronteras convencionales y requiere la cooperación de todos los Estados para lograr una efectiva protección de los derechos de los consumidores²⁶¹.

258. UNCTAD, *Manual on Consumer Protection*, 2017, pág. 58.

259. UNCTAD, "Consumer protection in electronic commerce" (TD/B/C.I./CPLP/7).

260. UNCTAD, "Inocuidad de los productos de consumo" (TD/B/C.I./CPLP/12).

261. En la conclusión 10 de la segunda sesión del IGE se puso de relieve la importancia de la cooperación regional en la aplicación del derecho y la política de protección del consumidor, invitando a fortalecer la cooperación bilateral, regional e internacional.

Breve repaso sobre las sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor

Luego de su creación en 2015, el IGE sesionó por primera en octubre de 2016, reuniéndose una vez por año en lo sucesivo. A lo largo de su corta experiencia, se han producido debates e intercambios de suma importancia y actualidad, exponiendo los desafíos en común de los consumidores de todo el mundo.

En la primera sesión celebrada en Ginebra entre los días 17 y 18 de octubre de 2016, el IGE acordó el programa de trabajo del grupo para los años 2016-2020. Asimismo, luego del debate, se requirió a la secretaria de la UNCTAD la preparación de informes para la segunda sesión relacionados con el marco jurídico e institucional para la protección del consumidor y sobre el comercio electrónico. En lo que respecta los temas debatidos, se trataron puntos como la participación de las partes interesadas en el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, los desafíos y perspectivas de la economía colaborativa emergente y el lanzamiento de las directrices.

En la segunda sesión del Grupo Intergubernamental de Expertos, la cual tuvo lugar en Ginebra entre los días 3 y 4 de julio de 2017, los dos puntos centrales fueron la protección de los consumidores vulnerables o hipervulnerables y la protección de los consumidores en el comercio electrónico. Como consecuencia de ello, se concluyó en la importancia de formular especialmente destinadas a proteger a los consumidores en situación de vulnerabilidad y de desventaja²⁶², como así también aprovechar el comercio electrónico para aumentar el bienestar de los consumidores y limitar los riesgos que dicha actividad puede entrañar²⁶³. Finalmente, se solicitó a la secretaria de la UNCTAD la conformación de dos grupos de trabajo (uno sobre comercio electrónico y otro sobre consumidores hipervulnerables) y la elaboración de dos informes relacionados con la solución de controversias y compensación y sobre la inocuidad de los productos de consumo.

Por último, entre los días 9 y 10 de julio de 2018, se celebró en Ginebra la tercera sesión del IGE. En esta oportunidad se debatieron sobre tres ejes: La protección del consumidor de servicios financieros, solución de controversias y compensación y sobre inocuidad de los productos de consumo. Otro punto destacable de esta sesión fue la puesta en conocimiento del primer examen voluntario entre homólogos sobre derecho y política de protección

262. Conclusión 5 de la segunda sesión del IGE.

263. Conclusión 6 de la segunda sesión del IGE.

del consumidor. Por último, como punto destacable, se dieron a conocer los informes de los grupos de trabajo de comercio electrónico y protección de consumidores en situación vulnerable.

Conclusión

El corto recorrido del Grupo Intergubernamental de Expertos demuestra que esta clase de foros son útiles para la homogeneización de las políticas de protección del consumidor, considerando los desafíos globales que hoy se les presentan.

Las funciones encomendadas son propicias para la constitución de un foro internacional de debate e intercambio de experiencias amplio para que todos los Estados miembros puedan nutrirse para poder formular las medidas de protección adecuadas para los consumidores de su territorio. Dichos debates, sumados a los informes y presentaciones realizados por la secretaria de la UNCTAD, enriquecen y fortalecen la aplicación de las Directrices para la Protección del Consumidor.

Asimismo, los trabajos en las sesiones han sido fructíferos, produciendo conclusiones útiles para que luego cada Estado pueda tomar lo necesario para su país en materia de protección del consumidor.

Es por ello que iniciativas internacionales como estas merecen celebradas en contextos como los actuales donde las fronteras convencionales son trascendidas por el tráfico comercial. El comercio electrónico es una muestra de las relaciones de consumo transfronterizas que ameritan una coordinación por parte de los Estados para brindar una protección adecuada a los consumidores. Es por ello que el IGE constituye un foro internacional de suma trascendencia para lograr la tutela transfronteriza de los consumidores.

Capítulo IV:

El desarrollo sostenible en la agenda de la integración, los estados, la protección de los derechos humanos.

Coordinadora: Leila Devia
Autores: Maria Jose Alzari
Liziane Paixão Silva Oliveira
Luíz Ricardo Santana de Araújo Júnior
Marcelo Benachio
Renata Mota
Anderson Vichinkoski

Presentación

*Por Leila Devia*²⁶⁴

En 2016 entró en vigencia una nueva agenda de desarrollo sostenible, adoptando un conjunto de objetivos globales en favor de las personas, el planeta y la prosperidad, buscando fortalecer la paz universal y su implementación, a través de alianzas eficaces²⁶⁵.

Simplemente, la agenda 2030 es un plan de acción consistente en 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y metas asociadas, de carácter integrado e indivisible, que conjugan las tres dimensiones de la sustentabilidad: económica, social y ambiental²⁶⁶.

Esta nueva agenda universal, si bien responde a un proceso que comenzó a gestarse hace varias décadas, empezó a delinarse en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (más conocida como Río +20), donde se reconoció que la formulación de objetivos podría ser útil para la puesta en marcha de medidas concretas y coherentes sobre el desarrollo sostenible.

Dos décadas después de la histórica conferencia de 1992, la cumbre de

264. Profesora titular USAL, UBA, investigadora Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

265. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

266. <http://onu.org.pe/ods/>

Río +20, que se celebró del 20 al 22 de junio de 2012 en Río de Janeiro, “*mobilizó a la comunidad mundial en torno a la meta de construir un “futuro” para el planeta*”²⁶⁷.

Fue así que, en septiembre de 2015, y luego de varios años de trabajo conjunto, en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en la sede de la ONU en Nueva York, los Estados miembro aprobaron la nueva “Agenda Global de Desarrollo Sostenible” conformada por 17 objetivos y 169 metas conexas que deberán ser cumplidos de aquí al 2030²⁶⁸. Asimismo, se estableció que el proceso para su elaboración, formulación y establecimiento debía ser inclusivo y transparente, abierto a todas las partes interesadas, basándose en los Objetivos de Desarrollo del Milenio –cuyo vencimiento operó en el año 2015– y conseguir así lo que estos no lograron, abordando los asuntos pendientes²⁶⁹.

La Agenda tiene alcance mundial y es de aplicación universal, pues abarca tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo, aunque para su implementación deberán considerarse las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada uno, respetando las prioridades nacionales.

Los 17 ODS y sus metas conexas son de carácter integrado, indivisible e interdependiente²⁷⁰. Conforman un conjunto inseparable, donde el avance de uno tracciona y facilita el avance de los demás. Se inspiran en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y el derecho internacional.

Asimismo, constituyen el resultado de un proceso inclusivo y transparente sin precedentes, pues aglutina e insta a los gobiernos, sector privado, y sociedad civil, a fomentar y promover alianzas eficaces, reconociendo la importancia, los roles y capacidades de cada uno de ellos, en la implementación de la nueva agenda.

Como se mencionara en el comienzo, los esfuerzos se concentran en cinco esferas de trabajo: Personas, Prosperidad, Planeta, Paz y Alianzas. Estas líneas de acción engloban, entre otras cuestiones, el compromiso para erradicar el hambre y lograr la seguridad alimentaria; garantizar una vida sana y una educación de calidad; lograr la igualdad de género; asegurar el acceso al agua y la energía sustentable; promover el crecimiento económico

267. DIEYE Cheikh Tidiane, “Río +20: ¿un consenso minimalista para el desarrollo sostenible?” , 26-9-12, en: <https://www.ictsd.org/bridges-news/puentes/news/r%C3%ADo-20-%C2%BFun-consenso-minimalista-para-el-desarrollo-sostenible>

268. <https://www.un.org/es/development/desa/development-beyond-2015.html>

269. Idem DIEYE

270. <http://www.fao.org/sustainable-development-goals/overview/es/>

sostenido; adoptar medidas urgentes contra el cambio climático; promover la paz; facilitar el acceso a la justicia y fortalecer una alianza mundial para el desarrollo sostenible.

En la diversidad de temas que se abordan en esta agenda global se demuestra un compromiso común y universal, no obstante, puesto que cada país enfrenta retos específicos en su búsqueda del desarrollo sostenible pleno sobre su riqueza, recursos y actividad económica, cada uno fijará sus propias metas nacionales.

En la Argentina, el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales es quien tiene a su cargo el proceso de adaptación nacional²⁷¹. Se trata de un espacio articulador de planificación y coordinación de la política social nacional para mejorar la gestión de gobierno. Fue creado en el año 2002 con la finalidad de lograr una correcta y eficaz administración de los recursos del Estado destinados a la política social.

El producto final del trabajo es el listado oficial de los ODS de la República Argentina, con sus metas adaptadas a las circunstancias nacionales y los indicadores de seguimiento con sus respectivas fichas técnicas de definiciones conceptuales y operacionales²⁷².

En síntesis, la agenda para el 2030 es una visión muy ambiciosa de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible *“la Agenda 2030 es el plan global para la erradicación de la pobreza, la lucha contra el cambio climático y la reducción de las desigualdades más ambicioso alguna vez adoptado por la comunidad internacional. Fue desarrollada sobre la base de consultas nacionales que llegaron a las poblaciones en mayor situación de vulnerabilidad de cada país, entre ellas cerca de 80 mil personas en el Perú, y fue aprobada por unanimidad por los 193 países de las Naciones Unidas. Su objetivo es claro: Lograr un mundo donde nadie se quede atrás”*²⁷³.

Por ello, garantizar su éxito requiere de medidas audaces y urgentes por parte de la comunidad internacional, en cualquiera de sus roles: Gobierno, Sector Privado, Sociedad Civil, Comunidad Científica y Académica e individuos en su conjunto.

Las disertaciones de este panel pusieron de relieve la estrecha relación de la Agenda 2030, la evolución de los procesos de integración en nuestra región, y su rol en las discusiones de dichos temas. Esto demuestra que el tema cruza los demás (cross cutting issues) y no existe aparente resistencia

271. <https://www.argentina.gob.ar/politicassociales>

272. <http://www.odsargentina.gob.ar/>

273. <http://onu.org.pe/ods/>

en esta conclusión.

A nivel MERCOSUR, en 2017 se desarrolló el encuentro “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: Hacia una cooperación regional” que convocó a autoridades de los países del bloque para analizar y discutir los principales desafíos a resolver para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). También participaron referentes del sector privado, la sociedad civil y académicos. *“La actividad se enmarcó en el intercambio de experiencias de cada país respecto al proceso de adaptación que está llevando adelante cada uno; los esquemas institucionales desplegados para su implementación, monitoreo y reporte, las estrategias de participación implementadas y los obstáculos identificados. También se destacó la oportunidad de identificar posibles criterios comunes de medición y de seguimiento de los resultados que se vayan obteniendo, a favor de fomentar una Agenda de acción regional”*²⁷⁴.

En tal sentido se destacó como clave el rol del Instituto Social del MERCOSUR (ISM) y del “Plan Estratégico de Acción Social (PEAS)”, alineado con la normativa internacional en materia de derechos humanos y con los Objetivos de

Nos encontramos en una etapa crucial del debate, pues la discusión también debe centrarse en el financiamiento de la aplicación de los Objetivos del Desarrollo Sostenible y los subtemas que devienen de esa agenda. Este desafío dependerá, según mi punto de vista, de la organización de la economía mundial, la volatilidad de los mercados y el planteamiento de una nueva Organización Mundial de Comercio.

274. BID CONEXIÓN INTAL, MERCOSUR prepara Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, en: <http://conexionintal.iadb.org/2017/08/02/mercosur-prepara-agenda-2030-para-el-desarrollo-sostenible/>

Derechos Humanos y la agenda de sustentabilidad empresarial.

Por María José Alzari²⁷⁵

Sumario: I. Desarrollo Sostenible: Agenda Global de Desarrollo. II. Empresa y Derechos Humanos. III. Confianza y Transparencia: la agenda de sustentabilidad empresarial

Desarrollo Sostenible: Agenda Global de Desarrollo

El concepto, hoy ampliamente utilizado, de desarrollo sostenible aparece por primera vez acuñado en el informe “Nuestro Futuro Común” (1987), más conocido como Informe Brundtland, el cual se basa en la necesidad de considerar y equilibrar los aspectos económicos, ambientales y sociales a fin de lograr un desarrollo que permita que las generaciones futuras puedan satisfacer sus necesidades.

A partir de allí, este concepto ha ido evolucionando progresiva y rápidamente. Así esta agenda de sustentabilidad viene a encontrar un punto claro de inflexión en el año 2015. La, entonces, denominada agenda Post 2015 se inicia en el año 2012, cuando los líderes mundiales se reunieron nuevamente en Río de Janeiro en la Conferencia conocida como “Río + 20”. Fue justa-

275. María José Alzari, docente, Facultad de derecho, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. mjalzari@gmail.com. MARIA JOSE ALZARI Abogada (UBA). Especializada en Derecho ambiental y en los diferentes aspectos del derecho de la sustentabilidad. Experta en “Derechos Humanos y Empresa”. Se desempeña como Asesor Senior en Derecho Humanos, Área Legal & Compliance del CEADS (Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible. Asesora externa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Posee una especialización en Régimen Jurídico de los Recursos Naturales (UBA) y es graduada en el Programa de Gestión Ambiental de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Austral. Ha realizado, entre otros, cursos de Postgrado en Derecho del Ambiental en la Universidad de Salamanca, España y en Políticas e Instrumentos de Gestión Ambiental en el Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Madrid, España.

Docente de grado y postgrado en dicha disciplina, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Universidad del Salvador (USAL), en la Universidad Católica Argentina (UCA), en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE), entre otras.

mente, el documento final de Río + 20 “El Futuro que Queremos”²⁷⁶, el que diera inicio al proceso de formulación de los ODS – Objetivos del Desarrollo Sustentable. Podemos decir que “*uno de los resultados más significativos de Río + 20 fue el compromiso de los gobiernos de establecer un proceso intergubernamental inclusivo y transparente para desarrollar un conjunto de Objetivos de Desarrollo Sostenible, teniendo en cuenta especialmente el vencimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio hacia fines del 2015*”²⁷⁷, en el cual podemos destacar el rol activo del sector empresarial.

A esta iniciativa global se sumó la adopción, en ese mismo año, del Acuerdo de París sobre Cambio Climático. Iniciativas que vienen a sumarse a la desafiante agenda de “Empresa y Derechos Humanos”, lanzada públicamente con la adopción por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos: “Proteger, Respetar y Remediar”.

Sintéticamente podemos entender que la agenda de desarrollo global actual se encuentra definida, básicamente, por tres procesos esencialmente relacionados entre sí: 1. Objetivos de Desarrollo Sustentable (ODS), 2. Agenda climática (Acuerdo de París sobre Cambio Climático) y 3. Agenda sobre Empresa y Derechos Humanos.

Iniciaremos con una pequeña referencia a las dos primeras agendas detalladas, para luego adentrarnos con un poco más de profundidad de la agenda sobre Empresas y Derechos Humanos y sus actuales desafíos y oportunidades para un desarrollo sostenible.

Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS)

Como se adelantara, en septiembre de 2015 tuvo lugar la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sustentable, donde los Estados miembro de la ONU aprobaron la nueva Agenda Global de Desarrollo Sustentable o Agenda 2030, conformada por 17 Objetivos y 169 metas, de carácter integrador e indivisible y que conjugan las tres dimensiones del desarrollo sustentable: económica, social y ambiental, conforme lo expresa el Preámbulo de la resolución²⁷⁸ que los aprueba. “*La agenda resultante de desarrollo para el 2030 es la más ambiciosa visión de las Naciones Unidas para el desarrollo sostenible y*

276. Anexo de la Resolución 66/288 aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012final.

277. Miguel Nuñez. “*Las empresas y los ODS*”. Gerencia ambiental; Nro. 227; Junio 2016; pág. 20.

278. Resolución 70/1 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

*remodelará decisivamente la práctica del desarrollo a nivel mundial, incluyendo el papel del sector privado*²⁷⁹.

Estos Objetivos y sus metas

- Son de carácter integrado e indivisible,
- Son de alcance mundial y de aplicación universal,
- Tienen en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada país y respetan sus políticas y prioridades nacionales.
- Cada gobierno fijará sus propias metas nacionales, guiándose por la ambiciosa aspiración general pero tomando en consideración las circunstancias del país.
- Cada gobierno decidirá la forma de incorporar esas aspiraciones y metas mundiales en los procesos de planificación, las políticas y las estrategias nacionales.

El Estado argentino, junto con el resto de los estados miembros de la ONU, adhirió en septiembre de 2015, a la Agenda 2030 “Transformar nuestro mundo”. Durante el año 2016, y liderado por el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales (CNPCS), el trabajo en Argentina se focalizó en la priorización de las metas críticas para nuestro país, sobre la base de tres indicadores: Pobreza cero, Lucha contra el narcotráfico y Unión de los argentinos.

Conforme lo destaca el CEADS (Consejo Empresario Argentino para el Desarrollo Sostenible) *“para el liderazgo en el logro de los ODS no puede prescindirse del sector privado. Las empresas están equipadas de forma única para ofrecer cambios innovadores a gran escala, desarrollar mejores prácticas que pueden adoptar los demás, y crear el impulso hacia el progreso.*

*Además de las acciones individuales que las empresas puedan llevar a cabo, es muy importante su participación en una alianza global por el desarrollo. Esto implica que todos los organismos, tanto públicos como privados, han de compartir conocimientos, experiencia, tecnologías y recursos financieros para apoyar el logro de los ODS en todos los países, creando alianzas estratégicas eficaces. Sólo de esta forma, las prioridades y objetivos de gobiernos, sociedad civil y sector privado confluirán y producirán un esfuerzo conjunto capaz de conseguir que el desarrollo sostenible sea una realidad.*²⁸⁰.

279. Miguel Nuñez. “Las empresas y los ODS”. Gerencia ambiental; Nro. 227; Junio 2016; pág. 20.

280. <http://www.ods.ceads.org.ar/argentina-ods/>

Cambio Climático: Acuerdo de París

Junto con los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, el nuevo Acuerdo de París ha contribuido a dar forma a la agenda global de desarrollo de las próximas décadas.

En 2015, las naciones se unieron por primera vez, en función de sus responsabilidades históricas, actuales y futuras para movilizar las acciones e inversiones necesarias para un futuro bajo en carbono, resiliente y sostenible, mediante la adopción del Acuerdo de París; el cual bajo el paraguas de Naciones Unidas, establece el objetivo mundial de limitar el aumento de la temperatura global muy por debajo de 2° C respecto de los niveles pre-industriales.

En el marco de dicho Acuerdo, Argentina presentó en la COP22 de Cambio Climático, llevada a cabo en Diciembre de 2016, la revisión de su contribución nacionalmente determinada –NDC- (por sus siglas en inglés), que son las acciones que todos los países deben llevar a cabo para intensificar sus acciones contra el cambio climático, ya sea para reducir las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) - acciones de mitigación- o para adaptarse a los impactos producidos por ese fenómeno -acciones de adaptación. Así nuestro país, y se comprometió a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero 18% de manera incondicional y 37% de manera condicional²⁸¹.

Este contexto avanza integrando agendas, tal como lo plasma Virginia Vilariño en su artículo “Calentamiento Global de 1.5°C, un aporte científico clave”²⁸², al referirse acerca del “Informe Especial sobre el Calentamiento Global de 1.5°C” emitido por el Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés) en Octubre de 2018. La autora expresa que *“Un mensaje clave del Reporte es que limitar el calentamiento global a 1.5 °C va de la mano con garantizar una sociedad más sostenible y equitativa, y con el logro de otros objetivos globales. Las medidas de adaptación que reducen la vulnerabilidad de los sistemas humanos y naturales tienen muchas sinergias con el desarrollo sostenible, como garantizar la seguridad alimentaria (ODS 2) y el acceso al agua (ODS 6), reducir los riesgos de desastres (ODS 13), mejorar las condiciones de salud (ODS 3), mantener los servicios de los ecosistemas (ODS 15) y reducir la pobreza (ODS 1) y la desigualdad (ODS 5) A su vez, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades contribuyen a limitar*

281. Fuente: <https://www.argentina.gov.ar/ambiente/sustentabilidad/cambioclimatico/contribuciones>

282. Vilariño, M. Virginia. Coordinadora Área Clima y Energía del CEADS. “Informe Especial sobre el Calentamiento Global de 1.5°C”. <http://www.visionsustentable.com/2018/10/16/13037/>

el calentamiento a 1.5 °C ya que facilitan las transiciones sociales fundamentales para dicho objetivo, incluyendo estilos de vida sustentables (por ejemplo, la baja demanda de energía y de materiales, dieta saludable y sustentable)."

Empresa y Derechos Humanos

Una iniciativa integradora de agendas es, sin duda, la de "Empresa y Derechos Humanos". Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos "Proteger, Respetar y Remediar", publicados en 2011, se basan en el reconocimiento del papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan especiales funciones, que tienen capacidades específicas y que más allá del cumplimiento de todas las leyes aplicables, deben accionar positivamente ante su obligación de respetar los Derechos Humanos.

Estos Principios marcan un punto de inflexión total en materia de sustentabilidad empresarial. Ya no es suficiente introducir el tema en una política de RSE, porque la dinámica que los Principios suponen va mucho más allá de la Responsabilidad Social Empresarial. Esto es gestión de la sustentabilidad y, en especial, supone una gestión de riesgos continua.

Estos Principios Rectores poseen una dinámica especial, que se introduce en el centro mismo de la estrategia empresarial de gestión de la sustentabilidad. Sin duda, resulta indispensable el compromiso e involucramiento de la alta dirección y seguidamente la capacitación de los diferentes niveles dentro de una organización.

La publicación del WBCSD (World Business Council for Sustainable Development – Consejo Empresario Mundial para el Desarrollo Sostenible) "Llevar a escala la acción en Derechos Humanos" plantea con claridad el desafío para el sector empresarial que los Principios implican, al puntualizar: "*Ahora lo que la comunidad empresarial quiere saber es qué significa tal responsabilidad en la práctica –es decir, en geografías, industrias y contextos particulares–, y cómo puede cumplir con ella en su operatoria cotidiana de la manera más eficaz posible*"²⁸³.

Como se plasmara, los Principios Rectores afirman el principio de responsabilidad por parte de las empresas de respetar los Derechos Humanos, enfocándose principalmente en la forma en que las empresas deben poner en práctica esa responsabilidad; esto es, a través de la realización de la "*devida diligencia*" respecto de los Derechos Humanos que sus operaciones

283. "Llevar a escala la acción en Derechos Humanos - Hacer operativos los Principios Rectores de la ONU sobre Empresa y Derechos Humanos" – WBCSD – Traducción al español CEADS -Copyright © WBCSD, noviembre de 2014 - ISBN: 978-2-940521-23-4

pueden afectar, ya sea en forma directa, indirecta o a través de su cadena de valor.

La “debida diligencia” supone la realización de un análisis de riesgo sistemático y continuo, acerca de los impactos reales o potenciales que las actividades de la empresa, de sus operarios u operaciones pueden tener con relación a los Derechos Humanos, incluyendo actividades de su cadena de suministro, clientes, contratistas, etc. Supone asimismo que, ante la evidencia o riesgo de ocasionar impactos adversos, deberán tomarse las medidas necesarias para hacer cesar ese impacto, incluso realizando acciones de remediación.

Cuando se empieza a pensar en las derivaciones prácticas de esta debida diligencia y su accionar posterior, no todo es tan fácil como parece. Supone extras y nuevos esfuerzos, tanto dentro de una organización como puertas afuera, y el involucramiento de toda áreas y en todos los procesos de una empresa, incluyendo las acciones de comunicación, la capacitación de los miembros de la empresa y la revisión de los sistemas de gestión y estándares de performance, así como muchos otros aspectos a ser considerados.

Esta nueva visión también trae oportunidades. Como ya se señaló, esta nueva agenda significa en esencia una gestión de riesgos. En ese sentido, cuando se realiza un consiente y continuo análisis de riesgo se genera de inmediato una disminución en los impactos negativos de la empresa. Ello puede significar reducción de conflictos, reducción de costos. Implica generar lazos de confianza, relaciones estratégicas que siempre redundarán en beneficios para la empresa. Puede resultar una oportunidad para coordinar diferentes sistemas de gestión que la empresa tenga implementados. También representa un desafío para repensar procesos y procedimientos que traerán aparejadas nuevas oportunidades. Todo ello, además de los beneficios que la gestión anticipada de riesgos en materia de Derechos Humanos significa para la sociedad en general.

Guías Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales:

Mucho se escucha hablar de la OCDE y de las posibilidades que el ingreso de nuestro país a ese organismo supone para el desarrollo del sector empresarial local.

En forma muy sintética, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), creada en 1961, es un foro de debate donde los gobiernos trabajan conjuntamente para compartir experiencias y buscar soluciones a problemas de políticas públicas. En la actualidad, la integran 37 países.

Las Guías Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, cuya

revisión más reciente se completó en mayo de 2011, son consideradas como un instrumento esencial de sustentabilidad global, ya que contienen las materias básicas y fundamentales de la sustentabilidad empresarial, totalmente alineadas con la Guía ISO 26.00 sobre Responsabilidad Social y con los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS) publicados en 2015; como también con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

Estas Guías Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales son parte integrante de unos de los principales instrumentos de la Organización: la Declaración sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales, que fue adoptada en 1976 y de la cual Argentina es parte desde 1997.

Las “Directrices”, como se las denomina, son recomendaciones dirigidas a las empresas multinacionales que operan en países adherentes o que tienen su sede en ellos. Contienen principios y disposiciones no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente.

Los temas que las “Directrices” abordan son: derechos humanos, empleo y relaciones laborales, ambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia, fiscalidad y publicación de informaciones.

Las “Directrices” constituyen el único código de conducta empresarial responsable, exhaustivo y acordado multilateralmente, que los gobiernos se han comprometido a promover.

El objetivo de las “Directrices” es contribuir a que las actividades de esas empresas se desarrollen en armonía con criterios básicos y uniformes – que la Organización y sus países miembro – han definido; buscando fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que desarrollan su actividad, contribuir a mejorar el clima para la inversión extranjera y potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible.

Así, la actualización de Mayo 2011 de las “Directrices”, importó - en esencia - nuevas e importantes definiciones en el capítulo de derechos humanos.

En este sentido, resulta interesante comentar que con el fin de promover el cumplimiento efectivo de las “Directrices”, la OCDE ha desarrollado orientaciones sectoriales, dirigidas al sector agrícola, al extractivos, al textil y al financiero, que ayudan a las empresas a identificar y abordar los riesgos

para las personas, el ambiente y la sociedad asociados con las operaciones comerciales, productos o servicios en sectores particulares.

Avanzando con esa mirada, OCDE publica en Mayo de 2018, la Guía sobre diligencia debida para una conducta empresarial responsable.

Las regulaciones locales

Cada vez más encontramos iniciativas que requieren gestión de aspectos sociales y ambientales, con la consecuente transparencia en la información que la empresa comunica.

Hoy eje de numerosas regulaciones internas, la *Directiva de la Unión Europea sobre Reportes No Financieros* (Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014), en vigencia desde mediados de 2017, requiere que las empresas tanto públicas como privadas, que cuenten con un promedio de más de 500 empleados, publiquen una declaración anual sobre cuestiones ambientales y sociales, sobre aspectos relativos a sus empleados, acciones relacionadas al respeto de los Derechos Humanos y la lucha contra la corrupción y los sobornos.

En materia de “esclavitud moderna”, concepto ligado al de trabajo forzoso, la regulación inglesa ha avanzado en forma considerable. Así, Por su parte, la *Ley Inglesa sobre Esclavitud Moderna (Modern Slavery Act) de 2015* exige informar anualmente sobre las medidas que hayan adoptado para garantizar que no existe la esclavitud o la trata de personas en las cadenas de suministro de las empresas alcanzadas por la norma. Iniciativa de similar contenido ha sido definida en Australia.

Tampoco dejar de comentar la *Ley Francesa de Deber de Vigilancia (French Duty of Vigilance Law)* que establece que las empresas de origen francés o localizadas en Francia, con más cinco mil empleados dentro de la compañía y sus subsidiarias directos e indirectos deben establecer e implementar un “plan efectivo de vigilancia”, en temas referidos a derechos humanos y libertades fundamentales, lesiones corporales graves o daños al ambiente o riesgos para la salud derivados directa o indirectamente de las operaciones de la empresa y de las empresas que controla, así como de las operaciones de los subcontratistas o proveedores.

En ellas evidenciamos requerimientos de comportamientos con aspectos comunes: gestionar e informar riesgos y acciones preventivas frente a aspectos no financieros, como ser el respeto de los derechos humanos, derechos laborales, cuestiones ambientales y compromiso contra la corrupción.

Confianza y Transparencia: la agenda de sustentabilidad empresarial

Confianza y agenda de sustentabilidad

A comienzos del mes de Abril de 2018 se presentó el informe anual *Perspectivas Económicas de América Latina*, el cual es una producción conjunta entre la Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe (CEPAL), CAF- Banco de Desarrollo de América Latina y el Centro de Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en cooperación con la Comisión Europea por primera vez ese año.

El Informe indica que *“tres de cada cuatro ciudadanos de América Latina tienen poca o ninguna confianza en sus gobiernos. Y alrededor de un 80% creen que la corrupción está extendida en las instituciones públicas. Estas cifras se han deteriorado desde niveles del 55% y 67% en 2010, respectivamente. La desconfianza ciudadana crece y está llevando a una desconexión entre sociedad e instituciones públicas, poniendo así en riesgo la cohesión social y debilitando el contrato social”*²⁸⁴.

Este panorama de desconfianza no sólo se evidencia respecto de las instituciones públicas. Así lo demuestra el Edelman Trust Barometer de 2017, cuya tendencia continúa en 2018. En 2017 se identificó una profunda crisis de confianza a nivel mundial, donde las instituciones claves- empresas, gobiernos, ONGs y medios de prensa – evidenciaron una importante caída en los niveles de credibilidad global, un fenómeno nunca antes evidenciado.²⁸⁵

Es este el contexto, global y regional, en el cual hoy las empresas desarrollan sus actividades. La empresa es claramente evidenciada como un actor con características especiales, y son justamente estas características las que hacen que hoy la empresa se encuentre en una posición “especial” para contribuir a alcanzar esa visión compartida de sustentabilidad global y también local.

La agenda de sustentabilidad empresarial y la transparencia

Son numerosos los instrumentos internacionales que focalizan como parte esencial la conducta responsable por parte de las empresas. Los Objetivos

284. <https://www.cepal.org/es/comunicados/recuperar-la-confianza-ciudadanos-instituciones-publicas-es-fundamental-retomar-senda>

285. Ver: <https://www.edelman.com/trust-barometer>

del Desarrollo Sostenible (ODS), el Acuerdo de París y los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, así también las Guías Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales y la Declaración Tripartita de Principios de la OIT sobre Empresas Multinacionales y Política Social, son ejemplos de ello.

Estas iniciativas que definen la agenda de sustentabilidad actual están imbuidas transversalmente por un accionar transparente por parte de la empresa. Un accionar que no sólo tenga formalmente definidos compromisos sino que efectivamente trabaje en la mejora continua para hacer efectivos esos compromisos y muestre de qué manera lo hace.

También supone una gran oportunidad de contar con marcos y procesos claros para poder comunicar su contribución con la agenda de sustentabilidad y generar así ventajas competitivas y fortalecimiento de sus capacidades internas y de relacionamiento con los diferentes grupos de interés; intensificando acciones que hacen al fortalecimiento de la confianza hacia la empresa.

Otra gran oportunidad será la capacidad de las empresas de relacionar e integrar sus acciones bajo un paraguas más amplio, de forma tal de no duplicar acciones y poder evidenciar efectivo compromiso.

De esta forma las políticas y los procesos se integran, se fortalecen las acciones que la empresa realiza, se robustece la coherencia interna de estas políticas y se contribuye - de forma orgánica y organizada - tanto a dar cumplimiento con requerimientos de iniciativas internacionales como a responder a los desafíos que la agenda de sustentabilidad hoy plantea y que la sociedad hoy demanda.

Responsabilidade ambiental no direito brasileiro e a bioinvasão

Por Liziane Paixão Silva Oliveira²⁸⁶ y Luíz Ricardo Santana de Araújo Júnior²⁸⁷

Sumário: I. Introdução. II. Aspectos gerais da bioinvasão pelo coral sol. III. Ações Civis Públicas e o combate ao Coral-Sol no Brasil. IV. A responsabilidade ambiental do Estado. V. A responsabilidade ambiental do particular. VI. Considerações finais.

Introdução.

O presente artigo, baseado em pesquisa documental, leituras primárias e secundárias, se propõe a analisar a responsabilidade civil ambiental no direito brasileiro em razão do processo de bioinvasão pelos corais do gênero *Tubastraea*, popularmente conhecidos como Coral-Sol, ocorrido em algumas localidades no litoral brasileiro, a exemplo do litoral sergipano, alagoano e do Rio de Janeiro.

Inicialmente, é imperioso destacar que o processo de bioinvasão, introdução de uma espécie não nativa no ambiente, faz parte dos processos biológicos e pode ocorrer de maneira natural no meio ambiente. No entanto, a atividade humana tende a potencializar tal ocorrência e em determinadas situações desencadear um desequilíbrio no ecossistema e provocar danos ao meio ambiente²⁸⁸.

O Ministério do Meio Ambiente²⁸⁹ define o processo de bioinvasão por

286. Doutora em Direito pela Universidade d'Aix-Maeseille III, Mestre em Direito pela UnB, Professora Titular do Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília. Professora da UNIT e UVV, Líder do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos – CNPq

287. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Assessor Jurídico do Ministério Público da União. Estudante Pesquisador do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias e o Impacto nos Direitos Humanos – UNIT – CNPq.

288. LANDRY, Jean-Sébastien. La bioinvasion: une menace qui nécessite un plan d'action québécois. 62 p. Dissertação (Mestrado em Meio Ambiente). Université de Sherbrooke, Québec, Canada, jun. 2004. Disponível em: <www.jslandry.netne.net/essai.pdf>. Acesso em 16 de nov. 2015.

289. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Bioincrustação. Disponível em: <www.mme.gov.br>

bioincrustação como o processo natural que ocorre em qualquer estrutura posta em contato com água, onde existam microrganismos²⁹⁰. Dentre as diversas formas de bioinvasão no ambiente marinho, destacam-se a bioinvasão por água de lastro e a bioinvasão por bioincrustação. Enquanto aquela já foi objeto de regulamentação pela Comunidade Internacional e contou com a criação Convenção Internacional sobre Controle e Gestão da Água de Lastro e Sedimentos de Navios²⁹¹, a bioincrustação não possui regulamentação jurídica específica, sendo necessário abordar o tema como forma de subsidiar ações concretas para evitar ou mesmo minimizar a ocorrência de danos ao meio ambiente.

Nessa linha de reflexão, onde ausência de regulamentação e maximização da ocorrência do processo provocam preocupação, o tema ganha relevância ímpar considerando-se a ocorrência do processo de bioincrustação em diversos estados brasileiros²⁹², como Rio de Janeiro, São Paulo, Santa Catarina e Sergipe, num processo de substituição da biota nativa e diminuição da biodiversidade.

Para a análise jurídica do tema o texto se inicia com uma explicação mais detalhada do processo de bioinvasão e, em especial, aquele provocado pelo Coral-Sol, que redundava em impactos provocados como a redução da biodiversidade de espécies nativas²⁹³; a redução da produtividade pesqueira; a redução das espécies de bentos, centos e plâncton; a modificação dos ciclos de carbono e cálcio, o que faz com que seja classificado como espécie exótica invasora.

Num segundo momento, far-se-á uma breve abordagem das Ações Cíveis Públicas que tramitam na Justiça Federal em Sergipe, Rio de Janeiro e Alagoas, respectivamente, e que tratam do processo de bioinvasão provo-

gov.br/programas/biodiesel/galerias/arquivos/biodiesel/13_glicerina.ppt>. Acesso em 20 de dez. de 2015.

290. BRASIL. IBAMA. Nota Técnica nº 02028.000069/2014-64 DITEC/SE/IBAMA. 16 de out. de 2014. In Inquérito Civil nº 1.11.000.001138/2010-77. Ministério Público Federal em Sergipe. 369-373 p.

291. ONU. Convenção Internacional sobre Controle e Gestão da Água de Lastro e Sedimentos de Navios. 2004. Disponível em : <http://www.mma.gov.br/estruturas/lastro/_arquivos/lastro36.pdf>. Acesso em 20 de nov. 2015.

292. IBAMA. Coral-sol é tema de reunião técnica na sede do Ibama. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://ibama.gov.br/publicadas/coral-sol-e-tema-de-reuniao-tecnica-na-sede-do-ibama>>. Acesso em 16 de nov. de 2015.

293. CREED, Joel Christopher. Laudo Técnico. 16 de set. de 2013. In Inquérito Civil nº 1.11.000.001138/2010-77. Ministério Público Federal em Sergipe. 444 p.

cado pelo Coral-Sol naqueles estados. Destaca-se que o principal problema jurídico enfrentado pelo Ministério Público Federal, nas referidas ações, reside na dificuldade de demonstração do nexo causal, para a consequente atribuição de responsabilidades pelos danos causados à biota. Além disso, essas são as três primeiras ações sobre o tema em nível nacional, o que significa a ausência de precedentes, somado à inexistência de legislação específica e à parca abordagem doutrinária a respeito da bioinvasão provocada pela bioincrustação, tudo isso, faz com que o tema surja na pauta do direito como tópico que deve ser necessariamente abordado.

Aspectos gerais da bioinvasão pelo coral sol

A Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica – CDB em seu artigo oitavo elenca como obrigação dos Estados signatários, dentre eles o Brasil, “impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies”²⁹⁴. A obrigação positivada no texto convencional advém da preocupação com a perda da diversidade biológica decorrente dos processos de bioinvasão que tomou conta do cenário internacional²⁹⁵ e fez parte, inclusive, das disposições do preâmbulo do texto final da Convenção, que afirmou estarem as partes cientes e preocupadas “com a sensível redução da diversidade biológica causada por determinadas atividades humanas”²⁹⁶.

De fato, a preocupação anunciada pelas Nações Unidas encontra respaldo na literatura especializada²⁹⁷, uma vez que, como observa Landry²⁹⁸, a ação humana ensejou um aumento substancial do fenômeno natural que é a bioinvasão ou invasão biológica e, em consequência, transformou um

294. BRASIL. Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB. In Legislação de direito internacional. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 214.

295. A criação, pela Comunidade Internacional, da Convenção Internacional sobre Controle e Gestão da Água de Lastro e Sedimentos de Navios demonstra como a preocupação com a bioinvasão encontra-se na pauta de discussão, da mesma forma que a própria Convenção sobre Diversidade Biológica concede ao tema importância reconhecida no cenário internacional e nacional, na medida em que tais convenções são incorporadas ao direito pátrio.

296. BRASIL. Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB. *op. cit.*, p. 211.

297. Sobre o tema conferir: Perrings, 2002; Dawson *et all*, 2005; Clavero *et all*, 2009; Gilbert & Levine, 2013.

298. LANDRY, Jean-Sébastien. *op. cit.*, p. 09.

fato natural em problema globalizado, que passou a representar “uma das principais ameaças à biodiversidade”²⁹⁹.

A Union Internationale pour la conservation de la nature³⁰⁰ – UINC³⁰¹ afirma que as espécies exóticas invasoras são apenas as espécies exóticas estabelecidas em habitats ou ecossistemas naturais ou seminaturais que se transformam em vetores de transformação do meio e ameaçam a diversidade biológica nativa. A identificação de uma espécie como invasora, no entanto, não é fácil. Landry³⁰² admite que mesmo com o avanço tecnológico é difícil prever se determinada espécie será ou não invasora. Nesse sentido, a Otero³⁰³ aponta, como alternativa para a identificação do potencial invasivo, a confirmação da característica invasora da espécie em outras partes do globo. Como consequência das suas características intrínsecas, as espécies exóticas invasoras acabam por gerar uma série de impactos seja sobre o meio ambiente, sobre a economia, sobre a saúde e o bem-estar humano ou, ainda, impactos culturais³⁰⁴.

Os impactos ambientais são caracterizados pela perda da biodiversidade, advinda da predação dos invasores sobre as espécies nativas, da diminuição de espaço para as espécies locais, pela diluição genética causada pela hibridação, já os impactos diretos à saúde e ao bem-estar humano se verificam pela presença de parasitas e doenças, ao passo que os impactos econômicos são identificados a partir da interferência da espécie exótica invasora nas atividades de pesca, assim como nos custos oriundos das ações de controle, limpeza e quarentena das áreas afetadas. Os impactos culturais, por sua vez, podem ser observados com a supressão de determinada espécie nativa que fazia parte dos usos e costumes de uma comunidade³⁰⁵.

Os atributos intrínsecos das espécies exóticas invasoras, assim como os impactos causados no novo ambiente de instalação permitem a identificação do gênero *Tubastraea*, vulgarmente conhecido como Coral-Sol³⁰⁶,

299. COUTINHO, Ricardo. *et all.* A Avaliação crítica das bioinvasões por bioincrustação. In: A Ressurgência. Instituto de Estudos do Mar Almirante Paulo Moreira. n. 7. 2013. p. 12.

300. União Internacional para a conservação da natureza (nossa tradução).

301. OTERO, M., *et all.* Surveillance des espèces envahissantes marines dans les aires marines protégées (AMP) méditerranéennes : guide pratique et stratégique à l'attention des gestionnaires. 136 pages. UICN. Mijas, Espagne: Solprint, 2013. p. 08.

302. LANDRY, Jean-Sébastien. *op. cit.*, p. 07.

303. *Idem.*

304. DE POORTER, Maj. Menace en mer: les espèces exotiques envahissantes dans l'environnement marin. 30 pages. UICN. Genève, Suisse: ätta design sàrl, 2009. p. 05.

305. *Idem.*

306. Ao longo do presente trabalho usaremos o termo vulgar por questões práticas.

como espécie exótica invasora das águas brasileiras. O Coral invasor, que é originário dos oceanos Pacífico e Índico, hoje, encontra-se praticamente por todo o globo, a exemplo do Caribe, do Golfo do México, da Flórida e do Arquipélago de Galápagos, chegando ao Brasil em 1980³⁰⁷.

No Brasil, em 2015, segundo dados do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA³⁰⁸, a espécie pode ser encontrada ao longo de toda a costa, nos estados do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Santa Catarina, do Espírito Santo, da Bahia, de Sergipe e de Alagoas. Nesse sentido, a forma de caracterização sugerida por Otero³⁰⁹ é bastante pertinente, na medida em que se verifica que a espécie se comporta como invasora em vários locais.

Além da presença constatada em vários locais, há também a indicação de alguns impactos provocados pela espécie. Creed³¹⁰ aponta cinco impactos provocados pela presença da espécie invasora: a redução da biodiversidade e da abundância de espécies nativas; a redução da produtividade pesqueira; a redução das espécies de bentos, centos e plâncton; a modificação dos ciclos de carbono e cálcio; redução da riqueza e da diversidade biológica.

Impactos congêneres àqueles apresentados como resultados esperados de uma bioinvasão. A consideração, portanto, do Coral-Sol como invasor pode ser apontada tanto pelo seu comportamento invasivo em várias regiões, como pela existência dos danos apontados. Dessa forma, o seu estudo merece a atenção acadêmica, uma vez que serve para apresentar ao meio acadêmico jurídico os meandros que envolvem o tema, auxiliando, no processo de subsunção dos casos à realidade jurídica brasileira³¹¹.

Ações Civis Públicas e o combate ao Coral-Sol no Brasil

Nas ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal nos Es-

307. MANGELLI, Tarcio Santos; CREED, Joel Christopher. Análise comparativa da abundância do coral invasor *Tubastraea* spp: (Cnidaria, Anthozoa) em substratos naturais e artificiais na Ilha Grande, Rio de Janeiro, Brasil. *Iheringia, Sér. Zool.* [online]. 2012, vol.102, n.2, pp. 122-130. ISSN 0073-4721. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0073-47212012000200002>>. p. 123.

308. IBAMA. Coral-sol é tema de reunião técnica na sede do Ibama. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://ibama.gov.br/publicadas/coral-sol-e-tema-de-reuniao-tecnica-na-sede-do-ibama>>. Acesso em 16 de nov. De 2015.

309. OTERO, M., *et all.* *op.cit.* p.09.

310. CREED, Joel Christopher. *op.cit.* p.01-02.

311. COUTINHO, Ricardo. *et all.* *op.cit.* p.17.

tados de Sergipe e Rio de Janeiro um dos principais argumentos jurídicos foi que pelo conjunto de evidências identificáveis deveria ser dispensada a conformação do nexos causal da forma clássica, ou seja, não seria necessária a identificação do nexos causal certo, entre a ação e o dano, como demanda a doutrina clássica para a responsabilização do agente causador de dano³¹².

Já no caso alagoano, tal definição argumentativa não foi utilizada, em razão do caráter preventivo da medida judicial, ou seja, a ação civil pública foi proposta com o objetivo de impedir que o processo de bioinvasão, que ocorre no litoral sergipano, alcance o sistema de recifes do estado de Alagoas.

Uma análise pormenorizada do caso sergipano se mostra importante por dois motivos. O primeiro pelo fato de que o argumento jurídico defendido na ação só pode ser compreendido a partir do entendimento do caso concreto e segundo por se tratar a ação civil pública sergipana da primeira medida judicial específica para o combate à bioinvasão por bioincrustação pelo Coral-Sol no Brasil.

Em razão da noticiada presença do Coral-Sol nas plataformas de petróleo em Aracaju/SE, foi instaurado o inquérito civil³¹³, para a apuração das informações. No curso do processo administrativo, o IBAMA³¹⁴ noticiou a existência de grande quantidade de Coral-Sol na plataforma PCM6 (Plataforma de Camurim 6), constatando, também, a existência do aludido coral na plataforma PDO1 (Plataforma de Dourado 1)³¹⁵.

Dentre as informações levantadas pelo IBAMA³¹⁶, além da constatação da presença do Coral-Sol nas plataformas de petróleo, que se localizam no litoral sergipano, foi observado, ainda, o processo de substituição dos corais nativos e demais componentes da biota pela espécie invasora, com a “a fixação do coral sol por cima de esponjas, cracas e corais, substituindo a biota nativa pela espécie exótica.” Outro fato identificado foi a ausência de predadores, uma vez que “foram avistadas tartarugas marinhas de, pelo menos, três espécies diferentes (“Cabeçuda”, *Olivacea*, “de Pente”), que

312. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 7: responsabilidade civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.605. E GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

313. O inquérito civil nº 1.11.000.001138/2010-77 instrui a Ação Civil Pública de nº 0801904-32.2015.4.05.8500, que tramita na 2ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária de Sergipe.

314. BRASIL. IBAMA. Relatório de Fiscalização. 29 de mai. de 2013. In Inquérito Civil nº 1.11.000.001138/2010-77. Ministério Público Federal em Sergipe. 195-203 p.

315. As plataformas fazem parte de um conjunto destinado à exploração e à prospecção de petróleo no litoral sergipano.

316. BRASIL. IBAMA. *op.cit.* p. 195-203.

apresentam comportamento de forrageio/alimentação de espécies nativas de esponjas e corais”, no entanto, tais animais não se alimentavam do Coral-Sol.

A empresa responsável pelas plataformas, onde foi constatada a presença do coral invasor, emitiu nota técnica por meio da qual reconheceu a existência do Coral-Sol. Todavia, a empresa alegou que não foram constatados danos ao meio ambiente ou à saúde humana que justifiquem a intervenção. Alegando, ainda, que não foi comprovado o nexo causal entre suas atividades e a introdução do organismo invasor, o Coral Sol, na região³¹⁷.

Verifica-se, de logo, que a questão do nexo causal foi colocada em pauta desde o procedimento administrativo que deu origem à ação civil pública. Ainda no curso do inquérito, observou-se a preocupação do órgão ambiental federal com a possibilidade de contaminação do ecossistema recifal que vai de Alagoas ao Rio Grande do Norte³¹⁸. Destaca-se, de igual modo, a determinação para que a empresa responsável pelas estruturas tomasse providências, dentro de sessenta dias, para o controle e a erradicação da espécie³¹⁹.

No entanto, em razão da inércia da empresa exploradora de petróleo e da falta de medidas punitivas por parte do órgão ambiental, foi proposta a ação civil pública. A argumentação da empresa ré (Petrobras) abordou a inexistência de impactos à economia, à saúde, à cultura e à sociedade, em razão da presença do Coral-Sol em Sergipe.³²⁰ Seguindo a linha de raciocínio, entende a ré que o processo de substituição de espécies nativas constatado pelo IBAMA não representa um impacto negativo, assim como reiterou a impossibilidade jurídica de atribuição de responsabilidade sem a prova no nexo causal certo e determinado, ou seja, sem a prova cabal de que foi a empresa a única responsável pela introdução do organismo³²¹. O

317. PETROBRÁS. Nota Técnica: Espécies exóticas invasoras. mar. de 2014. *In* Inquérito Civil nº 1.11.000.001138/2010-77. Ministério Público Federal em Sergipe. p. 270-303.

318. BRASIL. IBAMA. Nota Técnica nº 000024/2014 DITEC/SE/IBAMA. 26 de mai. de 2014. *In* Inquérito Civil nº 1.11.000.001138/2010-77. Ministério Público Federal em Sergipe. 331-340 p.

319. BRASIL. IBAMA. Nota Técnica nº 02028.000069/2014-64 DITEC/SE/IBAMA. 16 de out. de 2014. *In* Inquérito Civil nº 1.11.000.001138/2010-77. Ministério Público Federal em Sergipe. 369-373 p.

320. O IBAMA também figura no polo passivo da ação civil pública em comento. No entanto, não apresentou argumentos que fossem de encontro ao posicionamento defendido pelo Ministério Público Federal, no que pertine ao mérito da causa.

321. A argumentação da empresa ré é compilada na sua contestação que possui por iden-

órgão ambiental, por sua vez, afirmou que não poderia ser responsabilizado, dado que haveria agido diligentemente com a determinação para que a empresa solucionasse o problema identificado.

No curso da ação foi deferido o pedido de antecipação de tutela para que a empresa realizasse um planejamento de estudo sobre o tema; um cronograma de trabalho de pesquisa a ser desenvolvido, enfocando as técnicas atuais de remoção do Coral-Sol; a conclusão dos estudos realizados, com a apresentação das medidas técnicas encontradas, sua justificativa e um diagnóstico completo acerca do estabelecimento das espécies exóticas invasoras do gênero *Tubastraea* (Coral-Sol) nas demais plataformas e estruturas relacionadas à exploração e/ou prospecção de petróleo em águas sergipanas (devendo abranger todas as estruturas submersas que possam servir de substrato para a fixação de colônias do Coral-Sol).³²²

As determinações constantes na decisão transcrita podem ser classificadas como reparatórias, uma vez que não possuem caráter preventivo, em razão da existência do processo de bioinvasão, objetivando a definição da melhor técnica de remoção, possuindo ainda um viés atrelado à precaução, na medida em que a determinação da melhor técnica pode auxiliar na redução de danos ulteriores.

A ação civil pública se encontra em fase de instrução, aguardando os próximos contornos da situação. No entanto, considerando o teor da decisão interlocutória proferida, fica evidente que o processo de bioinvasão restou reconhecido pelo judiciário brasileiro, independentemente da caracterização do nexo causal certo, como exige a doutrina clássica do direito civil. No caso sergipano, foi possível a identificação de seis das sete etapas propostas por Landry, uma vez que houve a introdução da espécie exótica em um ambiente novo, ocorrendo um processo de adaptação, que culminou com a proliferação do coral.

A identificação, por parte do IBAMA, de que a espécie exótica estava substituindo a biota nativa, além não encontrar predadores naturais, representa a sexta etapa, que é caracterizada pelo dano ecológico, que, em linhas gerais, no contexto fático representa a diminuição da biodiversidade, um grave problema ambiental a demandar resposta.

Nessa linha de reflexão, até o momento, a resposta jurisdicional ao problema apresentado, ainda que de forma inicial e não definitiva, caminha para a aceitação da flexibilização da noção de nexo causal para os casos de

tificador o nº 4058500.438744.

322. A decisão foi proferida em 26 de agosto de 2015 e é identificada pelo nº 4058500.413819.

bioinvasão por bioincrustação pelo Coral-Sol.

Poucos meses após a propositura da ação civil pública em Sergipe, foi adotada a mesma medida no Rio de Janeiro, em razão da situação congênere que aquele estado enfrentava. Tombada sob o número 0151584-90.2015.4.02.5111 a Ação Civil Pública proposta no Rio de Janeiro tramita na subseção judiciária de Angra dos Reis/RJ e possui como objetivo a proteção do meio ambiente marinho, em especial da biodiversidade marinha, da Baía da Ilha Grande/RJ. Da mesma forma como ocorreu no estado de Sergipe, a introdução da espécie exótica invasora se deu, segundo as informações prestadas pelo Departamento de Ecologia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ e pelo IBAMA, pela incrustação em plataformas e estruturas relacionadas à exploração de petróleo.

A situação da bioinvasão no Rio de Janeiro é, ainda, agravada por afetar uma Unidade de Conservação Federal e ser caracterizada pela incrustação em áreas rochosas de difícil remoção e fácil propagação do coral invasor. Além de ser palco da atuação de diversas empresas do setor petrolífero e minerador, todas incluídas no polo passivo³²³. Percebe-se, no caso carioca, que a adoção da flexibilização do nexos causal para uma atribuição de responsabilidade a todos os atores é medida revestida de razoabilidade, uma vez que caso se mantenha a necessidade de identificação de nexos causal certo e determinado, como classicamente se requer, restará inviabilizada a responsabilização de qualquer dos atores particulares envolvidos.

Como se vê, cresce no cenário nacional, a preocupação com o processo de bioinvasão provocado pelo Coral-sol e com as suas previsíveis e imprevisíveis consequências. De forma que, no exercício do seu dever funcional e constitucional, vem o Ministério Público Federal propondo ações para auxiliar e agilizar a resolução da grave demanda, propondo a adoção de medidas de caráter reparatórios como a erradicação da espécie invasora e medidas de cunho preventivo, como a inspeção das estruturas e embarcações vinculadas à exploração e à prospecção de petróleo.

Cabendo-nos, por oportuno, uma análise da responsabilidade civil ambiental, seja do Estado, seja das empresas privadas, levando em conta a ne-

323. Até a finalização do presente artigo a antecipação de tutela requerida na ação civil pública proposta no Rio de Janeiro não havia sido decidida. A ação civil pública proposta que foi proposta em face da PETROBRAS, da TRANSPETRO, do ESTALEIRO BRASFELS, da VALE, da TECHNIP OPERADORA PORTUARIA S/A, do IBAMA, do ICMBio e do INEA – Instituto Estadual do Ambiente.

cessidade de flexibilização do nexa causal.

A responsabilidade ambiental do Estado

Inicialmente, é válido relembrar que não existe legislação específica para a bioinvasão por bioincrustação, independentemente do qual seja o organismo. Nesse sentido, as ações civis públicas e o presente trabalho utilizam como base para a atribuição da responsabilidade ao Estado a previsão da responsabilidade comum pela preservação e proteção do meio ambiente, trazida pelos artigos 23³²⁴ e 225³²⁵ da Constituição da República Federativa de 1988³²⁶. Em que pese a ausência de previsão legislativa específica para a bioinvasão, a tutela constitucional pode ser interpretada de forma, também, garantir a responsabilização do Estado pelos danos ambientais oriundos dos processos de bioinvasão.

Além disso, faz-se referência ao §1º, do art. 14³²⁷, da Política Nacional do Meio Ambiente³²⁸, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece o regime de responsabilidade objetiva em matéria ambiental, ou seja, independentemente de dolo ou culpa.

Uma demonstração de que o Estado reconhece a sua responsabilidade em casos de bioinvasão é a existência da Força Tarefa Nacional de Combate

324. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; [...]

325. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

326. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 de mar. de 2016.

327. Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

328. BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

ao Mexilhão Dourado³²⁹, outra espécie invasora encontrada no Brasil, especificamente na bacia do Rio do Prata e em seus afluentes. Seria possível a aplicação analógica das disposições da Força Tarefa, como forma de evidenciar a assunção de responsabilidade do Estado, assim como demonstrar a necessidade de ações articuladas para a prevenção da bioinvasão por bioinvasão pelo Coral-Sol e a proteção do meio ambiente.

Considerando a ausência de legislação específica e a existência de tratados internacionais que fazem referência à matéria, assim como a incorporação de tais tratados ao direito brasileiro, pode-se fazer uso da Convenção das Nações Unidas sobre do Direito do Mar de 1982 e da Convenção sobre Diversidade Biológica, sob a forma do Decreto n° 99.196, de 12 de março de 1990 e do Decreto n° 2.519, de 16 de março de 1998, respectivamente, como fontes de obrigações e, na medida em que tais obrigações são descumpridas, fontes de responsabilidade³³⁰.

A Convenção das Nações Unidas sobre do Direito do Mar de 1982 e a Convenção sobre Diversidade Biológica deixam claro que os estados signatários devem atuar visando a proteção do meio ambiente e, especificamente, evitando a introdução, ainda, que de forma acidental de organismos exóticos. Introdução geral

Segundo o primeiro instrumento internacional os Estados-Partes reconheceram a importância da preservação e proteção do meio ambiente e para tanto, além de uma série de medidas destinadas a evitar a poluição do meio marinho, reconheceu-se de forma expressa, por meio do seu art.196, que:

Os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho resultante da utilização de tecnologias sob sua jurisdição ou controle, ou a introdução intencional ou acidental num setor determinado do meio marinho de espécies estranhas ou novas que nele possam provocar mudanças importantes ou prejudiciais³³¹.

O texto convencional é claro, de forma que todas as medidas necessárias, para prevenir e reduzir a introdução de espécies exóticas, devem ser adotadas nesse sentido. E vai mais além, pois determina que em caso de

329. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria n° 494. Força Tarefa Nacional para Controle do Mexilhão Dourado. Brasília, 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.furnas.com.br/arcs/pdf/MexilhaoDourado/Portaria%20494.2003%20de%2022%20dezembro%202003.PDF>>. Acesso em 10 de dez. de 2015.

330. GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*

331. ONU. Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Convenção de Montego Bay de 1982. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Table/Conven%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-o-Direito-do-Mar-1982/>>. Acesso em 11 de abr. de 2016.

introdução, seja ela acidental ou proposital, devem ser tomadas medidas que visem o controle da situação.

No mesmo sentido, a Convenção sobre Diversidade Biológica determina, em seu art. 8º, alínea “h”, ao Estado Contratante a obrigação de “Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies”³³².

Assim, a ausência de legislação específica para o caso não pode ser considerada óbice à responsabilização do Estado, que deve basear a sua atuação em critérios preventivos, voltando suas ações para a possibilidade de impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, uma vez que, como observa Oliveira³³³ (2015, p. 176), há grande dificuldade em se definir cientificamente o dano, efetuar a correta análise do nexo de causalidade e encontrar balizas legislativas que apresentem certeza sobre a regulação do tema.

A responsabilidade ambiental do particular

Uma análise da responsabilidade civil ambiental, com fulcro de a atribuir, não mais ao Estado, mas ao particular titular de determinada atividade que possa servir de vetor à bioinvasão, não é tão simples como a responsabilidade do ente estatal. Ao contrário da responsabilidade estatal, que, geralmente, é atribuída em razão da ausência de atuação, da omissão fiscalizadora, a responsabilidade do particular está relacionada com o desenvolvimento de atividades econômicas, sendo caracterizada por ações para as quais é necessário o estabelecimento do nexo causal entre o dano e o fato (ação).

Parte da dificuldade em atribuir responsabilidade em casos de bioinvasão por incrustação advém das próprias características da invasão. Se por um lado é praticamente pacífico na literatura que as estruturas (navios, plataformas etc.) de prospecção e exploração de petróleo “podem atuar como vetores de introdução de espécies exóticas”, também é certo que outros navios e embarcações destinados ao comércio internacional podem, de igual modo, servir de veículo para a introdução das aludidas espécies³³⁴. Daí a impossibilidade de se provar o nexo causal certo e determinado exigido pela

332. BRASIL. Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB. *op. cit.*

333. OLIVEIRA, C. C.. Os limites da implementação da obrigação de reparar e de prevenir danos ambientais causados pela bioinvasão por bioincrustação. *Revista de Direito Ambiental*, v. 1, 2015, p. 176.

334. COUTINHO, Ricardo. *et all. op.cit.* p.14.

corrente clássica, seja do direito processual civil³³⁵, seja do direito civil³³⁶³³⁷.

Nesse sentido, a ausência do nexo causal impediria a atribuição de responsabilidade e, por conseguinte, a imposição de quaisquer obrigações que possibilitassem a promoção de ações voltadas à proteção ambiental. A concepção clássica da responsabilidade civil e suas características, não são adequadas à tutela da natureza, pois, como já observou Benjamin³³⁸, “sua concepção e referência a direitos e obrigações” está atrelada à “integridade humana e à propriedade”, “pressupondo uma ‘coisificação’ e ‘instrumentalização’ da natureza”, sendo, portanto, necessária uma releitura da responsabilidade à luz dos princípios que regem o direito ambiental.

Partindo do mesmo pressuposto, ao analisar a impossibilidade de se aplicar a responsabilidade subjetiva para a tutela do meio ambiente, Venosa³³⁹ afirma que “mostra-se evidente que a responsabilidade aquiliana tradicional [...] é insuficiente para a proteção do meio ambiente”. Assim, consciente de que há apenas a necessidade de que se “demonstre o dano e o nexo causal”, em aplicação da responsabilidade objetiva, torna-se necessária a interpretação do nexo causal de forma a considerar, também, as características do direito ambiental, especificamente a prevenção e a precaução, não deixando de lado o caráter solidário que as obrigações oriundas da responsabilidade objetiva adquirem.

Há a necessidade e a possibilidade jurídica de interpretação e análise da responsabilidade civil ambiental sob a ótica da solidariedade intrínseca às obrigações ambientais, permitindo-se a partir daí a responsabilização dos agentes identificáveis, mesmo que não haja certeza científica quanto a exclusiva responsabilidade daquele particular e da sua atividade como únicos causadores dos problemas ambientais³⁴⁰.

A solidariedade em se tratando de danos ao meio ambiente é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que de forma reiterada ao longo dos anos firmou entendimento no sentido de que todos os envolvidos de forma

335. TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco corrente. São Paulo: Editora Método, 2012.

336. DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*

337. GONÇALVES, Carlos Roberto. *op. cit.*

338. BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. RDA 9/5. jan-mar. 1998, p. 94.

339. VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 185.

340. BENJAMIN, Antônio Herman V. *op. cit.*

direta ou indireta podem ser responsabilizados pelo dano ocorrido³⁴¹. Dessa forma, sendo identificada uma atividade que sirva de vetor para a introdução de espécies exóticas, potencialmente invasoras, pode haver a responsabilização do particular responsável por tal atividade.

Nessa linha de reflexão, Steigleder³⁴² leciona que o responsável por determinada atividade econômica se posiciona como garantidor da higidez do meio ambiente, de forma que os danos causados ao meio ambiente estarão ligados à atividade, o que significa dizer que ainda que aquela atividade não possa ser considerada a única poluidora, poderá ser responsabilizada, pois por desempenhar a atividade econômica resta caracterizado o liame necessário para a caracterização do nexo causal.

A definição do nexo causal nos moldes delineados encontra base jurídica, também, na aplicação do princípio *in dubio pro natura*, que impõe a interpretação que melhor fornecer proteção ao meio ambiente, sempre que se estiver face à incerteza científica³⁴³. Tal princípio, verdadeiro critério de aplicação e interpretação legal, encontra, ainda, respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁴. Ainda sobre tal princípio, é válido o ensinamento de Benjamin³⁴⁵, para quem, “na tarefa de compreensão e aplicação

341. Precedentes: AgRg no AREsp 432409/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 19/03/2014; REsp 1383707/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 05/06/2014; AgRg no AREsp 224572/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 11/10/2013; REsp 771619/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 1060653/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 20/10/2008; REsp 884150/MT, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008; REsp 604725/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2005, DJe 22/08/2005; REsp 1377700/PR (decisão monocrática), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 08/09/2014, DJe 12/09/2014; Ag 1280216/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 28/03/2014, DJe 03/04/2014.

342. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 171.

343. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Princípios do direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

344. Precedentes: RECURSO ESPECIAL Nº 1.356.207 - SP (2012), RECURSO ESPECIAL Nº 1.367.923/RJ (2013) e RECURSO ESPECIAL nº 1.198.727/MG (2013).

345. BENJAMIN, Antônio Herman V. Hermenêutica do novo Código Florestal. In: Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. p.172, disponível em: <bdjur.stj.jus.br>. Acesso em 15 de abr. de 2016.

da norma ambiental, p. ex., inadmissível que o juiz invente algo que não está expressa ou implicitamente, no dispositivo ou sistema legal; no entanto, havendo pluralidade de sentidos possíveis, deve escolher o que melhor garante os processos ecológicos essenciais e a biodiversidade”.

Nesse sentido, entende-se ser possível a responsabilização civil do particular envolvido nas atividades que potencializam o processo de bioinvasão por bioincrustação, nos casos em comento, para que se evite um dano maior ao meio ambiente, não só pelo potencial dano que pode ser causado ao homem, mas pelo fato de que, há valor intrínseco à biodiversidade. Numa perspectiva um pouco mais filosófica, que não deve ser afastada da aplicação jurídica, que implica no reconhecimento de valor a todos os seres que habitam a terra, independentemente do valor econômico que se possa aproveitar deles³⁴⁶³⁴⁷.

Parte-se, portanto, para um processo de ampliação da responsabilidade civil ambiental, no qual ela “deixa de ser um fantasma”, amorfo e sem definição, para figurar constitucionalmente³⁴⁸, possibilitando a efetivação da proteção do meio ambiente. Ainda que se reconheça a dificuldade de ultrapassar os conceitos clássicos, em prol de uma interpretação e de uma aplicação legal que priorize a proteção ambiental³⁴⁹.

Assim, tendo sido constatado o dano ambiental, consistente na redução da diversidade de espécies nativas, com a conseqüente diminuição da biodiversidade, ou ainda o potencial para que tal dano ocorra, e sendo constatado que as estruturas e embarcações destinadas à exploração e à prospecção de petróleo são vetores de introdução para a espécie exótica invasora, Coral-Sol, e verificada a presença do referido organismo nas estruturas destinadas às mesmas atividades, impõe-se a compreensão do nexo causal sob o prisma da responsabilidade solidária e a luz do princípio *in dubio pro natura*, para que a responsabilidade abarque, além do Estado, o particular titular da atividade.

346. SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *op. cit.* p. 56.

347. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais. Vol. 797. ano 91. 107-125. São Paulo: RT, mar.de 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67536/70146>>. Acesso em 15 de nov. de 2015, p. 109.

348. BENJAMIN, Antônio Herman V. .Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental. RDA 9/5. jan-mar. 1998, p. 94.

349. DECKHA, Maneesha. Ensinando ética pós-humanista na faculdade de direito: as dimensões de gênero, cultura e raça na resistência dos estudantes. Revista Brasileira de Direito Animal. v.9. n.15. 2014. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/11306>>. Acesso em 15 de nov. de 2015, p. 17.

Considerações finais

O fenômeno natural da bioinvasão, nos dias atuais, foi maximizado pelo homem ao ponto de representar a segunda causa de perda da biodiversidade na Terra³⁵⁰. A introdução de uma espécie exótica, aquela não faz parte daquele nicho ecológico, em um ambiente pode provocar um ciclo perigoso de bioinvasão, com consequências negativas para o meio ambiente, para a economia, para a saúde e o bem-estar da população, acarretando ainda impactos culturais.

A maximização dos processos de bioinvasão no globo, provocados pela atividade humana, deu origem a uma preocupação no cenário internacional que findou com a criação da Convenção sobre Biodiversidade, como é reconhecido pela própria Convenção em seu preâmbulo³⁵¹. Restando, ainda, a existência de valor intrínseco para a biodiversidade.

No Estado de Sergipe foi identificado um processo de bioinvasão, por bioincrustação, provocado pelo gênero *Tubastraea*, popularmente conhecido como Coral-Sol. Já sendo identificado o processo de substituição da biota nativa pelo organismo invasor. Tal fato motivou a propositura de uma ação civil pública, que objetiva o controle e a erradicação da espécie, para que o equilíbrio ambiental retorne ao litoral sergipano.

O mesmo processo vem ocorrendo em outros pontos do litoral brasileiro, tais como o litoral alagoano e o litoral carioca. Processos que apresentam, basicamente, os mesmos fatores e vetores de introdução da espécie.

Como se percebeu pela análise do processo sergipano, a empresa ré faz uso do argumento de que em razão da impossibilidade de definição do nexos causal de maneira certa e determinada, não seria juridicamente possível a atribuição de responsabilidade. Demonstrando que ainda prevalece no meio jurídico a visão clássica da responsabilidade civil, ainda que se tratem de questões ambientais.

Entende-se, sob outra ótica, que há necessidade de aplicação do arcabouço jurídico existente, em que pese não específico, através de uma leitura que perpassa obrigatoriamente pela solidariedade ambiental e que encontre base em uma visão ambiental principiológica, considerando, principalmente, o princípio *in dubio pro natura* aplicado ao clássico instituto da responsa-

350. LANDRY, Jean-Sébastien. *op. cit.*, p. 18.

351. [...] preocupados com a sensível redução da diversidade biológica causada por determinadas atividades humanas, [...] Conscientes do valor intrínseco da diversidade biológica e dos valores ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético da diversidade biológica e de seus componentes;

bilidade, possibilitando a caracterização do nexo causal, mesmo diante de uma ausência de certeza científica.

Assim, constatado que a atividade também é promotora do dano ambiental, ainda que não se haja certeza quanto a sua exclusividade, é possível afirmar que o nexo causal está caracterizado. Mostra-se razoável, portanto, a busca, nos casos em tela, pela responsabilização do Estado, em razão da sua omissão, e do particular, titular da atividade, uma vez que a sua atividade contribuiu, independentemente da exclusividade e do grau, para o processo de bioinvasão por bioincrustação pelo Coral-Sol.

Atividade empresarial na economia globalizada e a proteção da pessoa humana.

Por Marcelo Benacchio³⁵² y Renata Mota Maciel Dezem³⁵³

Sumário: Introdução. I. Globalização econômica. II. A ordem econômica na Constituição Federal brasileira. III. Os valores da ordem econômica brasileira. IV. Atividade empresarial, função social da empresa e proteção da pessoa humana. V. Conclusão.

Introdução

Este estudo tem por finalidade uma reflexão sobre os conflitos entre a atividade econômica empresarial e a promoção e proteção da pessoa humana.

Os conflitos e os limites entre os valores econômicos e humanos constituem problema nacional e mundial e geram diversos questionamentos voltados à prevalência ou exclusão de um valor em detrimento do outro.

Sem atividade empresarial não há desenvolvimento sustentável, todavia, as regras de mercado têm se mostrado insuficientes para efetiva proteção dos seres humanos.

A finalidade desta pesquisa é abordar o descompasso existente entre a atividade econômica exercida em escala mundial e o nível de promoção e proteção dos seres humanos.

Nessa perspectiva serão tratados os principais aspectos da globalização no campo econômico, especialmente, a impossibilidade da ordenação do regramento econômico no plano nacional sem a consideração de sua inserção no mercado globalizado.

O exame da ordem econômica na Constituição Federal do Brasil será realizado a partir do enfoque das dificuldades na implementação de seus princípios e valores, diante da impossibilidade de imposição da soberania nacional sobre o mercado internacional globalizado, a enfraquecer ou, no

352. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

353. Doutora pela Universidade de São Paulo. Professora do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Nove de Julho – UNINOVE. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

mínimo, criar contrastes entre a soberania nacional e os interesses do mercado internacional.

Estabelecido o contexto da atividade empresarial na economia globalizada, passam-se às considerações sobre os direitos humanos e a função social da empresa, justamente no sentido de propor a comunicação entre os valores contrastantes do mercado e da pessoa humana, na busca de uma compreensão prudencial.

Acredita-se que a composição entre esses valores constitua elemento fundamental para permitir o desenvolvimento sustentável dos Estados e das próprias empresas.

O estudo utiliza como base textos publicados pelos autores sobre alguns dos aspectos aqui tratados, conforme será referido ao longo do seu desenvolvimento, na medida em que o tema central é objeto dos projetos de pesquisa acadêmica de ambos no Programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho.

O método utilizado é hipotético-dedutivo por meio de pesquisa documental e bibliográfica.

Globalização econômica³⁵⁴

A globalização não constitui novidade para humanidade. Ao longo da história, desde as primeiras movimentações dos seres humanos, sempre houve intensa comunicação e assimilação de conhecimento filosófico, técnico e cultural entre os povos.

A propósito, o pensamento filosófico grego da antiguidade, o Império Romano e o Cristianismo são exemplos do fenômeno da globalização em sua perspectiva histórica.

É certo que o processo histórico da globalização teve, inicialmente, um percurso evolutivo relativamente indefinido, isso até a *primeira onda de mundialização e globalização*³⁵⁵, iniciada na Europa, no século XV, por meio das viagens oceânicas, embora, posteriormente, seja possível verificar que o percurso de integração mundial seguiu de modo contínuo até os dias atuais.

354. Este item foi elaborado com base na pesquisa elaborada para o artigo publicado pelo coautor Marcelo Benacchio, intitulado “A ordem jurídica do mercado na economia globalizada”, in JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; e DEZEM, Renata Mota Maciel (Org.). Direito Empresarial: estruturas e regulação. São Paulo: Uninove, 2018, p. 27-46.

355. AVELÃS NUNES, António José. Neoliberalismo & direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67.

Como destaca Enrique Ricardo Lewandowski³⁵⁶:

Mas, como observa Malcolm Waters, até mais ou menos a metade do segundo milênio, a globalização caminhou de forma errática, avançando e retrocedendo ao sabor das vicissitudes históricas. O fenômeno somente passou a apresentar um desenvolvimento mais consistente a partir dos séculos XV e XVI, com a “revolução copernicana”, que “convenceu a humanidade de que ela habitava num globo”. Desde então, a integração do mundo não conheceu mais nenhum retrocesso, progredindo num crescendo, sobretudo ao sabor dos interesses comerciais, que levaram à exploração das últimas regiões desconhecidas do planeta.

No século XX, ao contexto e à complexidade do fenômeno da globalização, somaram-se as profundas mudanças sociais que se seguiram à Revolução Francesa, à Revolução Industrial e as duas Grandes Guerras Mundiais.

Não obstante os diversos recortes possíveis para a compreensão dessas alterações nos rumos da própria civilização, pertinente para o objetivo deste estudo abordar a globalização sob o aspecto econômico, ou seja, a chamada globalização econômica, a qual, associada aos avanços da tecnologia, transformou o modo de vida dos seres humanos, sobretudo depois do término da II Guerra Mundial, com especiais mudanças a partir do fim da Guerra Fria, com a queda do muro de Berlim e a derrocada do bloco socialista.

A comunicação entre os povos, diante dos avanços tecnológicos dos últimos anos, contribuiu para que a atual globalização econômica tenha por característica fundamental não obedecer às tradicionais categorias de espaço e de tempo e que, até então, constituíram e definiram a soberania dos Estados modernos³⁵⁷ e o controle das relações sociais.

Portanto, o espaço da globalização econômica é transnacional e não coincidente às soberanias dos Estados. Nesse contexto, como destaca Francesco Galgano³⁵⁸, o contrato toma o lugar da lei para reger as relações comerciais (e jurídicas) e, sobretudo, ordenar a sociedade civil.

Essa mudança de modelo regulatório das relações entre pessoas e empresas, acompanhada de uma ideologia voltada quase que exclusivamente

356. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Globalização, regionalização e soberania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 50.

357. BARCELLONA, Pietro. Le passioni negate: globalismo e diritti umani. Troina: Città Aperta, 2001, p. 116.

358. GALGANO, Francesco. Lex mercatoria. Bologna: Il mulino, 2001, p. 233.

ao acúmulo de riqueza por meio do aumento dos lucros, típica da globalização econômica, não deixa maior espaço para preocupações voltadas ao desenvolvimento humano de forma sustentável e incluyente³⁵⁹, tanto no plano da atividade privada como dos objetivos sociais do Estado.

A propósito da ideologia da globalização, Avelã Nunes³⁶⁰ afirma:

Devemos salientar a seguir que a globalização é também um fenômeno cultural e ideológico, marcado pela afirmação decisiva dos “aparelhos ideológicos” como instrumento de domínio por parte dos produtores da ideologia dominante, a *ideologia do pensamento único*, a ideologia da massificação dos padrões de consumo, dos padrões de felicidade, a ideologia que impõe a “sociedade de consumo” como paradigma de desenvolvimento, a ideologia que pretende anular as culturas e as identidades nacionais.

A partir do fim de Século passado a globalização econômica foi consolidada pela distribuição da produção industrial a vários países, na busca da redução dos custos das atividades realizadas sob direção das empresas transnacionais, o que vem sendo intensificado no Século em curso.

Os países passam a ser considerados “mercados” no contexto da globalização econômica, com repercussão direta no enfraquecimento da soberania desses Estados, diante da imposição da flexibilização de direitos trabalhistas e ambientais, sempre voltada à diminuição dos custos de produção.

Nesse cenário, o papel das empresas transnacionais deve ser destacado:

Assim, notou-se nas últimas décadas o verdadeiro esfacelamento do Estado-nação, o qual inserido dentro do contexto da globalização e do Supercapitalismo cedeu espaço para as empresas transnacionais e, por conseguinte, aos mecanismos de mercado. É justamente neste contexto que a sociedade moderna impregna os valores do mercado no seu sistema cultural, social e político.

Decorrente de todo o contexto aqui traçado é que as empresas são apontadas como as instituições vitoriosas do final da dicotomia real entre capitalismo-socialismo que ocorreu no final do século XX. E isso ocorre em função de tais empresas possuem poderio econômico, financeiro, técnico e informacional em muito superior ao do Estado-nação, o que permite que migrem partes de seu setor produtivo para países em desenvolvimento em busca de meno-

359. SACHS, Ignacy. Desenvolvimento incluyente, sustentável sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 29.

360. NUNES, op. cit., p. 73.

res tributações, salários e, conseqüentemente, não propiciem condições para efetivar os Direitos Humanos em tais localidades³⁶¹.

O poder econômico e político dessas empresas permite que as relações de poder na globalização econômica sejam praticamente monopolizadas por seus interesses, consolidados e garantidos a partir da imposição de segurança jurídica em suas transações, sem maior consideração sobre os direitos de grande parte da população local dos países em que atuam.

Nem se diga da eventual possibilidade de um Estado tentar limitar esse poder, por exemplo, a partir da criação de regras protetivas para seus cidadãos, enquanto expressão de sua soberania, na medida em que essa conduta poderia, quando muito, excluí-lo do ciclo produtivo em razão do encerramento das atividades da transnacional em seu território.

Nesse sentido, afirma Manuel Couret Branco³⁶²:

Se a livre circulação do capital permite que uma empresa se desloque para outro território onde os custos sociais são mais baixos, colocando sérios problemas às economias valorizam a proteção social dos seus cidadãos, isso resulta justamente das pressões efetuadas nesse sentido pelo capital internacional no seio das organizações que regulam as relações econômicas internacionais, o mesmo se podendo dizer, aliás, da liberdade de trocas que beneficia, justamente os países que apresentam os mais baixos custos de produção em detrimento daqueles que suportam os encargos da proteção social.

Da mesma forma, a globalização econômica também é garantida por instituições internacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, que formam o núcleo duro do novo Direito Corporativo Global. Os programas de ajuste estrutural dessas instituições econômico-financeiras internacionais provocaram consideráveis perdas sociais, gerando problemas humanitários, como ocorreu em data recente na crise da Grécia com o corte de direitos nas estruturas do Estado Social³⁶³.

361. BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e direitos humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (coord.); VAILATTI, Diogo Basilio (org.) e DOMINIQUINI, Eliete Doretto (org.) A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Curitiba: CRV, 2016, p. 17-18.

362. BRANCO, Manuel Couret. Economia política dos direitos humanos. Lisboa: Sílabo, 2012, p. 142.

363. ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. Contra lex mercatória. Barcelona:

Para Eros Roberto Grau³⁶⁴ “não há uma relação necessária entre a globalização e o neoliberalismo e que, outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas”.

O fato é que a globalização econômica neoliberal, seguindo as regras de mercado em sua acepção clássica (de total liberdade), vem gerando vários problemas de exclusão social, com o privilégio de alguns em detrimento de muitos.

Essas consequências negativas da globalização, também chamadas de *metaproblemas*, por serem globais, não permitem soluções locais. Assim, conforme Bauman³⁶⁵, “não há nem pode haver soluções locais para problemas originados e reforçados globalmente. A união do poder e da política pode ser alcançada, se é que pode, no nível planetário”.

Por esse quadro, o reconhecimento dos efeitos da globalização econômica constitui alicerce para a busca de soluções para as assimetrias por ela provocadas, ainda que também se possam reconhecer avanços e melhorias geradas por um mercado global.

A ordem econômica na constituição federal brasileira³⁶⁶

A Constituição Federal, em seus artigos 1º, inciso IV, parte final, 5º, caput, e inciso XXII, e 219, ao estabelecer como fundamento do Estado brasileiro a liberdade de iniciativa econômica e como direitos fundamentais a liberdade e a propriedade privada, bem como conceber o mercado interno como patrimônio nacional, adotou o sistema econômico capitalista ou de economia de mercado.

Como se vê, a Carta Constitucional abarcou tanto as instituições econômicas do capitalismo – o mercado, o capital e a empresa, quanto as do plano jurídico capitalista – a propriedade e a liberdade de iniciativa privada³⁶⁷.

Somente a partir do século XX as constituições passaram a conter dispositivos acerca da organização da economia, com a inclusão de normas

Icaria, 2015, p. 29-30.

364. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56.

365. BAUMAN, Zygmunt. Tempos líquidos. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 31.

366. Este item foi elaborado com base na pesquisa elaborada para o artigo publicado pelo coautor Marcelo Benacchio, intitulado “A ordem econômica constitucional e o exercício da atividade empresarial”, in JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; e DEZEM, Renata Mota Maciel (Org.). Direito Empresarial: estruturas e regulação. Volume 2. São Paulo: Uninove, 2018, p. 235-253.

367. FRANCO, António L. Sousa. Noções de direito da economia. vol. I. Lisboa: AAFDL, 1982-1983, p. 107.

jurídicas expressas sobre o tema, as quais antes eram implícitas. Nesse momento é que surge o planejamento econômico “como forma de imprimir ao mercado um direcionamento diferente daquele que o reperia se deixado às suas ‘leis naturais’”³⁶⁸.

O regramento constitucional da economia é denominado *Constituição Econômica*, compreendido como a parte da Constituição que efetua uma opção política acerca da regulação da economia ao criar determinada ordem (jurídica) da economia.

Manuel Afonso Vaz ao precisar a noção jurídica de Constituição Econômica refere significar *os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política*³⁶⁹.

A esta altura é possível indagar se a ordem econômica constitucional está circunscrita na Constituição da República ao Título VII, ao tratar da ordem econômica e financeira, ou se é composta por normas previstas em outros Títulos da Constituição Federal.

Nas atuais sociedades ocidentais os objetivos políticos e sociais, por dependerem, muitas vezes, de recursos econômicos, não podem ser dissociados da ordem econômica.

Diante disso, é impossível circunscrever a Constituição Econômica apenas ao seu conteúdo formal constante do artigo 170 e seguintes da Carta constitucional, porquanto a ordem econômica constitucional decorre do conjunto das normas constitucionais, não se limitando a somente um fragmento específico, ainda que essa parte conte com forte agrupamento de normas a respeito.

Como destaca Gastão Alves de Toledo³⁷⁰:

A existência dessas normas específicas sobre economia não deve, contudo, conduzir a afirmações ousadas no sentido da configuração de uma Constituição autônoma dentro do texto constitucional. Em outras palavras, Constituição Econômica existe sim, mas como um sistema ou conjunto de normas jurídicas, tendo como critério unificador o dado econômico ou a regulação da economia. Ela não é, todavia, autônoma. Pelo contrário, só ganha sentido se embutida dentro da Constituição em sentido amplo, em função da qual se

368. FONSECA, João Bosco Leopoldino da Fonseca. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 339.

369. VAZ, Manuel Afonso. Direito econômico: a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 121

370. TOLEDO, Gastão Alves de. O direito constitucional econômico e sua eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 110.

torna intelegível e compreensível.

De acordo com Eros Roberto Grau³⁷¹, a garantia do desenvolvimento nacional e a construção de um sociedade livre, justa e solidária, estabelecidos como objetivos fundamentais da República no artigo 3º da Constituição da República, são normas jurídicas a serem consideradas pela ordem econômica ante a necessidade da aliança entre o Estado e o setor privado na busca da sua realização.

Essa situação, ainda na compreensão de Eros Roberto Grau, ocorre em vários outros dispositivos, destarte, o regramento jurídico da atividade econômica está disposto de modo multifacetado³⁷² na Constituição Federal.

A previsão contida no Título VII encerra o sentido estrito ou formal da ordem constitucional, ao passo que normas constitucionais previstas fora do referido capítulo constituem o sentido amplo ou material de ordem constitucional.

Portanto, não há dúvida de que a ordem econômica está prevista de modo específico no título da ordem econômica e, de forma difusa, em todo texto constitucional, com o escopo de estabelecer a moldura jurídica do exercício da atividade econômica, sem prejuízo da observância das finalidades da política econômica.

André Ramos Tavares³⁷³ pondera, com precisão:

Se, por um lado, a constitucionalização do âmbito econômico era praticamente inevitável, já que a intervenção do Estado e sua disciplina tornaram-se necessárias, por outra parte, dela emergem consequências específicas da sistemática constitucional. A Constituição Econômica é afetada pelas demais normas constitucionais e também as afeta, de certa maneira. É preciso, pois, em toda e qualquer abordagem que se pretenda da Constituição econômica, não olvidar do contexto constitucional, sendo necessário para tanto, cercar-se de todo arcabouço fornecido pelo constitucionalismo pátrio.

A ordem econômica prevista na Constituição Federal revela a opção política da sociedade brasileira pela compreensão do mercado como uma instituição criada e regulada pelo Direito, ou seja, conforme as conhecidas

371. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 217.

372. TOLEDO, Gatão Alves de., *op. cit.*, p. 111.

373. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006, p. 82..

proposições de Natalino Irti³⁷⁴, o mercado é um *locus artificialis* e não um *locus naturalis*.

Nesse sentido, “a relação entre mercado e Direito é de interação e ordenação do mercado por normas jurídicas em conformidade a escolhas políticas diretivas do regime de mercado”³⁷⁵.

Além disso, é importante destacar que a ordem econômica brasileira segue modelo intervencionista diretivo, cuja finalidade é garantir o exercício da livre iniciativa e da atividade econômica privada, a partir da possibilidade da livre tomada de decisões, todavia, observada a realização do lucro e, igualmente, o progresso social.

Sobre o Estado intervencionista, Luís S. Cabral de Moncada³⁷⁶ afirma:

Do ponto de vista do moderno Estado intervencionista, o funcionamento do mercado não é encarado como um jogo de “soma-zero” em que os participantes estão colocados na situação em que o que uns ganham é o que os outros perdem, que é como quem diz, numa situação de puro conflito. Pretende-se, pelo contrário, que do funcionamento do mercador resulte uma situação materialmente adequada para cada um, aceitável segundo os critérios da justiça social e que se concretiza na melhoria da situação dos mais desfavorecidos. Daí que a atividade privada deva ser corrigida pelas instituições políticas, sendo a norma jurídica o instrumento dessa tarefa.

Ainda que o mercado seja um espaço de liberdade garantido aos particulares, a ordem econômica constitucional, desde a intervenção pública na economia, realiza a *regulação* da atividade econômica com a finalidade da proteção do direito de terceiros, prevenção de danos e promoção do interesse geral para suprir as falhas do mercado e exercer função distributiva das vantagens decorrentes do exercício da livre iniciativa³⁷⁷.

O grande desafio consiste exatamente em conformar a ordem econômica constitucional, portanto voltada à organização interna, ao fenômeno da globalização econômica, observados os problemas apontados no item ante-

374. IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico del mercato*, Roma: Laterza, 2004, p. 11.

375. BENACCHIO, Marcelo. A ordem jurídica do mercado na economia globalizada. In: LEMOS JORGE, ANDRÉ Guilherme; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (org.). *Direito empresarial: estruturas e regulação*. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018, p. 38.

376. MONCADA, Luís S. Cabral. *Direito económico*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 38.

377. PAZ, José Carlos Laguna De. *Derecho administrativo económico*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 32

rior, na medida em que se exige o constante relacionamento entre as ordens jurídicas econômicas internas e as relações comerciais internacionais.

A propósito, afirma Fernando Herren Aguilar³⁷⁸ :

Na globalização contemporânea as relações comerciais internacionais são mais importantes para uma economia nacional do que no passado. Não se pode hoje conceber a sobrevivência de um país capitalista sem uma contínua relação comercial com outros centros de produção, porque a produção interna tornou-se cada vez mais dependente de insumos que não existem ou não existem em condições e quantidades satisfatórias no interior do país. Sem tais insumos a produção para ou reduz-se a níveis perigosos para a normalidade econômica e social.

Acredita-se que o caminho esteja exatamente na composição entre os valores envolvidos nas ordenações econômicas, sem que a prevalência do interesse de lucro no exercício da atividade empresarial impeça a civilização capitalista de considerar valores humanos sem os quais sua própria sobrevivência poderia ser colocada em xeque.

Os valores da ordem econômica brasileira³⁷⁹

As democracias ocidentais da atualidade ostentam valores muitas vezes contraditórios e que acabam por ingressar na ordem constitucional, a impor soluções por meio de uma dogmática constitucional fluída³⁸⁰, que permita o diálogo entre valores opostos, a fim de extrair em cada situação concreta o que deverá prevalecer.

Para utilizar as lições de Luís Roberto Barroso³⁸¹, a norma constitucional passa a ser considerada ao longo do século XX como norma jurídica com aplicação direta e imediata e, igualmente, elemento valorativo empregado pelo intérprete na aplicação da norma constitucional.

378. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 57.

379. Este item foi elaborado com base na pesquisa elaborada para o artigo publicado pelo coautor Marcelo Benacchio, intitulado “A ordem econômica constitucional e o exercício da atividade empresarial”, in JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; e DEZEM, Renata Mota Maciel (Org.). *Direito Empresarial: estruturas e regulação*. Volume 2. São Paulo: Uninove, 2018, p. 235-253.

380. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Eunadi, 1992, p. 45.

381. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 196-197.

Não há novidade na dificuldade em contornar certa concorrência entre valores estabelecidos nas normas constitucionais de matriz originalmente contraditória, a exemplo dos objetivos da atividade empresarial e a regulação do mercado capitalista e da garantia do bem comum.

Marcelo Neves³⁸² destaca como característica da sociedade moderna a existência desses valores aparentemente contraditórios:

Mediante esse processo, a sociedade torna-se “multicêntrica” ou policontextural”. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, sem segundo lugar, na medida em que toda a diferença se torna “centro do mundo”, a policontexturalidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos.

Ainda que se possa reconhecer certa contradição aparente entre os valores dispostos na ordem econômica, não se perca de vista que é da atividade econômica, sobretudo na atual estruturação de um mercado globalizado, que se podem encontrar os meios para o atendimento das necessidades humanas, o que em linhas gerais significa a busca da inclusão de todos os seres humanos na sociedade com a garantia da totalidade de seus interesses.

Nessa linha, o desejo por mais renda ou riqueza, como destaca Amartya Sen³⁸³, não ocorre “porque elas sejam desejáveis por si mesmas, mas porque são meios admiráveis para termos mais liberdade para levar o tipo de vida que temos razão para valorizar”.

A atividade econômica enquanto meio de realização das pessoas é destacada por Ricardo Sayeg e Wagner Balera³⁸⁴, conforme segue:

Garantido o modo de vida das pessoas, cumpre ao regime jus-econô-

382. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 23-24.

383. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 28.

384. SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista*. Petrópolis: KBR, 2011, p. 180.

mico, insuflado pelo humanismo antropofílico e inserido numa economia de mercado, assegurar a todos ao mesmo tempo o mínimo necessário à vida para a satisfação da dignidade humana – notadamente quanto à equivalência das externalidades, inclusive privadas, à educação, à saúde, ao trabalho, à alimentação, à água potável, à moradia, ao saneamento básico, ao lazer à segurança, à previdência social, à assistência à infância e aos desamparados – e consecução de um planeta digno: livre, pacífico, sustentado e desenvolvido.

De outra parte, a ordem constitucional também assegura aos titulares do exercício da atividade econômica a obtenção de lucro e a acumulação de riqueza, admitindo, portanto, uma desigualdade legítima entre o montante de bens da titularidade de cada pessoa no meio social, de modo que o desafio, como já afirmado, consiste na conformação desses valores aparentemente antagônicos.

Não há dúvida de que o artigo 170, *caput*, da Constituição Federal brasileira tentou abarcar todos esses valores ao dispor, textualmente: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)”.

A previsão constitucional em comento aproxima e dirige valores individuais exercidos pelos particulares enquanto atuação da livre iniciativa e, ao mesmo tempo, valores sociais voltados à valorização do trabalho humano, à garantia da dignidade humana e à realização da justiça social.

Em conformidade aos direitos e garantias fundamentais, a atividade econômica constitui meio de realização da dignidade humana de todas as pessoas, razão pela qual estão em desconformidade ao mandamento constitucional interpretações que subordinem a dignidade humana aos interesses puramente econômicos.

Não obstante, também não é possível uma construção normativa que impeça ou aniquile o exercício da livre iniciativa, o que impõe a necessidade de constante diálogo entre os valores (contrastantes) existentes no dispositivo constitucional em questão.

Os valores previstos no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal repetem o princípio da dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, artigo 1º, incisos III e IV)³⁸⁵.

Seria temerário, senão simplista, pugnar por uma hierarquização nor-

385. GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 194.

mativa da ordem econômica, observado o mote da centralidade da realização e garantia da dignidade da pessoa humana, pois os demais valores também devem ser considerados no caso concreto, o que impõe verdadeira comunicação entre o fato e a norma na busca do equilíbrio e da garantia desses valores constitucionais.

A dignidade da pessoa humana é reconhecida pela ordem jurídica por ser intangível e preexistente à mesma, sabidamente, seu caráter móvel e plural encerra dificuldade de exata compreensão, tanto que por vezes é mais fácil entendê-la desde sua violação que sua noção.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁸⁶, depois de ressaltar essas dificuldades, refere a noção de dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A atividade econômica, ao lado de outros objetivos, tem por função fornecer os meios mínimos de atendimento às necessidades materiais dos seres humanos, enquanto forma de realização da dignidade da pessoa, razão pela qual pode ser considerada como paradigma de compreensão e definição dos demais valores da ordem econômica.

Nesse aspecto, a livre iniciativa encerra direito fundamental de liberdade de primeira geração ou dimensão, o qual deve ser associado à valorização do trabalho humano e aos ditames da justiça social.

Por outro lado, a livre iniciativa é uma liberdade titulada “não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que a não exclua, a ‘iniciativa do Estado’”³⁸⁷; destarte, a livre iniciativa está presente não somente na empresa, mas também no trabalho livre.

O trabalho humano previsto na ordem econômica está ligado a um as-

386. SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

387. GRAU, Eros Roberto. *op. cit.*, p. 206.

pecto econômico consistente nos “efeitos jurígenos decorrentes da situação de trabalhar, no sentido de que ele estaria ligado a uma necessidade de valoração social (proteção à saúde, segurança, lazer, etc.)”³⁸⁸.

De acordo com Luis Prieto Sanchís³⁸⁹, em sentido amplo, os direitos sociais concernentes ao trabalho também podem ser assumidos pelos particulares, a exemplo da obrigação do empresário em organizar os meios de segurança e saúde no trabalho prestado pelos funcionários que contrata.

Os ditames da justiça social tratam da restrição à livre iniciativa, no sentido do equilíbrio na distribuição da riqueza gerada pelo trabalho humano.

Assim, os fundamentos da ordem econômica estão exatamente nos valores reconhecidos pela Constituição Federal como essenciais ao desenvolvimento nacional, sem perder de vista os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego, e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O sopesamento dos valores da ordem econômica permitirá estabelecer os limites entre os interesses em confronto, de modo a concretizar o mandamento constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, coloca-se o exercício da atividade empresarial como elemento chave para a busca desses objetivos, ainda que seja necessária a adequação dos interesses envolvidos nessa atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Atividade empresarial, função social da empresa e proteção da pessoa humana

A ordem econômica constitucional, como visto, objetiva a ponderação entre a busca do lucro com a acumulação da riqueza obtida (por meio da propriedade) e os efeitos positivos em favor de toda sociedade e não apenas aos titulares do exercício da livre iniciativa.

Não há dúvida da preocupação constante com os não titulares do exer-

388. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Função social da empresa em face do direito ambiental constitucional. In: LEMOS JORGE, ANDRÉ Guilherme; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (org.). Direito empresarial: estruturas e regulação. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2018, p. 136.

389. SANCHÍS, Luis Prieto. Ley, principios, derechos. Madrid: Dykinson, 1998, p. 81.

cício da atividade econômica, sobretudo a partir melhora da condição de vida de todas as pessoas, como é expresso no dispositivo constitucional acima analisado: “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (grifos nossos)*”.

Logo, espera-se que toda a sociedade obtenha vantagens do bom funcionamento do sistema econômico, pois do exercício da atividade empresarial depende a subsistência dos seres humanos.

Nesse sentido³⁹⁰:

Não obstante, há um aspecto material de manutenção da dignidade humana a exigir recursos patrimoniais mínimos destinados à realização do ser humano em sua plenitude, na forma prevista no ordenamento jurídico fundado no princípio da dignidade da pessoa. Essa situação é tratada como direito ao mínimo existencial ou patrimônio mínimo, constituindo-se do indispensável à sobrevivência digna do homem, tido o patrimônio como meio destinado à realização da pessoa humana (fim).

É no mercado que o ser humano retira os bens necessários à garantia de sua existência física, garantindo a manutenção da vida.

Desse modo, no mercado capitalista, segundo as regras jurídicas e econômicas que o regem, serão realizadas as trocas necessárias para obtenção dos bens (alimentos, vestuário, moradia, etc.) e serviços (saúde, educação, cultura, etc.) necessários à manutenção da vida humana digna.

Mesmo nas hipóteses de auxílio estatal à subsistência das pessoas, o Estado, no mais das vezes, obtém no mercado os bens e serviços necessários à sua atuação positiva.

Quanto melhor o funcionamento do mercado capitalista, maior riqueza será gerada e, por consequência, haverá maior possibilidade para o atendimento das necessidades humanas.

A divisão equânime da riqueza entre as pessoas, possibilitando o atendimento das necessidades de todos e, em decorrência, a afirmação da igualdade, não é aspecto de recente preocupação social, como pode ser constatado da seguinte passagem de Montesquieu³⁹¹:

390. BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. In: Silveira, Vladmir Oliveira da; Mezzaroba, Orides.. (Org.). Empresa, Sustentabilidade e Funcionalização do Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 02, p. 198.

391. MONTESQUIEU. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 105/106.

O luxo é sempre proporcional à desigualdade das fortunas. Se, num Estado, as riquezas são igualmente divididas, não haverá luxo, pois ele só está baseado nas comodidades que obtemos com o trabalho dos outros.

Para que as riquezas permaneçam igualmente repartidas, é necessário que a lei só dê a cada um o necessário físico. Se possuírem mais do que isso, uns gastarão, outros comprarão, e a desigualdade estará estabelecida.

O exercício da atividade econômica é uma decorrência do “princípio da *liberdade de empresa*, que, por sua vez significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la *sponte própria*”³⁹².

Em sentido econômico, a empresa no mercado capitalista, exercida de forma individual ou coletiva, encerra um patrimônio autônomo voltado à produção de bens e serviços a partir da organização dos fatores de produção.

Essa compreensão deve ser associada à noção jurídica de empresa constante do artigo 966, *caput*, do Código Civil que estabelece: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

A empresa, em sua noção jurídica, inspirada no Código Civil italiano, é o exercício profissional de uma atividade econômica organizada destinada à produção de bens e serviços destinados ao mercado³⁹³.

Ocorre que a empresa, para além de conceitos econômicos ou jurídicos, não está circunscrita aos interesses do empresário ou da sociedade empresária, mas assume posições diversas durante a realização de sua atividade, envolvendo outros tantos interesses, dos quais destaca-se o interesse social.

Em outras palavras, a empresa, encarada como um fenômeno poliédrico, para utilizar as lições de Alberto Asquini, a partir do qual se extraem diversos perfis³⁹⁴, é apresentada sob variados enfoques, que não podem ser

392. FORGIONI, Paula A. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

393. AULETTA Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. Diritto commerciale. Mialno: Giuffrè, 1998, p. 14-17.

394. Utilizando-se, aqui, o conceito de empresa apresentado a partir dos perfis da empresa examinados por Alberto Asquini e trazidos à realidade brasileira por vários autores, entre os quais se podem destacar: MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da responsabilidade de comerciante individual. São Paulo: Saraiva, 1956; BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. São Paulo: Max Limonad, 1969, p. 23-26; e COMPARATO, Fábio Konder. Perfis da empresa (Alberto Asquini, profili dell'impresa, in Rivista del Diritto

considerados individualmente, por integrarem um mesmo contexto.³⁹⁵

Da mesma forma, a “dimensão contratual desse ente produtivo”, utilizando-se a expressão de Paula A. Forgioni³⁹⁶, não pode ser desconsiderada, a indicar tenha a atividade empresarial importância fundamental também quando encarada de maneira dinâmica, como feixe de relações jurídicas, e não apenas quando vista estaticamente.

A abordagem do que se convencionou chamar função social da empresa pode ser apresentada a partir de diversos enfoques, parecendo relevante, para o escopo deste estudo, considerar seus aspectos constitucionais, os quais se desdobram justamente do princípio da função social da propriedade, previsto no já analisado artigo 170, III, da Constituição Federal.

De certo modo, é possível reconhecer algum consenso no sentido de que a função social da propriedade gera ao proprietário deveres positivos voltados aos interesses da coletividade.³⁹⁷

A grande questão é que a partir do século XIX a clássica dicotomia entre

to Commerciale, 1943, v. 41, I), (Tradução). Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 109-26, out./dez. 1996.

395. É interessante destacar o comentário de Oscar Barreto Filho (*in* Teoria do estabelecimento comercial, cit., p. 23-26), que, ao discorrer sobre a evolução do conceito de empresa, arremata, no seguinte sentido: “Aquietou-se, afinal, a controvérsia ante a ponderação, feita pelo eminente jurista *Alberto Asquini*, em magistral estudo publicado na “*Rivista del Diritto Commerciale*, de que o fenômeno econômico da empresa, perante o direito, apresenta-se sob aspectos diversos em relação aos diferentes elementos que aí concorrem, não cabendo por isso em um único conceito jurídico; ao contrário, as definições jurídicas de empresa variam em razão do aspecto ou perfil sob que o fenômeno econômico é focalizado”. Nas p. 26-28 da mesma obra, o autor refere, ainda, o reconhecimento dos perfis da empresa nos projetos de reforma dos Códigos: o perfil funcional reconhecido no projeto de Código Civil de autoria de Orlando Gomes; o perfil corporativo ou institucional, acolhido no projeto de código do trabalho, relatado por Evaristo de Moraes Filho; e o projeto de código de obrigações, elaborado por Sylvio Marcondes, que acolhe o perfil subjetivo de empresa.

396. Em nota de rodapé, a autora afirma: “Nessa toada, é possível reconhecer em *Asquini* compreensão estática do fenômeno empresarial. Entre os perfis da empresa que cunhou, nenhum dá relevo à sua relação com outros entes, debruçando-se, portanto, sobre a empresa isoladamente considerada. Entretanto, isso não significa que *Asquini* deixe de referir a atividade de troca desenvolvida pela empresa ou mesmo o desdobramento contratual de sua atividade. No entanto, a linha cardeal da análise repousa sobre a empresa e não sobre suas relações” (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2. ed. rev. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 28-29).

397. Um histórico sobre o princípio da função social da propriedade a partir do enfoque adotado neste estudo pode ser encontrado em COMPARATO, Fábio Konder. Função Social da Propriedade dos Bens de Produção. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Número 63, ano XXV (nova série), jul./set. 1986, p. 71-79.

bens móveis e imóveis, de origem notoriamente medieval e que refletia a organização política vigente na Europa desde a queda do Império Romano, precisou ser superada, destacando-se que até aquele momento era a propriedade do solo rural que constituía garantia de poder político e não a propriedade móvel.

A instauração do sistema capitalista, ao lado do sistema de crédito, como é sabido, alteraram essa ordem e, pouco a pouco, transformaram a propriedade móvel sobre moedas, metais preciosos e papeis no grande instrumento para o desenvolvimento da revolução industrial que estava por vir.³⁹⁸

Como destaca Fabio Konder Comparato, “a mais importante distinção jurídica entre os bens passara a ser a de bens de produção e de consumo”, na medida em que a vida social se orienta, a partir de então, à atividade de produção e distribuição de bens e de prestação de serviços, somada ao consumo em franco crescimento.³⁹⁹

O caminho estava aberto para que os deveres positivos decorrentes da condição de proprietário se desdobrassem no que se convencionou denominar função social da empresa, na medida em que os bens de produção ganhavam importância e valor.

A propósito do surgimento da noção de função social da empresa como decorrência da função social da propriedade:⁴⁰⁰

Nessa marcha é que a função social da propriedade se desdobra na função social da empresa, ganhando a última cada vez mais relevo no contexto capitalista, ainda que sua positivação expressa, no Brasil, seja encontrada apenas no ano de 1976, com a edição da Lei das sociedades anônimas (Lei n. 6.404), que em seus artigos 116, § único, e 154, impôs aos administradores e controladores de sociedades anônimas o dever de cumprir a função social da empresa.

Depois da edição da Lei das Sociedades Anônimas, também a Lei n. 11.101/05 previu expressamente a função social da empresa como justificativa às medidas voltadas à recuperação das empresas em crise, no entanto, o grande desafio continua a ser a concretização desse princípio, sobretudo

398. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 72.

399. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 72.

400. DEZEM, Renata Mota Maciel; CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. A função social da empresa e a lei de introdução às normas do direito brasileiro. In: CUNHA, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Kamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada. Vol. 1. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 330-336.

porque, como visto acima, a tarefa está exatamente em encontrar a medida entre a liberdade de iniciativa e a garantia da dignidade da pessoa humana.

A possibilidade de equívoco na busca do equilíbrio entre os interesses individuais do exercício da atividade empresarial e os interesses coletivos da justiça social é considerável e somente o diálogo entre essas proposições antagônicas permitirá sua acomodação na forma estabelecida pela Constituição Federal.

Esse sensível processo de acomodação de interesses privados e sociais é mencionado por Amartya Sen⁴⁰¹:

Os valores sociais podem desempenhar – e têm desempenhado – um papel importante no êxito de várias formas de organização social, incluindo o mecanismo de mercado, a política democrática, os direitos civis e políticos elementares, a provisão de bens públicos básicos e instituições para a ação e o protesto públicos. (...)

Mas as idéias básicas de justiça não são estranhas a seres sociais, que se preocupam com seus próprios interesses, mas que também têm capacidade de pensar em membros da família, vizinhos, concidadãos e outras pessoas do mundo.

A ordem constitucional econômica efetua a eleição dos objetivos que devem ser alcançados, assegurando o exercício da livre iniciativa pelas empresas, cuja liberdade é utilizada para inovação e aumento do processo de produção de bens e serviços desde a direção da atividade econômica e, igualmente, formulando uma moldura de limites a essa liberdade econômica voltada ao equilíbrio das relações econômicas, a exemplo da proteção dos direitos dos trabalhadores, do meio ambiente e dos consumidores.

Nesse sentido, António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques⁴⁰² afirmam:

Garantindo os direitos fundamentais dos agentes económicos contra o Estado (ou contra quem a eles atentar) e as restantes condições necessárias ao funcionamento do mercado, a Constituição económica enuncia igualmente os poderes e faculdades que o Estado pode usar para modelar o sistema económico.

Desse modo, o exercício da atividade empresarial ocorre em um espaço

401. Op. cit., p. 297.

402. SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito económico. Coimbra: Almedina, 2008, p. 34.

regulado, sem que isso descaracterize a liberdade, fundamental ao sistema capitalista instituído pela Carta Magna brasileira, a partir da garantia da liberdade econômica e da propriedade privada.

Pode ocorrer que o lucro de determinada atividade empresarial seja considerado inadequado aos ditames da justiça social, no entanto, destaca-se que o regramento constitucional da economia não objetiva meramente o crescimento econômico, mas, também, o desenvolvimento.

Como destaca Carla Abrantkoski Rister:

A despeito das várias visões sobre o crescimento e o desenvolvimento, aquele consiste na ocorrência de mudanças de ordem apenas quantitativa, não refletindo necessariamente a melhoria das condições de vida da população, podendo ser associado a um surto ou a um fenômeno cíclico por impulso exógeno, após o qual se dá retorno status quo ante.

Já o desenvolvimento consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.

A ordem jurídica da economia, a luz dessas considerações, não busca o crescimento econômico pelo crescimento, mas a melhora das condições de vida de todas as pessoas enquanto um processo contínuo, progressivo e sustentável.

Ainda que a atividade empresarial, em regra, deva ser promovida e incentivada, excepcionalmente, pode ocorrer a limitação em seu exercício, exatamente na hipótese de resultar em externalidades negativas ao corpo social.

O empresário deve ser incentivado ao exercício da liberdade de iniciativa econômica, mas em conformidade com a concretização dos demais objetivos da ordem econômica constitucional.

A atividade empresarial, quando balizada a partir de todos os princípios da ordem econômica, sem nenhuma dúvida tem o potencial de contribuir com esses objetivos, ainda que se reconheça a dificuldade de implementação de mecanismos eficientes a garantir a observância da dignidade humana, em contexto no qual o poder econômico, principalmente das empresas transnacionais em um cenário globalizado, faz com que prevaleçam os interesses privados em detrimento dos sociais e coletivos.

Seja como for, como destaca Fabio Konder Comparato, “o poder econô-

mico é uma função social, de serviço à coletividade⁴⁰³, não sendo preciso dizer mais para reconhecer o papel da empresa na sociedade e, por decorrência, para a garantia da dignidade humana.

O cumprimento desse dever pela empresa pode parecer utópico em um contexto de abundância de recursos naturais e humanos como o que ainda se vive, ao menos relativamente, todavia, em um cenário de escassez⁴⁰⁴ de recursos naturais ou de degradação social, não há dúvida de que constituirá meio de sobrevivência da própria humanidade.

Portanto, atividade empresarial, função social da empresa e proteção da pessoa humana, embora aparentemente contraditórios, apresentam-se umbilicalmente relacionados na sociedade globalizada contemporânea, constituindo-se o grande desafio do século XXI a conformação dos interesses econômicos, sociais (e ambientais, embora não diretamente abordados neste estudo) envolvidos na atividade empresarial, no que se inclui a proteção da pessoa humana.

Conclusões

A globalização não é uma novidade do ponto de vista histórico por sempre ter havido interação entre os povos com repercussão na estrutura das sociedades humanas.

A complexidade do processo de globalização encerra aspectos de ordem cultural, filosófica, social, jurídica e econômica, a exemplo do Império Romano e das Revoluções Francesa e Industrial.

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial até os tempos atuais, em virtude da evolução da tecnologia computacional e da informação, ocorreu a intensificação da globalização em todos os aspectos do cotidiano da vida das pessoas.

Na porção de interesse deste estudo, destacou-se a globalização econômica, caracterizada pela produção e pelo consumo de bens e serviços em escala mundial.

A globalização econômica provou acúmulo de riqueza e a conseqüente pobreza de várias pessoas que passaram a ser excluídas das eventuais vantagens do sistema de produção em escala planetária.

403. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2014, p. 476.

404. A propriedade vista a partir do direito de acesso e em contexto de escassez é abordado por RODOTÀ, Stefano. Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni. Terza edizione. Bologna: Il Mulino, 2013, p.459-498.

Essa situação repercutiu no enfraquecimento das soberanias estatais para a normatização e a garantia de direitos sociais consolidados no pós-guerra, a partir da extinção da dicotomia dos blocos socialista e capitalista, enquanto o neoliberalismo passou a ser ideologia preponderante na globalização econômica.

A partir do Século XX as Constituições das sociedades democráticas ocidentais efetuaram a opção política pela regulação da atividade econômica, fortes na convicção da impossibilidade da autorregulação pelo mercado.

A Constituição Federal brasileira seguiu essa linha, como pode ser constatado de seu texto, especialmente das disposições do artigo 170 e seguintes, constantes de seu Título VII.

O paradigma brasileiro é de intervenção legal na economia, de forma a estabelecer a estrutura do modelo econômico e suas finalidades, em um claro reconhecimento de que o mercado e a realidade econômica são espaços criados e regradados pelo Direito.

Por outro lado, os valores da ordem econômica são, ao menos aparentemente, contraditórios, ainda que representem, como se viu, as contradições existentes na própria sociedade da qual foi originada a Constituição Federal.

A livre iniciativa, os valores do trabalho e a justiça social, orientados pela dignidade da pessoa humana, estão previstos de modo expresso no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, enquanto a compatibilização desses valores deve ocorrer por meio do diálogo, nos termos da dogmática fluída com a qual a Constituição Federal aproxima e estabelece o valor a ser priorizado frente ao caso concreto.

O importante é que um valor não exclui outro, assim, uma interpretação que determine a abolição da livre iniciativa, impeça a valorização do trabalho humano ou redunde em afronta à justiça social não pode ser realizada.

O grande desafio consiste na compatibilização entre a livre iniciativa, a proteção dos direitos sociais e do meio ambiente, sendo esse o sentido da ordem econômica.

A produção de riqueza por meio do exercício da atividade econômica é a melhor forma para o atendimento das necessidades de todas as pessoas, todavia, ninguém pode ser excluído dos efeitos positivos do bom funcionamento da economia, sobretudo quando a norma constitucional é expressa ao referir a garantia da dignidade humana de “todos”.

Nesse sentido, a empresa, encarada a partir de um conceito poliédrico, mas vista de forma dinâmica como feixe de relações jurídicas, apresenta-se com inequívoco potencial para a missão de conformar todos esses interes-

ses, com destaque para a chamada função social da empresa.

No entanto, o grande desafio continua a ser a concretização do princípio da função social da empresa, sobretudo porque, como visto ao longo deste estudo, a tarefa está exatamente em encontrar a medida entre a liberdade de iniciativa e a garantia da dignidade da pessoa humana.

De qualquer forma, ainda que o poder econômico das empresas no contexto da globalização econômica constitua fator relevante a impedir que se alcance esse objetivo, é preciso reconhecer o papel da empresa na sociedade contemporânea, sobretudo em um cenário de escassez de recursos naturais ou de degradação social.

Portanto, atividade empresarial, função social da empresa e proteção da pessoa humana, embora aparentemente contraditórios, apresentam-se umbilicalmente relacionados na sociedade globalizada atual, constituindo-se o grande desafio do século XXI a conformação dos interesses econômicos, sociais e ambientais envolvidos na atividade empresarial, no que se inclui a proteção da pessoa humana.

Derechos humanos, reconocimiento e integración regional: contribuciones a partir de la Teoría Crítica del Reconocimiento.

Por Anderson Vichinkeski Teixeira⁴⁰⁵

Sumario: I. Introducción. II. Los derechos humanos entre pretensión de universalidad y construcción crítica. III. Consideraciones finales.

Introducción

Cuando diferentes culturas propugnan por el reconocimiento de la validez de sus propias normas morales, de sus modos de vida y de sus modelos de ordenación jurídica, vemos que diferentes axiomas establecidos por esas culturas se muestran substancialmente opuestos entre sí. Muchas veces reconocer la validez de una formación cultural representa negar la validez de otra. Esa es la realidad de la casi totalidad de países occidentales que están contruidos con base en democracias liberales y bajo una perspectiva multicultural. Sea en las Américas o en el de la Unión Europea, el desafío de la convivencia multicultural se constituye hoy en uno de los mayores desafíos políticos y jurídicos en la orden internacional. Por cierto, los procesos de integración regional pasan también por el necesario enfrentamiento y superación de tales desafíos.

En las próximas páginas pretendemos, muy brevemente, discutir la posibilidad de una reinterpretación de la doctrina de los derechos humanos y de su promoción en procesos de integración regional a partir de la Teoría Crítica del Reconocimiento. En otro momento⁴⁰⁶ fue tratado el tema de

405. Doctor en Teoría y Historia del Derecho por la *Università degli Studi di Firenze* (IT), con periodo de investigación doctoral en la Facultad de Filosofía de la *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Periodo de investigación posdoctoral en la *Università degli Studi di Firenze* (2010). Maestría en Derecho del Estado (PUC/RS). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho de la *Universidade do Vale do Rio dos Sinos* (UNISINOS). Consultor jurídico y abogado. Otros escritos del autor están disponibles en www.andersonteixeira.com

406. Referimos Teixeira, A. V. *Teoria Pluriversalista del Diritto Internazionale*, Aracne Editrice, Roma, 2009 [trad. bras. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011].

los fundamentos de la orden internacional bajo la óptica de una alternativa al universalismo de la doctrina de los derechos humanos: una concepción pluriversalista de la orden internacional que favorezca el fortalecimiento de instancias (comunidades) regionales de Estados-naciones, de modo a consentir que la conflictividad sea reducida mediante, por un lado, la profundización de los vínculos intersubjetivos que internamente sustentan las tradiciones culturales, y por otro, la aproximación de esas tradiciones en el debate sobre el contenido substancial de los derechos que gozan de reconocimiento por todos los implicados en el debate. Sin embargo, en aquel texto monográfico el análisis fue concentrado en los aspectos procedimentales relativos a lo que sería un orden internacional pluriversalista, dejando de entrar en el debate sobre el contenido substancial de los derechos humanos.

En esas breves páginas discutiremos la posibilidad de utilización de la noción de reconocimiento como un presupuesto discursivo de los derechos humanos, es decir, la posibilidad de considerar la complejidad de las diversas instancias de normatividad jurídica en los procesos de integración regional a partir de las contribuciones que la Teoría Crítica podría presentar a tales procesos.

Los derechos humanos entre pretensión de universalidad y construcción crítica.

Aún que sea incuestionable la vinculación del surgimiento de la doctrina de los derechos humanos al iusnaturalismo y, por consecuencia, a la tradición judaico-cristiana, debemos nos concentrar solamente en el concepto de persona humana y el principio de dignidad humana. Cuanto al primero, es notorio que fue con la justicia cristiana que tal noción fue producida en el Occidente, pues, de San Agustín a Tomás de Aquino, la figura central en el mundo terreno era el individuo comprendido como *persona*, en vez de súbdito, siervo o cualquier otra categoría conceptual que le retirase su condición de individualidad humana.⁴⁰⁷ Cuanto al principio de la dignidad humana no consiste tan solamente en el hecho de ser ésta, diferentemente de otras cosas, un ser considerado en sí mismo, con el fin en sí propio y nunca un medio para la consecución de determinado objeto; es también consecuencia de la voluntad racional del hombre, pues sólo la persona tiene autonomía suficiente para poder guiarse por leyes que ella misma elabora.

407. Sobre las vinculaciones históricas entre la doctrina del derecho natural, predecesora de los derechos humanos, y la tradición judaico-cristiana, recomendamos Strauss, L., *Natural Right and History*, Chicago University Press, Chicago, 1953.

Por eso, al ser humano fue atribuida la dignidad, en vez de un precio, como lo que se vincula a las cosas. La dignidad de la persona resulta del hecho de ser el “humano” el punto inicial de donde surgen todos los derechos.

Corolario inmediato del principio de dignidad humana es, por cierto, el ideal de humanidad, o sea, la unidad del género humano. Por consecuencia, de la sacralización de la vida y de su necesidad de protección resultan lo que el abad de Saint-Pierre y Immanuel Kant llamaban de “paz perpetua”, algo que se tornó, en el siglo XX, mucho más que un ideal: un bien a ser buscado por todos los pueblos; un bien que toda humanidad debería siempre tutelar. Fue la búsqueda por ese bien que posibilitó a la doctrina de los derechos humanos llegar en el siglo XXI como una gran ideología dentro de la cual todas las corrientes iusfilosóficas deberían encuadrarse, restándoles apenas la tarea de discutir los medios para tornar efectivos los principios, sin dar mucha relevancia a la discusión sobre la legitimidad y validez de tales principios supuestamente universales.

Pero muchas críticas fueran presentadas a esa presunción universal de validez. Carl Schmitt afirmaba que la humanidad “è uno strumento ideologico particolarmente idoneo alle espansioni imperialiste ed è, nella sua forma etico-umanitaria, un veicolo specifico dell'imperialismo economico.”⁴⁰⁸ Defender la humanidad, entendida como un concepto absoluto, homogéneo y genérico, ha sido algo muy útil al Estado que pretende apropiarse de este concepto y utilizarlo como le sea más conveniente, en vez de ser considerada como causa para la formación de una comunidad de destino universal entre pueblos que defienden la ubicuidad de la “paz perpetua”. Aún recordando Schmitt, vemos que “chi parla di umanità, vuol trarvi in inganno.”⁴⁰⁹

Definiendo la doctrina de los derechos humanos como una ideología política, estamos apenas haciendo eco a lo que fue dicho por uno de los mayores exponentes de esa doctrina en el siglo XX: Richard Falk. En el período de la bipolarización política que dividió el mundo durante la Guerra Fría, Falk sostenía que “*to promote human rights necessarily implies mounting an anticommunist ideological attack, with all that this portends for deteriorating Soviet-American relations.*”⁴¹⁰ Así el autor, indirectamente, demostraba que la doctrina de los derechos humanos es substancialmente una ideología política, pues reconoce que la esencia de la protección de los derechos humanos

408. Schmitt, C., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna, 1972, p. 139.

409. Ibidem.

410. Falk, R., *Human rights and State Sovereignty*, Holmes&Meier, New York, 1981, p. 25.

es producto de un confronto entre fuerzas sociales opuestas y no puede ser entendida como una actividad criadora de derechos o como una forma de persuasión racional.⁴¹¹ Si fuera correcta la concepción iusnaturalista de que algunos derechos son inherentes a la naturaleza humana y que, simplemente por eso, deben ser respetados por cualquier sociedad civilizada, no ocurriría lo que, según Falk, es la principal dificultad de la lógica naturalista: *“The main difficulty with naturalist logic relates to the vagueness of norms and ambiguity of the mandate.”*⁴¹²

Sin embargo, la construcción regional de procesos de integración no pasa *prima facie* por cualquier test elemental de validez epistemológica cuanto a premisas presumidas como universales. Por cierto, es regional la integración! No es universal.

Un punto de partida para cualquier análisis teórica de la doctrina de los derechos humanos está en reconocer el hecho de que ella fue construida con base en la noción de reconocimiento-reciprocidad: la universalidad del género humano sería condición suficiente para permitir que los elementos definidores de la noción de *ego* (yo, *self*) fuesen constituidos, necesariamente, a partir de los mismos elementos que caracterizan el *alter* (el otro, el diferente). Mi propia idea de yo solamente puede ser construida en una relación reflexivo-identificante con individuos que se guían por los mismos principios de la razón práctica que conducen mi conducta, pues el reconocimiento-reciprocidad convierte los principios racionales compartidos en verdaderos axiomas que no pueden ser contestados por aquellos agentes racionales que hacen parte de determinada comunidad ética. Sin embargo, como la doctrina de los derechos humanos presupone la universalidad de sus principios racionales, tales axiomas deberían valer incontestablemente para todo el género humano, transformando en una única comunidad ética la humanidad como un todo. Lo que debemos cuestionar en ese momento es la necesidad y utilidad de recorrer, del punto de vista discursivo, solamente al reconocimiento-reciprocidad para fundamentar la construcción intersubjetiva de los principios básicos sobre los cuales están fundados los derechos humanos. La historia de la teoría del reconocimiento, desde Hegel, pasando especialmente por Paul Ricoeur, Georg Mead, Maurice Merleau-Ponty, hasta llegar a Axel Honneth, posee especificidades y desarrollos en condiciones de establecer nuevos referenciales epistemológicos para

411. “In essence, then, the protection of human rights is an outcome of struggle between opposed social forces and cannot be understood primarily as an exercise in law-creation or rational persuasion.” Ibidem, p. 34.

412. Ibidem, p. 43.

los derechos humanos.

Si reconocemos que fenómenos como el multiculturalismo y los diversos procesos de globalización fueron suficientemente fuertes para exponer las fragilidades argumentativas de los presupuestos vistos como universales de los derechos humanos, concluiremos que la justificación racional del sistema jurídico-normativo necesita aproximarse del mismo ritmo de complejización de las relaciones sociales, políticas y económicas. El *yo* que reconoce el *otro* realiza un acto que está vinculado a los caracteres más por-menorizados de aquella relación subjetiva en sí.

En la historia de la teoría del reconocimiento podemos cuatro concepciones tradicionales que siempre son referidas:

1) Reconocimiento-identificación: empieza con el acto de identificar, de reconocer una cosa como ella misma; es la identificación de sí mismo en aquella cosa. Se trata de una forma similar al reconocimiento-reciprocidad y al reconocimiento mutuo a medida que el *yo* necesita del *otro* para descubrir quién es. En estadios más avanzados la identificación pasa para el nivel cultural y político, pero conservando siempre el mismo modelo de construcción de identidad entre el *yo* y el *otro*. La alteridad surge, primordialmente, a partir de esa forma de reconocimiento.

2) Reconocimiento-atestación: es un ato formal y positivo, es decir, mediante prueba incontestada reconocida por todos, como un título universitario, documento de identidad o el derecho subjetivo de alguien, por ejemplo. Es el reconocimiento social (muchas veces institucional) de la capacidad individual o que dado individuo pertenece a una determinada categoría. Sin embargo, lo que se considera no es propiamente la capacidad del individuo para consigo mismo: en el reconocimiento-atestación la capacidad social es el determinante de lo que el individuo puede ofrecer a la sociedad.

3) Reconocimiento-responsabilidad: es una forma de reconocimiento que tiene doble sentido: moral y jurídico. Se vincula directamente al reconocimiento-identificación, pues el individuo es responsable solamente por los actos a los cuales haya, de forma conciente, dado causa y que le sea posible reconocer como suyos, en otras palabras, como consecuencia de su identidad individual, originado a partir de una acción pasible de ser situada en el precurso de la vida del individuo. Del punto de vista jurídico, restringe la dimensión de la cuestión de la responsabilidad solamente a la responsabilidad subjetiva. La conciencia sobre la propia responsabilidad del *yo* es algo

construido con base en esa forma de reconocimiento.

4) Reconocimiento-reconciliación: empieza durante un conflicto y se consolida después de su término. Es un reconocimiento terminal que superó un equívoco en el conocimiento entre las partes, de modo que el resultado final será la superación de las diferencias en una nueva realidad cognitiva en que cada individuo implicado en el conflicto anterior pasa a pensar su identidad individual como correspondiente a la identidad individual del otro. Ejemplos clásicos de conflictos de esa naturaleza son vistos en la relación entre servidor y señor, entre amigo y enemigo, pues el yo no podría ser entendido de tal forma – como servidor o enemigo, por ejemplo – caso no existiera el otro para determinar quién soy yo; en contrapartida, así como el yo es definido inversamente por el otro, yo también sirvo para definir el otro como negación de mi yo. Encerrado el conflicto, las identidades implicadas pasan a tener en el otro la posibilidad de la descubierta del yo que otrora escapaba a sus propios ojos y comprensión.⁴¹³

Se resalta que la palabra reconocimiento tiene origen en un verbo dotado de voz activa y voz pasiva: reconocer y ser reconocido. Reconocer es un acto unilateral que exprime la pretensión de ejercer una superioridad intelectual en el campo de las aserciones significativas en relación a quién debe ser reconocido.⁴¹⁴ Por eso, para que el reconocimiento pueda criar identidad recíproca, especialmente en el plano político, se hace necesario establecer una relación dialéctica entre las partes, es decir, un reconocimiento mutuo. Reconocer una cosa como ella misma, como idéntica al *yo* que se encuentra en el *otro* y no como cualquier otra cosa que no sea ella misma, implica en distinguirla de todas las demás.⁴¹⁵ De la misma forma que mi *yo* se encontró en el *otro*, la reciprocidad de la relación hace con que el *otro* se encuentre en mí. Pero por tratarse de un proceso subjetivo, solamente al agente cognoscente (el *otro*) cabe la prerrogativa de reconocerme (el *yo*). El *otro* posibilita el enriquecimiento de la noción de persona que el *yo* tiene en la medida que la referencia identificante-reflexiva presentada por aquel no retira o anula, ni

413. Sobre el tema del reconocimiento, ver: Ricouer, P., *Parcours de la reconnaissance*, Gallimard, Paris, 2003; Id., *Soi-même comme un autre*, Seuil, Paris, 1990; Zarka, Y-C., *Difficile tolérance*, cit.; Id., *L'autre voie de la subjectivité*, Beauchesne, Paris, 2000; Id., Lessay L.; Rogers, J., *Les fondements philosophiques de la tolérance*, 3 Vols., PUF, Paris, 2002; Torodov, T., *Nous et les autres. La réflexion française sur la diversité humaine*, Seuil, Paris, 1989; Honneth, A., *La lutte pour la reconnaissance*, Cerf, Paris, 2000; Id., *La réification. Petit traité de Théorie critique*, Gallimard, Paris, 2007.

414. Cf. Ricouer, P., *Parcours de la reconnaissance*, cit., pp. 39-40.

415. Cf. Ricouer, P. *op. cit.*, p. 42.

siquiera parcialmente, la dimensión existencial de éste, pero simplemente presenta un otro referencial lógico a partir del cual el *yo* puede ser pensado.⁴¹⁶ Pero lo más significativo es que la descubierta de la identidad a través del reconocimiento mutuo convierte aquella idea inicial de exclusión que existía entre el *yo* y el *otro*, donde aquel era la negación de éste y viceversa, para un status fundamental en que la existencia del *otro* – y la forma como este se manifiesta en el mundo de la vida – afecta directa o indirectamente el existir e incluso la esencia de mi *yo*.⁴¹⁷ Es a través del reconocimiento mutuo que se hace posible alcanzar los momentos definitivos del reconocimiento de sí mismo.⁴¹⁸

Además de eso, el momento definitivo del reconocimiento será el momento de la determinación de la alteridad en la relación: además de que mi *yo* se reconozca en el *otro*, puedo, con base en la alteridad, guiar mi acción como si *yo* fuera el *otro*, como si *yo* estuviera en su lugar, pensando a partir de su noción de bien, la cual es, en ese instante, compartida conmigo. La alteridad es la constatación de que la constitución ontológica del *yo* (la *ipséité*) cuenta con el *otro* como parte de sí mismo, pues la relación dialéctica entre ambos atesta no la existencia de dos entidades éticas distintas, sino que dos seres autónomos tienen una comunión ética, la cual, aunque sea contingente, tiene en la identidad producida por el reconocimiento mutuo el medio hermenéutico capaz de atribuir una estabilidad reflexiva a la relación ontológica entre ambos.⁴¹⁹

Es oportuno recordar a Habermas cuando sostiene que su concepción elemental de “raison communicationelle s’affirme dans la force de la cohésion inhérente à l’entente intersubjective et à la reconnaissance réciproque; elle circonscrit par là même l’univers d’une forme de vie communautaire.”⁴²⁰ La progresiva diferenciación funcional de la sociedad posmoderna, produciendo incontables esferas sociales e instancias normativas, impide que se pueda pensar en cualquier suerte de aproximación bien sucedida, en una misma forma de vida comunitaria, entre individuos que no se reconocen mutuamente y que tampoco se ponen de acuerdo con los primeros principios del discurso racional. La complejidad de las relaciones sociales ha

416. Cf. Ricouer, P., *Soi-même comme un autre*, cit., p. 54.

417. Ricouer, P., *Parcours de la reconnaissance*, cit., p. 241.

418. Cf. Ricouer, P., *op. cit.*, p. 294.

419. Nuestra interpretación de la noción de alteridad se basa en Ricouer, P., *Soi-même comme un autre*, cit., pp. 367-9.

420. Habermas, J., *Le discours philosophique de la Modernité*, Gallimard, Paris, 1988, p. 383.

impuesto al fenómeno normativo la necesidad de diferenciación también en lo que se refiere a las especies de reconocimiento empleadas en las relaciones *in concreto*. El Estado que al inicio de la Modernidad tenía la pretensión de ser la síntesis de las identidades individuales, representando el cuerpo colectivo como un todo y, con base en eso, teniendo legitimidad para asegurar la homogeneidad cultural de su sociedad, hoy ya no es reconocido por sus ciudadanos mediante el reconocimiento-atestación, pues el individuo busca el Estado solamente cuando desea ver una dada situación unipersonal suya ser atestada o asegurada con efectos contra todos (véase que el reconocimiento-atestación es el instrumento subjetivo legitimador, desde un pedido de emisión de documento de identidad o pasaporte hasta el reconocimiento judicial de un pretense derecho subjetivo del individuo frente a terceros).

Si por un lado el reconocimiento-identidad no se presenta en condiciones de generar la aproximación intercultural en los términos que las versiones universalistas de la doctrina de los derechos humanos desearían, por otro, su alternativa inmediata, es decir, el reconocimiento-reconciliación, termina siendo todavía menos adecuada a tal fin. Si la primera requiere que exista una relación entre las partes suficientemente sólida para que sea posible desarrollar la identidad ya existente entre las partes, lo que parece ser impracticable cuando pensamos en tradiciones culturales en conflicto incapaces de reconocer la legitimidad de la existencia del otro, ya en el caso del reconocimiento-reconciliación la relación intercultural se caracteriza por la superación de un equívoco en el conocimiento entre las partes que impedía que la relación entre ellas pudiera ocurrir con un mínimo de reconocimiento mutuo. El objetivo final del reconocimiento-reconciliación es hacer con que la superación de las diferencias entre las partes termine por crear una nueva realidad cognitiva en que cada uno de los implicados anteriormente en el conflicto pase a pensar su identidad individual como correspondiente a la identidad individual del otro. Además de compartir destinos en común, el reconocimiento-reconciliación se basa también en la definición de una pauta deontológica a ser seguida por las partes, las cuales solamente conseguirán eso si son agentes virtuosos.

Sin embargo, en las relaciones interculturales, caracterizadas por la fragmentación de las nociones de valor y de bien, resulta imposible que cualquier uno de esos dos modelos de reconocimiento pueda tener éxito. Parece más razonable pensar en tratar de la coexistencia intercultural de partes que no poseen reconocimiento mutuo a partir de un principio de tolerancia válido tanto para una sociedad de ángeles como de demonios, en otras

palabras, un sistema que promueva la coexistencia “sans faire appel à la vertu morale.”⁴²¹ En ese sentido, Yves-Charles Zarka afirma que el reconocimiento “dans un monde déchiré ne peut pas être réconciliatrice, car elle supposerait alors que deux cultures différentes dépassent leurs différences en une autre culture qui en serait plus ou moins la synthèse.”⁴²² Las diferencias culturales, étnicas y teológicas entre tradiciones culturales requieren que se afirme la noción de “reconnaissance sans réconciliation”. Esta forma de reconocimiento es, al mismo tiempo, en relación a aquél con quien tengo identidad y en relación al diferente, al extraño, al otro por quien no tengo ninguna identidad. El reconocimiento sin reconciliación posee un contenido mínimo: “elle porte sur l’existence et donc sur le droit d’exister. Elle est reconnaissance de la légitimité de l’existence de l’autre culture, de l’autre communauté ou de l’autre peuple.”⁴²³ Esta suerte de reconocimiento, cuando implementada en el ámbito de las relaciones interculturales entre tradiciones excluyentes, asegura el derecho a la existencia cultural, independientemente de que existencia sea. Ultrapasadas las fronteras de la esfera intracomunitaria, la noción de reconocimiento mutuo se torna inviable o utópica.

Pensar los derechos humanos con base en un principio discursivo determinado por nociones específicas de reconocimiento no significa rever por completo toda la historia de esa categoría de derechos. Como vimos anteriormente, cuando existe identidad cultural entre los sujetos implicados, el problema de la legitimidad de los derechos humanos no se hace relevante, pues fue una misma tradición cultural que construyó aquella idea específica de derecho visto como universal y válido para todo el género humano. La dificultad casi insuperable ocurre cuando se está delante de un derecho, como la libertad de expresión, por ejemplo, que no es compartido por diferentes tradiciones culturales. En esos casos, el discurso racional necesita estar establecido, fundamentalmente, a partir del reconocimiento sobre la existencia del otro, so pena de restar solamente la guerra y la búsqueda por la aniquilación del otro como alternativas para tal relación. Reconocer la legitimidad de la existencia del diferente debe ser el primer punto de partida discursivo. La afirmación posterior, paulatina y creciente de categorías normativas en común dependerá de que la propia relación intercultural esté en condiciones de desarrollarse sin que sea necesario presuponer la sumisión

421. Zarka, Y-C., *op. cit.*, p. 30.

422. Zarka, Y-C., *op. cit.*, p. 40.

423. *Ibidem*.

de una tradición a otra – como pretenden las versiones universalistas de los derechos humanos.

Ya no siendo posible al Estado moderno asegurar la homogeneidad cultural, las relaciones sociales, económicas, políticas y, por consecuencia, jurídicas, han entrado en un veloz y creciente proceso de diferenciación funcional. Nuevas instancias y esferas normativas surgen y se desarrollan en los más diversos contextos sociales. Ese fenómeno fue incluso llamado de “*dissolution du lien social*” por Jean-François Lyotard.⁴²⁴ Pero entendemos que el espacio social se tornó, en efecto, una gran red fragmentada en incontables estructuras sociales que se conectan unas a las otras por otras tantas instancias de normatividad jurídica o moral. Tal disolución que caracteriza las sociedades posmodernas no pasa de una fragmentación de un antiguo conjunto homogéneo en subestructuras transversalmente cortadas por instancias de regulación social.

Consideraciones finales

En esas pocas palabras, esperamos haber presentado una introducción a la Teoría Crítica del Reconocimiento y sus modos de discutir la legitimidad del poder político, pues que eso carece de nuevas especies de reconocimiento que estén en condiciones de incluir los particularismos de las muchas realidades factuales implicadas por el Estado. La doctrina de los derechos humanos, en sus pretensiones de universalidad frente a todos los Estados nacionales existentes, tiene que encontrar o desarrollar especies de reconocimiento que estén en condiciones de promover el perfeccionamiento de un espacio público global fundado primordialmente por principios discursivos. En eso sentido, el fortalecimiento de los espacios regionales de integración parece ser un paso decisivo.

424. Cfr. Lyotard, J-F., *La condition postmodern*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1979, p. 31.

Los trabajos reunidos en esta obra son el resultado de la colaboración académica entre profesores universitarios brasileños y argentinos miembros de la red, de investigación “Integración, Estado y Gobernanza dentro de la Universidad Federal de Minas Gerais, bajo la dirección de la Dra. Jamile Mata Diz. Los temas abordados en general son dos de los aspectos destacados de la actuación interna y externa de los Estados la Gobernanza y la integración regional, desarrollados desde la óptica económica, las perspectivas política y jurídica. Algunos ámbitos, por su especificidad y particularidades, se estudiaron separadamente, como la protección del consumidor, el desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos, respectivamente la obra es de interés tanto en los ámbitos universitarios del área del Derecho, de las Ciencias Sociales y la Economía de las misma manera que es útil en la vida laboral para todos aquellos que trabajan en la función pública para conocer el nuevo relacionamiento entre los nuevos actores, el Estado y la sociedad civil. El lector encontrará una lectura ágil, dinámica y actualizada sobre la vida en las modernas sociedades contemporáneas.



CEIDIE



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

Ciencia a la mente y virtud al corazón



INTEGRAÇÃO,
ESTADO E
GOVERNANÇA